

DESARROLLOS RECIENTES A PROPÓSITO DEL ASUNTO AVENA (TIJ, 2004): LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

María José CERVELL HORTAL

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.—2. EL MEMORÁNDUM DEL PRESIDENTE G. W. BUSH.—3. LA DENUNCIA POR ESTADOS UNIDOS DEL PROTOCOLO FACULTATIVO SOBRE ARREGLO DE CONTROVERSIAS AL CONVENIO DE VIENA DE 1963.—4. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA EN DERECHO INTERNO. 4.1 *Asunto Medellín*. 4.2 *Asuntos Sánchez-Llamas y Bustillo*. 4.3 *Asuntos Torres y Jogi (I y II): un poco de luz en medio de tanta oscuridad*.—5. CONCLUSIÓN

1. PLANTEAMIENTO

La sentencia de 31 de marzo de 2004 del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en el *asunto Avena y otros nacionales mejicanos*, que condenó a Estados Unidos por la violación del derecho de asistencia consular del artículo 36.1 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963*¹, ha desencadenado importantes reacciones, no siempre positivas, tanto en el sistema judicial estadounidense como en su Gobierno, poniendo de relieve, una vez más, la difícil convivencia del Derecho interno y el Derecho Internacional².

¹ BOE de 6 de marzo de 1970.

² No es el objetivo de este artículo ofrecer un análisis pormenorizado de la sentencia Avena en sí, pues al respecto ya existe abundante doctrina (por ejemplo, ACEVES, W. J., «Consular notification and the death penalty: the ICJ's judgment in Avena», *ASIL Insights*, <http://www.asil.org/INSIGHTS/INSIGH130.HTM>; DUBIN, L., «Les garanties de non-repetition a l'aune des affaires Lagrand et Avena: la revolution n'aura plus lieu», *RGDIP*, vol 109, 2005, 4, pp. 859-888; GHANDHI, S., «Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 5 February 2003», *ICLQ*, vol. 53, 3, 2004, pp. 738-746; LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., «Las medidas provisionales de la corte Internacional de Justicia en el asunto Avena y otros nacionales mejicanos (Méjico vs. Estados Unidos)», *Anuario de*

Por tercera vez en seis años, Estados Unidos se enfrentaba al Tribunal de La Haya por una cuestión relacionada con este instrumento jurídico. Fue Paraguay el primer Estado en demandarle el 3 de abril de 1998 (*asunto sobre la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*), por el incumplimiento de su artículo 36.1 en el procesamiento de un ciudadano de esa nacionalidad, A. F. Breard, condenado a pena de muerte en Virginia. Pese a que el Tribunal concedió, como medida cautelar, la paralización de su ejecución, ésta se llevó a cabo³ el 14 de abril de 1998, después de que el Gobernador de Virginia afirmara que la seguridad de los habitantes de ese estado no era asunto del TIJ⁴.

El 2 de marzo de 1999, Alemania presentó una demanda ante el Tribunal Internacional de Justicia, alegando violación del Convenio por los procesos seguidos contra dos de sus nacionales, los hermanos Karl y Walter LaGrand, al tiempo que solicitaba medidas provisionales en un intento de evitar que este último fuera ejecutado mientras la Corte no dictara resolución, pese a lo cual esta pena le fue impuesta al día siguiente de que se dictara el auto por el que el Tribunal de La Haya aceptaba dicha solicitud⁵ (Karl había sufrido la misma *suerte* en febrero). La sentencia, de 27 de junio de 2001⁶, condenaba a Estados Unidos, afirmando que el Convenio otorgaba un derecho individual de asistencia consular (párr. 72), que las medidas provisionales del TIJ (que, en este caso sin éxito, habían ordenado paralizar la ejecución) eran obligatorias (párr. 109) y que los Estados debían dar pleno efecto a los derechos reconocidos por la Convención⁷.

La Corte, en el *asunto Avena y otros nacionales mejicanos* (2004), declaró por tercera vez que Estados Unidos había violado la Convención de Viena. Méjico consiguió del TIJ un auto (de 5 de febrero de 2003) concediendo medidas cautelares para evitar la inminente ejecución de tres de los 51 implicados (C. M. Fierro Reyna, R.

Derecho Internacional, vol. 19, 2003, pp. 421-441; PAULUS, A. L., «From neglect to defiance? The United States and International adjudication», *EJIL* 15, 2004, pp. 783-812; REQUENA CASANOVA, M., «La protección efectiva de los derechos consulares en el plano judicial: a propósito de la sentencia Avena (México c. Estados Unidos de América)», *REDI*, vol. LVI, 2004, pp. 777-792; sino dar cuenta de las actuaciones que desencadenó en el sistema estadounidense y las implicaciones que las mismas han tenido (o pueden tener) para el Derecho Internacional.

³ Asunto sobre la Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América), medidas cautelares, auto de 9 de abril de 1998, *CIJ Recueil* 1998, p. 248.

⁴ Paraguay optó por pedir, mediante carta de 2 de noviembre de 1998, la retirada del asunto de la lista de la Corte, concedida por auto de 10 de noviembre de 1998, *CIJ Recueil* 1998, p. 426. Vide, por ejemplo, ROTHENBERG, L. E., «International law, US sovereignty and the death penalty», *Georgetown Journal of International Law*, Spring, 2004, pp. 547-596; BEKKER, P. y HIGUET, K., «International Court of Justice orders United States to stay execution of Paraguayan national in Virginia», *ASIL Insights*, abril 1998, <http://www.asil.org/insights/insigh17.htm> y HIGGINS, R., «The concept of “the State”: variable geometry and dualist perceptions», *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Abi-Saab*, ed. por L. de Boisson de Chazournes y V. Gowlland-Debbas, Martinus Nijhoff, The Hague, 2002, pp. 547-561 (pp. 555-556).

⁵ Asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América), medidas cautelares, auto de 3 de marzo de 1999, *CIJ Recueil* 1999, p. 9.

⁶ *CIJ Recueil* 2001, p. 466.

⁷ La doctrina también ha prestado la atención debida a este asunto: MENNECKE, M., «Towards the Humanisation of the Vienna Convention of Consular Rights, The LaGrand Case before the International Court of Justice», *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, 430-459; POZO SERRANO, P., «La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto LaGrand», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2001, pp. 443-473 y SANTULLI, C., «Une administration internationale de justice nationale?. A propos des affaires Breard et LaGrand», *Annuaire Français de Droit Internationale*, 1999, pp. 101-131.

Moreno Ramos y O. Torres), según el cual Estados Unidos debía tomar todas las acciones necesarias para evitar que los tres fueran ejecutados⁸.

En su sentencia sobre el fondo, el TIJ consideró que Estados Unidos debía proceder a la revisión y reconsideración de las penas (párr. 138), rechazando así el Tribunal la *norma de la omisión procesal* (*procedural default rule*, que impide en el sistema judicial norteamericano que un acusado presente en apelación una cuestión que no hubiera planteado con anterioridad) y de la concesión de clemencia (*clemency*) como vía para evitar la pena de muerte, que según el TIJ en ningún caso podría sustituir a esa revisión⁹.

La diferencia fundamental respecto del asunto LaGrand es que, en esta ocasión, el TIJ se pronunció cuando la gran mayoría de acusados no había agotado definitivamente los recursos internos (con excepción de los tres mencionados, cuya única salida, según el sistema estadounidense, sería la clemencia), con lo que la resolución podría tener consecuencias directas sobre sus condenas. De hecho, la sentencia Avena ha provocado reacciones muy diversas en Estados Unidos, tanto en su Gobierno como en sus tribunales y ha servido para minar definitivamente la confianza de este Estado en el Tribunal.

2. EL MEMORÁNDUM DEL PRESIDENTE G. W. BUSH

La primera reacción a la sentencia Avena en el ámbito institucional estadounidense se materializó en el *memorandum* que en febrero de 2005 dirigía el Presidente el Presidente G. W. Bush al Abogado General¹⁰:

«I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, that the United States will discharge its international obligations under the decision of the International Court of Justice in the case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States of America), 2004 ICJ 128 (mar. 31), by having State courts give effect to the decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision.»

El Presidente declaraba así públicamente la intención del Gobierno de acatar la sentencia Avena, no obligando directamente a los tribunales a hacerlo (lo que, por otro lado, hubiera supuesto una violación del principio de separación de poderes), sino recurriendo a los principios de cortesía o respeto hacia las decisiones de otra instancia judicial (*principles of comity*); es decir, a la *buena voluntad* de los jueces

⁸ *CIJ Recueil* 2003, pp. 91-92 (párr. 59). Para un análisis general de la protección consular en el que se contempla de manera especial la jurisprudencia del Tribunal, vide los artículos y comunicaciones incluidas en *La protection consulaire*, Société Française pour le Droit International, Journée d'Etudes de Lyon, Pedone, Paris, 2006.

⁹ Sentencia Avena, 31 de marzo de 2004 (*CIJ Recueil* 2004, pp. 12 y ss), párrs. 112 y 133 (sobre la norma de omisión procesal) y 143 (respecto de la clemencia). Algo similar había afirmado el TIJ con anterioridad, respecto de la norma de omisión procesal, en la sentencia LaGrand (*CIJ Recueil* 2001, p. 497, párr. 90).

¹⁰ Disponible en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/02/20050228-18.html>.

estadounidenses. La sentencia Avena había dejado libertad a Estados Unidos para decidir cómo proceder a la revisión de sus sentencias («... by means of its own choosing...», párr. 153.9) y el *memorandum*, la vía elegida, constituía, más que una orden, una petición, sabedor el Gobierno de que si los tribunales no aplicaban los dictados del TIJ podría darse la responsabilidad internacional de los Estados Unidos¹¹. Sus resoluciones, sabido es, son obligatorias, tal y como proclama el artículo 59 del Estatuto que regula este órgano judicial¹², pero la escueta previsión del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas, que remite al Consejo de Seguridad en casos de incumplimiento, deja poco margen de efectividad a esa obligatoriedad, sobre todo si, como es el caso, uno de los implicados ocupa uno de los asientos de carácter permanente. Estados Unidos, de hecho, ha mostrado su intención de hacer valer esa posición privilegiada en el documento *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Supremo respecto del caso de uno de los mejicanos condenados¹³, al que dedicaremos uno de los apartados posteriores.

Y es que si la obligatoriedad de las sentencias del TIJ para los Estados parece asegurada en el plano internacional, no puede decirse lo mismo cuando sus consecuencias se dejan sentir de manera directa en el plano interno o dependen de sus órganos judiciales¹⁴. Sorprende, con todo, el esfuerzo desarrollado por el Gobierno estadounidense en procurar el cumplimiento de la sentencia del TIJ y evitar así incurrir en responsabilidad, sobre todo porque, como sabemos, en otras ocasiones no se ha mostrado tan cauteloso (*asunto sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, 1986*, sin ir más lejos).

No todos los tribunales estadounidenses aceptaron, sin embargo, de buen grado la *decisión-petición* del Presidente y algunos se han encargado de demostrarlo fehacientemente¹⁵. El Portavoz del Abogado General de Texas, sin ir más lejos, cuestionó

¹¹ La estructura federal de Estados Unidos no le salvaba, como es sabido, de tal posibilidad, pero el TIJ quiso apuntarlo en un asunto anterior aunque de la misma naturaleza, *por si acaso*, «whereas the international responsibility of a State is engaged by the action of the competent organs and authorities acting in that State...» (*Asunto LaGrand*, medidas provisionales, *CIJ Recueil* 2001, párr. 28). De hecho, en su sentencia de 2001 condenó a Estados Unidos porque el Gobernador de Arizona no cumplió el auto de la Corte de 1999 (párr. 115)

¹² Es más, el TIJ ha afirmado la obligatoriedad, no sólo de sus sentencias, sino también de sus autos, en el asunto *LaGrand* (párrs. 99 y ss. y 109).

¹³ «En circunstancias particulares, el Presidente puede decidir que los Estados Unidos no cumplirán una decisión del TIJ y dirigirán un veto a cualquier medida de ejecución en el Consejo de Seguridad» (Escrito *amicus curiae* del Abogado General del Departamento de Justicia al Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto Medellín, febrero de 2005, disponible en <http://www.usdoj.gov/osg/briefs/2004/3mer/1ami/2004-5928.mer.ami.pdf>, pp. 40-41).

¹⁴ De hecho, algunos estamentos estadounidenses han puesto en duda el hecho de que tales sentencias se consideren directamente aplicables en los tribunales internos (así, el escrito *amicus curiae* mencionado, que considera, en su página 35 que, de ser de otra manera, el artículo 94.2 de la Carta sería «superfluo»).

¹⁵ La realidad judicial estadounidense es, desgraciadamente, así. Lo señala claramente SANDS, P., «Subjecting state courts to the views of the federal court is one thing; subjecting them to the views of an international court comprising unknown judges in a faraway place is quite another («After Pinochet: the proper relationship between national and international courts», «The concept of “the State”: variable geometry and dualist perceptions», *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Abi-Saab*, ed. por L. de Boisson de Chazournes y V. Gowlland-Debbas, Martinus Nijhoff, The Hague, 2002, pp. 699-715; en p. 706).

directamente la autoridad presidencial para exigir a los tribunales estatales el cumplimiento de la sentencia Avena, afirmando:

«El estado de Texas considera que ningún tribunal internacional suplanta el Derecho de Tejas o el de los Estados Unidos. Con todo el respeto, creemos que la decisión del Ejecutivo sobrepasa los límites constitucionales de la autoridad federal»¹⁶.

3. LA DENUNCIA POR ESTADOS UNIDOS DEL PROTOCOLO FACULTATIVO SOBRE ARREGLO DE CONTROVERSIAS AL CONVENIO DE VIENA DE 1963

La demanda de México contra Estados Unidos ante el TIJ se basó en la jurisdicción que le había sido conferida por el artículo 1 del *Protocolo Opcional sobre Arreglo Obligatorio de Controversias*¹⁷, ratificado por ambos Estados y que obliga a acudir a esta instancia cuando surjan controversias respecto de la interpretación o aplicación del *Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares*. El 7 de marzo de 2005, Estados Unidos notificó a Naciones Unidas su retirada del Protocolo Opcional:

«Dear Mr. Secretary-General:

I have the honour on behalf of the Government of the United States of America to refer to the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations Concerning the Compulsory Settlement of Disputes, done at Vienna April 24, 1963

This letter constitutes notification by the United States of America that it hereby withdraws from the aforesaid Protocol. As a consequence of this withdrawal, the United States will no longer recognize the jurisdiction of the International Court of Justice reflected in that Protocol.»

El Protocolo fue propuesto –paradojas de la vida– por Estados Unidos en 1963, con la intención de proteger a los ciudadanos americanos en el extranjero y, de hecho, el Gobierno lo invocó durante la crisis de los rehenes en la embajada estadounidense de Teherán en 1979. La retirada, aunque criticable probablemente desde el punto de vista político, es jurídicamente posible, en tanto en cuanto el Protocolo guarda silencio al respecto (no lo prohíbe, por tanto, y tampoco nada en su articulado induce a creer otra cosa)¹⁸, si bien la manera de llevarla a cabo sí suscita, cuanto menos, algunas dudas formales. La Carta enviada por Condolezza Rice a Kofi Annan parece hacer referencia a una retirada *inmediata* («... *it hereby withdraws...*») pero, ¿puede realmente Estados Unidos llevarla a cabo de esta manera, sin que transcurra un tiempo razonable? El artículo 56.2 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (del

¹⁶ «US strategy for responding the ICJ's Avena decision», *AJIL*, 2005, vol. 99, 2, pp. 489-490.

¹⁷ UNTS, vol. 596, p. 487.

¹⁸ En general, la doctrina admite la posibilidad de retirada de un instrumento de arreglo pacífico de controversias ya que, como se ha afirmado, «is consistent with the consensual nature of international jurisdiction» (AUST, A., *Modern treaty law and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 235).

que Estados Unidos no es parte pero cuyo valor consuetudinario pocos niegan) establece, para el caso en el que un tratado no contemple expresamente la denuncia o la retirada del mismo, una notificación previa de, al menos, doce meses. No queda claro si puede una cuestión tan puntual como un plazo considerarse también derecho consuetudinario y, por tanto, obligar a los Estados pero aun no siendo así la lógica e, incluso, la cortesía diplomática aconsejarían calma, para evitar una inseguridad jurídica innecesaria. Es más, el propio TIJ ha afirmado expresamente que el Derecho de los tratados «exige un tiempo razonable para la retirada o terminación de tratados que no incluyen previsiones relativas a la duración de su validez»¹⁹.

La premura estadounidense puede tener su origen en la intención de evitar la acumulación de procesos de Estados cuyos nacionales hayan resultado perjudicados por la no aplicación del Convenio de Viena. Y es que la posibilidad de demandar a Estados Unidos por estas cuestiones resulta tentadora, por dos razones. En primer lugar, porque los precedentes (LaGrand, Avena) son tan claros que el TIJ, seguramente, volvería a aplicar su ya consolidada jurisprudencia a las circunstancias del nuevo caso en el que, de existir la base fáctica adecuada, el demandante saldría ganador. En segundo lugar, porque las demandas que se han dirigido ante el TIJ van más allá de pretender una mera defensa del cumplimiento de la Convención de Viena, siendo el más que probable objetivo oculto en todas ellas cuestionar la pena de muerte²⁰.

Ninguna razón, ni siquiera el socorrido cambio fundamental en las circunstancias (art. 62 del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados*), se maneja en el comunicado de la Sra. Rice a Naciones Unidas, pero quizá no resulte difícil aventurar que las razones de la decisión estadounidense han sido las tres condenas dictadas en menos de seis años²¹.

4. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA EN DERECHO INTERNO

Las consecuencias de la sentencia fueron numerosas y difíciles de implantar en un sistema judicial tan complejo como el estadounidense. De hecho, no fue casual el

¹⁹ *Asunto relativo a las actividades militares en y contra Nicaragua*, jurisdicción de la corte y admisibilidad de la demanda, sentencia de 26 de noviembre de 1984, párr. 63.

²⁰ Así lo ha dejado entrever uno de los jueces, Shigeru Oda, en las opiniones vertidas respecto de los autos sobre medidas provisionales en los asuntos Breard, LaGrand y Avena. En el asunto LaGrand (medidas cautelares) afirmó, siguiendo la estela de lo que en su día declaró respecto del asunto Breard (párr. 2 de su declaración), que la Corte no tenía jurisdicción en cuestiones de pena de muerte, indicando además que Alemania presentó la demanda, no cuando arrestaron a los hermanos LaGrand, sino cuando uno de ellos iba a ser ejecutado, lo que indirectamente descubre las intenciones *ocultas* alemanas (párr. 2 de su declaración). En el párrafo 6 afirmó que «if the Court intervenes directly in the fate of an individual this would mean some departure from the function of the principal judicial organ of the United Nations, which is essentially a tribunal set up to settle inter-State disputes...». En el asunto Avena (p. 1) se muestra más claro aún, pues cree que no hay controversia sobre la aplicación de la Convención, sino que la demanda obedece a un intento de Méjico para salvar a sus nacionales de las penas de muerte. Con todo, en ninguno de los tres casos disintió el juez japonés de la decisión del TIJ, escudándose en razones humanitarias para votar afirmativamente.

²¹ Un portavoz del Departamento de Estado aclaró, después de hacerse pública, que la retirada era fruto del desacuerdo con la decisión del TIJ de cuestionar el tratamiento que ciertos tribunales estadounidenses hacen de determinados casos relacionados con la pena de muerte: cuando Estados Unidos, declaró, firmó el Protocolo Adicional no previó que en el futuro pudiera emplearse para revisar casos directamente relacionados con el Derecho interno («US Strategy for responding to ICJ's Avena Decision», *AJIL*, 2005, vol. 99, 2, p. 490).

hecho de que el TIJ, como veremos, no impusiera medios concretos para proceder a la revisión de las sentencias y optara por dejar la cuestión en manos del propio Estado demandado y condenado²²; así, obligó a Estados Unidos a garantizar, por medios de su propia elección, la *revisión y reconsideración* de las condenas y sentencias (párrs. 53.8 y 121)²³.

El párrafo 122 de la sentencia estableció expresamente que «corresponde a los tribunales de Estados Unidos examinar los hechos, y en particular el perjuicio y sus causas, teniendo en cuenta la violación de los derechos establecidos en la Convención» y ese fue el pistoletazo de salida que permitió que algunos de los nacionales mejicanos implicados solicitaran la revisión de sus sentencias, pero también para que otros condenados, distintos a esos 51, y a los que en el momento de su detención tampoco se les había acusado de la posibilidad de ponerse en contacto con su consulado, probaran suerte con esta nueva vía que, gracias a la sentencia Avena, se les abría. Sin embargo, no todos los tribunales estadounidenses han acogido de buen grado el hecho de que una resolución de un tribunal internacional, ajeno según ellos al sistema y procedimiento estadounidense, les obligara a revisar los casos bajo una nueva perspectiva en la que el Derecho Internacional (a través de la Convención de Viena) se convertía en un elemento esencial. Cuatro casos (Medellín, Sánchez-Llamas y Bustillo, Torres y Jogi), han sido los más llamativos hasta la fecha, habiéndose dado en ellos reacciones bien distintas por parte de los órganos judiciales estadounidenses.

4.1 Asunto Medellín

El caso de José Ernesto Medellín, uno de los 51 mejicanos afectados por el asunto Avena, ha sido, quizá, el que hasta la fecha ha suscitado más actuaciones. Medellín,

²² Como la juez Rosalyn Higgins afirmó en su día, respecto de los asuntos Breard y LaGrand (medidas provisionales), así se deduce del lenguaje empleado por el Tribunal en esos dos autos. En el asunto Breard, «... the US should take all measures at its disposal to ensure that Angel Francisco Breard is not executed...». Como, pese a todo, la condena se ejecutó, el TIJ intentó ser más explícito en el asunto LaGrand, cuando indicó las siguientes medidas provisionales, «a) The United States of America should take all measures at its disposal to ensure that W. LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings...»; b) The Government of the United States of America should transmit this Order to the Governor of the State of Arizona» (asunto relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones consulares, auto de 3 de marzo de 1999, párr. 29). Esta precisión del TIJ (la referencia al Gobernador de Arizona) no ha escapado, sin embargo, a las críticas de la doctrina. Así, ROSENNE, S., considera que tal posibilidad «may be going too far, since how the Government of a federal State acts on an order from the ICJ is an internal matter, and it is not or an international court to deal with that aspect» [«The perplexities of modern International Law, General Course on Public International Law», *Recueil des Cours*, vol. 291, 2001, pp. 9-472, en p. 263 (nota al pie 454)]. En el asunto Avena, el auto sobre medidas provisionales no fue tan preciso como en LaGrand, acercándose más bien la redacción a la del asunto Breard, pero con una variación importante: la forma verbal *should* fue sustituida por *shall*, dejando así clara la obligatoriedad de las medidas, «The United States of America shall take all measures necessary to ensure that Mr. César Roberto Fierro Reyna, Mr. Roberto Moreno Ramos and Mr. Osvaldo Torres Aguilera are not executed pending final judgment in these proceedings» (párr. 59, asunto Avena, medidas provisionales).

²³ La expresión *medios de su propia elección*, que el TIJ ya usó en el asunto LaGrand fue sin duda empleada a conciencia, con el fin de evitar que se escudara en su estructura federal (AMIRFAR, C. M., «AALS Panel. The Avena Case in the International Court of Justice, Mexico v. United States of America, Arguments of Mexico», *German Law Journal*, vol. 5, núm. 4, 2004, www.germanlawjournal.com/article.php?id=413).

condenado por la violación y asesinato de dos adolescentes en 1993, tras varios recursos fallidos ante tribunales de orden inferior, solicitó un *habeas corpus* (procedimiento por el cual un condenado puede pedir que se determine si sus condenas violan la Constitución) al Tribunal de Distrito (*District Court for the Southern District of Texas*), denegado en base al argumento de la vigencia de la regla de la omisión procesal (*procedural default*) y en que la Convención de Viena no concede derechos individuales; es decir, sosteniendo todo lo que el TIJ acababa de criticar en la sentencia LaGrand (párrs. 77 y 91), hecha pública pocos días antes.

Medellín solicitó entonces certificado de apelación (COA, *Certificate Of Appealability*) ante el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito (*Court of Appeals for the Fifth Circuit*). Cuando aún no se había resuelto, el TIJ dictó su sentencia en el caso Avena en la que volvió a declarar que Estados Unidos había violado la Convención de Viena y que, por tanto, debía conceder la revisión y reconsideración de las condenas de los nacionales mejicanos y que (tal y como hiciera en el asunto LaGrand) el Convenio de Viena recoge derechos individuales (párrs. 77 y 493)²⁴. Pese a esta conclusión, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, rechazó el COA basándose, al igual que hizo el Tribunal de Distrito, precisamente en dos argumentos que el TIJ había criticado expresamente: la regla de omisión procesal y la oposición a que la Convención de Viena contemple derechos individuales. En diciembre de 2004, el Tribunal Supremo²⁵ aceptó revisar el caso, concediendo el *certiorari* (orden de un tribunal superior por la que éste avoca el asunto de un órgano inferior y que resulta obligada para continuar revisando, en fase de alegaciones, un asunto), para que así pudiera dilucidarse si los tribunales estadounidenses estaban obligados a ajustarse a lo establecido por el TIJ en sus sentencias.

En febrero de 2005, el mismo mes en que el Presidente Bush hizo público su *memorandum*, el Departamento de Justicia presentó un escrito *amicus curiae*²⁶ ante el Tribunal Supremo²⁷, oponiéndose al *habeas corpus* de Medellín. El documento presenta pasajes bastante discutibles, que merecen que nos apartemos del curso del proceso principal (Medellín) para comentarlos brevemente, pues entran en conflicto con lo afirmado por el TIJ e, incluso, me atrevería a afirmar, más generalmente, con el Derecho Internacional:

a) En el escrito se defiende la denegación del COA, argumentando razones formales de carácter interno (está previsto para cuestiones constitucionales y no para las basadas en un tratado y su concesión contravendría la jurisprudencia anterior, p. 9), olvidando así la perspectiva jurídica internacional, sustituida por la interna. Si el TIJ

²⁴ El Tribunal fue más restrictivo de lo que hubiera deseado Méjico, que había ido más allá en sus pretensiones al solicitar que el derecho de notificación consular que recoge la Convención fuera considerado como un derecho humano (párr. 12.5).

²⁵ Medellín v. Dretke, núm. 4-5928, en <http://www.supremecourtus.gov>.

²⁶ Este tipo de documento expresa la opinión del Ejecutivo estadounidense sobre cuestiones de Derecho Internacional y se considera que tiene un peso considerable. DENZA, E. («The relationship between International and National Law», *International Law*, ed. por M. Evans, Oxford University Press, 2006, pp. 423-450, p. 433) los denomina *sugerencias del Ejecutivo*. Se redactan, precisamente, para procurar interpretaciones similares de cuestiones internacionales con el objetivo de evitar violaciones del Derecho Internacional.

²⁷ [Http://www.usdoj.gov/osg/briefs/2004/3mer/1ami/2004-5928.mer.ami.pdf](http://www.usdoj.gov/osg/briefs/2004/3mer/1ami/2004-5928.mer.ami.pdf)

criticó la norma de omisión procesal precisamente porque impedía una correcta revisión de las sentencias, ¿no sería este argumento igualmente aplicable a los requisitos formales empleados para denegar el COA?

b) Otro de los pasajes discutibles es aquel en el que se afirma (p. 17) que en caso de conflicto norma interna-internacional, prima la más reciente, sea o no internacional y que, en consecuencia, la AEDPA (*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, de 1996), que es la normativa interna que limita las apelaciones (COA) relativas a solicitudes de *habeas corpus* en casos de pena de muerte, posterior al CV, prevalece sobre aquélla. Esta declaración pone de manifiesto una de las grandes contradicciones que en más ocasiones de las deseadas surgen entre el Derecho Internacional y el Derecho interno: pese a ser generalmente aceptado, tal y como de hecho refleja la propia Convención sobre Derecho de los Tratados (art. 27), que aquél prima respecto de éste, algunos Estados, a la hora de desarrollar su legislación, no siempre lo tienen tan claro. La Constitución estadounidense, de hecho, así lo establece (art. VI), al considerar que las normas estadounidenses y los tratados «shall be the supreme law of the Land», con lo que si los jueces se limitan a aplicar ésta, resulta claro que primará la ley interna (AEDPA). La excusa de que la disposición del Convenio de Viena no le obliga porque Estados Unidos no lo ha ratificado no sería válida, en tanto en cuanto aun de entender que no codifica en su totalidad Derecho consuetudinario, parece ser inobjetable que sus artículos 26 y 27 sí lo hacen.

c) Por otro lado, se afirma (p. 19) que los tratados son negociados por Estados Unidos en el entendimiento de que no crean derechos individuales. El CV, se afirma, tampoco lo hace (p. 20), como tampoco excluye la aplicación de la norma de omisión procesal (p. 33), olvidando así una vez más que el TIJ estableció precisamente lo contrario.

d) Se afirma, además (p. 46), que la revisión judicial sólo se aplica a los 51 individuos cuyos derechos se determinaron en el caso Avena y no a otros nacionales (p. 46), basándose para ello en que las decisiones del TIJ son obligatorias según su Estatuto, sólo entre las partes y respecto del caso concreto, lo que una vez más, está en desacuerdo con lo expresado por el TIJ, que dedicó el párrafo 151 a aclarar que los efectos de la sentencia debían extenderse a casos similares en que otras nacionalidades estuvieran implicadas.

Volviendo al proceso seguido por Medellín, que *aparcamos* líneas atrás, el 23 de mayo de 2005, el Tribunal Supremo, en una sorprendente decisión *per curiam*²⁸ desestimó el *certiorari*. La razón esgrimida fue la siguiente, «a la luz de la posibilidad de que los tribunales de Tejas concedan a Medellín la revisión que pretende, según la sentencia Avena y el *memorandum* del Presidente, así como de la potencial revisión en este tribunal una vez que los tribunales de Tejas hayan decidido sobre la acción pendiente, consideramos que sería imprudente tratar y resolver los múltiples problemas que presenta dar respuesta a las preguntas planteadas» (párrafo último del escrito del Tribunal). La resolución resulta, sin duda, discutible porque, como afirmó la juez O'Connor en su opinión disidente (la más extensa y a la que, de hecho, se adhirieron

²⁸ En *ILM*, vol. 44, 2005, pp. 965-980

otros tres jueces), el Tribunal desestima la petición «on the basis of speculation»²⁹. Es más, constituía, por decirlo de alguna manera, un dardo envenenado, pues si existía la posibilidad de que los tribunales tejanos aceptaran el recurso de Medellín, el que tomaran el camino contrario era también una opción a tener en cuenta. Y eso fue precisamente lo que ocurrió: el 15 de noviembre de 2006, el *Texas Court of Criminal Appeals* negó la concesión de la revisión del caso³⁰ ignorando, una vez más, la jurisprudencia del TIJ y el *memorandum* Bush (de hecho, cuatro jueces creyeron que el presidente se había extralimitado en sus funciones y que, al no constituir Derecho federal, no les resultaba vinculante), pero esta vez encontraron un apoyo no existente en las ocasiones anteriores: el asunto Sánchez-Llamas y Bustillo (28 de junio de 2006) en el que, como veremos en el apartado siguiente, el Tribunal Supremo había afirmado que las sentencias del TIJ no eran obligatorias sino para el caso concreto.

La decisión final sobre el caso Medellín sigue abierta en las fechas en que estas líneas se escriben, pues sus abogados acudieron de nuevo al Tribunal Supremo de Estados Unidos, que concedió un nuevo *certiorari* el 30 de abril de 2007³¹, y cuya decisión final está prevista para otoño de 2007.

4.2 Asuntos Sánchez-Llamas y Bustillo

No ha sido la revisión de alguno de los casos de los 51 mejicanos implicados en el asunto Avena la única que ha provocado resoluciones polémicas, sino que sus efectos están comenzando también a notarse respecto de individuos de otras nacionalidades, que aún confían en que algún tribunal se haga eco de la establecido por el TIJ y tengan así alguna oportunidad de cambiar sus condenas. Si dos asuntos han levantado expectación, han sido los planteados por Moisés Sánchez-Llamas, mejicano, y Mario A. Bustillo³², hondureño, quienes, tras la negación de revisión ante varias instancias, acudieron al TS como último recurso. Éste, en una polémica decisión de 28 de junio de 2006 en la que resolvió los dos casos de manera conjunta, volvió a desentenderse, como veremos, de la jurisprudencia del TIJ, en un ejercicio más de desprecio hacia las instancias internacionales.

En ninguno de los dos casos se informó a los acusados de sus derechos bajo el artículo 36 de la Convención, siéndoles además denegados varios recursos con apoyo en la norma de la omisión procesal y en la negativa a reconocer que la Convención recoge derechos individuales. El caso de Mario Bustillo resulta, acaso, más grave, puesto que acusaba a otro hondureño, no identificado, como autor de los hechos. El Gobierno de Honduras llegó a emitir una declaración jurada en la que se afirmaba que, de haber sido consultado, hubiera facilitado datos sobre ese individuo, lo que claramente podría haber dado un giro importante a la investigación.

²⁹ Opinión disidente de la juez O'Connor, disponible en *ILM*, vol. 44, 2005, p. 970.

³⁰ Al respecto, KIRGIS, F. L., «The Texas Court of Criminal Appeals decides Medellín's Consular Convention case», *ASIL Insights*, 8 dec. 2006, vol. 10, 32.

³¹ Asunto Medellín v. Texas, núm. 06-984.

³² Moisés Sánchez-Llamas v. Oregon (asunto 04-10566) y Mario A. Bustillo c. Johnson (asunto 05-51). La sentencia puede consultarse en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/04-10566.pdf>.

Los dos acudieron al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que concedió finalmente el *certiorari*³³, aunque desgraciadamente, el Tribunal Supremo se negó a aclarar de manera inequívoca la cuestión (p. 8 de la sentencia) de si el Convenio de Viena concede o no derechos individuales, la más relevante, seguramente, para el Derecho Internacional, aduciendo que en la resolución el caso se imponían los argumentos de Derecho interno. La decepción ante tal conclusión se convierte en confusión, cuando el Tribunal, a continuación, no encuentra reparos en afirmar que «asume, sin decidir [¡!] que el artículo 36 concede tales derechos [derechos individuales] a Bustillo y Sánchez-Llamas»³⁴.

El Tribunal encontró también un hueco para la *norma de la omisión procesal*, declarándola plenamente aplicable, puesto que, según él, el propio artículo 36.2 del Convenio de Viena permite que los derechos del artículo 36.1 se lleven a cabo de acuerdo con las normas del Estado receptor, ignorando así que, como ya mencionamos, esta norma había sido objeto de crítica especial en el asunto Avena³⁵ (p. 18).

No contento aún con estas conclusiones, siguió pronunciándose respecto de cuestiones que incluso concuerdan en gran medida con el *amicus curiae* presentado en el caso Medellín y que criticamos páginas atrás. Así, el Tribunal declaró que las decisiones del TIJ no son obligatorias excepto para las partes y respecto del caso concreto»³⁶ y aunque es cierto que formalmente nada se le podría reprochar, pues eso es lo que recoge el artículo 59 del Estatuto del TIJ y no estamos hablando de ninguno de los 51 mejicanos implicados en el asunto Avena, también lo es que una posición más respetuosa hubiera sido deseable, sobre todo porque, como vimos, el TIJ declaró expresamente que los efectos de la sentencia Avena debían considerarse igualmente aplicables a situaciones similares³⁷.

El Tribunal Supremo continúa sorprendiendo (y no gratamente) al lector, cuando afirma que como Estados Unidos se retiró del Protocolo,

«it is doubtful that our courts should give decisive weight to the interpretation of a tribunal whose jurisdiction in this area is no longer recognized by the United States»³⁸.

³³ El Gobierno estadounidense elaboró un escrito *amicus curiae* en contra de las pretensiones de los acusados, alegando que un tratado se cumple por medios políticos y diplomáticos y no a través de los tribunales (vide p. 8 de la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense).

³⁴ Algún autor (autora, en este caso) ha señalado que, precisamente ésa es la gran virtud de esta resolución, aunque *a priori* pudiéramos pensar que supuso un mazazo para el Derecho Internacional, ya que con esta expresión el Tribunal reconoce de manera indirecta que la Convención confiere derechos individuales y, por otro lado, al no resolver la cuestión no ha cerrado definitivamente la puerta, como una contestación negativa hubiera hecho, a posible cambios de jurisprudencia en el futuro por parte del Tribunal Supremo o de otros tribunales estadounidenses (KOVEN LEVIT, J., «Sánchez-Llamas v. Oregon: the glass is half full», *Lewis & Clark L. Review*, vol. 29, 11, 2007, pp. 29-46, disponible en <http://law.lclark.edu/org/lclr>)

³⁵ El Tribunal afirmó que «although the ICJ's interpretation deserves respectful consideration, we conclude that it does not compel us to reconsider our understanding of the Convention in Breard» (p. 18). Se refiere al asunto *Breard v. Greene* (523 US 371, 1998).

³⁶ P. 19 de la sentencia.

³⁷ Párr. 151, «... el hecho de que en este caso el fallo del tribunal se refiera sólo a nacionales mejicanos no supone que las conclusiones alcanzadas en la resolución actual no se apliquen a otros nacionales extranjeros que se encuentren en situación similar en los Estados Unidos».

³⁸ Pp. 20-21 de la sentencia.

¿Olvida el Tribunal que cuando la CIJ dictaminó en el asunto Avena su jurisdicción en estas cuestiones era plenamente vigente?. ¿Olvida que lo que el TIJ ha hecho ha sido interpretar un tratado (para concluir que establece derechos individuales) y que esa interpretación, sobre todo si se ha hecho en una cuestión en la que Estados Unidos era parte directamente implicada debería gozar, cuanto menos, del mínimo respeto que la cortesía y la buena fe exigen?.

4.3 Asuntos Torres y Jogi (I y II): Un poco de luz en medio de tanta oscuridad

Si las diferentes resoluciones judiciales de los asuntos Medellín, Sánchez-Llamas y Bustillo habían creado la sensación de que poco tenía que hacer el Derecho Internacional en los tribunales estadounidenses, dos asuntos, el primero de ellos (Torres) con uno de los 51 mejicanos del asunto Avena como protagonista, han abierto un rayo de luz entre tanta oscuridad, permitiéndonos comprobar que, pese a lo que parece la tendencia general, apoyada incluso por el Tribunal Supremo, aún existen instancias judiciales más allá y al Norte del Río Grande sensibles para con el ordenamiento internacional.

Oswaldo Torres fue el primero de los favorecidos por la sentencia Avena: obtuvo la clemencia en mayo de 2004 y el Gobernador de Oklahoma conmutó su sentencia de muerte a cadena perpetua³⁹, pero sus abogados recurrieron, alegando que el TIJ había considerado que el procedimiento de gracia (o clemencia) no era suficiente en sí mismo (párr. 143), ya que no permite una auténtica revisión y reconsideración de las condenas y penas, que fue la decisión por él tomada. En marzo de 2005, el Tribunal de Distrito del Condado de Oklahoma (*Oklahoma County District Court*) dio la razón a Torres aunque se basó, no tanto en el convencimiento de que se estaba aplicando la ley (legislación internacional) y cumpliendo los dictados del TIJ, sino en la necesidad de proteger en el futuro los intereses de los ciudadanos americanos en el extranjero:

«This Court cannot say with certainty that Appellant suffered actual prejudice because he was not informed of his rights under the Vienna Convention. However, this court does not support a result that could lead some in the international community to believe that the United States does not take seriously its obligations under the Convention. Further, this Court believes that a ruling that Appellant was not prejudiced would allow officials of foreign signatories to ignore these same provisions when American citizens are detained abroad»⁴⁰.

Esta sentencia, en realidad, cumplía dos de los mandatos que analizamos páginas atrás. De un lado, el tribunal acata lo establecido por el TIJ que, como sabemos, no buscaba la anulación automática de las sentencias, sino su revisión y, efectivamente, el tribunal *revisa*. De otro lado, se ajusta a los principios del *comity* (cortesía) recogidos por el Presidente Bush en su *memorandum*, pues del propio lenguaje empleado se

³⁹ «Oklahoma Court finds accused was prejudiced by lack of consular notification in death penalty case», *AJIL* 2005, 99, 3, pp. 695-696.

⁴⁰ Al respecto, «Implementation of Avena Decision by Oklahoma Court», *AJIL*, vol. 98, 2004, 3, pp. 581-584.

deduce que la revisión del caso, pese a no haber convencido al juez de que hubiera existido auténtico perjuicio como consecuencia de no haber informado al acusado de sus derechos bajo la Convención de Viena («This Court cannot say with certainty that appellant suffered actual prejudice...»), se ha llevado a cabo porque está convencido de que es la mejor manera de garantizar que el mismo trato se dará a los nacionales estadounidenses en el extranjero.

En el segundo de los casos de este apartado, T. S. Jogi, de nacionalidad hindú, condenado por asalto a mano armada, alegó no haber sido informado de sus derechos bajo la Convención de Viena, motivo por el cual presentó una queja en mayo de 2002, rechazada por el Tribunal de Distrito (*District Court*), pero estimada por el tribunal de apelación (*7th Circuit Court*)⁴¹. El Tribunal consideró (¡al fin!), por sentencia de 27 de septiembre de 2005 (Jogi I), que la Convención establecía derechos individuales, basándose precisamente en las sentencias LaGrand y Avena⁴², declarando:

«Although we are of the opinion that the United States is bound by ICJ rulings in cases where it consented to the court's jurisdiction (...) we recognize that this proposition is controversial in some circles. The Supreme Court has not yet taken the step we have described, even though it has noted that courts give respectful consideration to the interpretation of an international treaty rendered by an international court with jurisdiction to interpret [it]»⁴³.

En el momento de realizar esta afirmación aún no se había decidido el caso Sánchez-Llamas y Bustillo, de manera que cuando la sentencia sobre éste se hizo pública, el Tribunal de Distrito que en un principio había condenado a Jogi solicitó la revisión del caso ante el *7th Circuit Court*. Un comité de expertos de este tribunal emitió una resolución (Jogi II) el 12 de marzo de 2007⁴⁴ que en una prueba de que aún existen firmes defensores del Derecho Internacional, además de reafirmar lo dicho en septiembre de 2005 (p. 8 de la sentencia) ha permitido que el tribunal fuera, como él mismo afirma⁴⁵, el primero que opta por enfrentarse directamente a la cuestión de si la Convención de Viena confiere o no derechos individuales (recordemos que el Tribunal Supremo obvió dar respuesta alguna al respecto) para concluir que, efectivamente, la respuesta a la misma debe ser afirmativa:

«We conclude that even though many if not most parts of the Vienna Convention address only state-to-state matters, Article 36 confers individual rights on detained nationals. Although international treaties as a rule do not create individual rights, see *Chaparro-Alcantara*, 226 F.3d at 620-21, *Sosa* recognizes that international law in general, and thus treaties in particular, occasionally do so, see 124 S. Ct. at 2756» (p. 21).

⁴¹ Jogi v. Voges, núm. 01-1657, 7th Cir. Sep. 27. 2005, <http://www.ca7.uscourts.gov> o en «Seven Circuit allows suit seeking damage for lack of consular notification», *AJIL*, vol. 100, 2006, 1, pp. 216-218; en concreto, p. 218

⁴² Pp. 26 y 27 de la resolución del Tribunal.

⁴³ Jogi v. Voges, núm. 01-1657, cit, pp. 27-28.

⁴⁴ <http://www.ca7.uscourts.gov/tmp/5P1FFV9N.pdf>

⁴⁵ «This court is the first one to be confronted directly with the question whether the Convention creates a private right» (p. 18).

El comité de expertos criticó expresamente la interpretación tergiversada que del texto había hecho la parte contraria (Voges y otros) en el sentido de querer apoyar en el preámbulo de la Convención el argumento de que el Convenio no otorgue derechos fundamentales⁴⁶ pues el objetivo buscado en ésta era dejar claro que la Convención no buscaba beneficiar al personal diplomático (p. 20 de la resolución)⁴⁷. El comité se basa para ello en una interpretación estricta del artículo 36 y en diversos documentos internos de Estados Unidos que la apoyan, como las notificaciones que el Departamento de Estado envía a sus funcionarios de manera regular recordándoles la obligación de informar a los detenidos acerca de estos derechos y en un Manual del Departamento de Asuntos Exteriores en el que se afirma algo similar (p. 23). Es más, se recuerda que el propio Gobierno estadounidense no ha tenido reparo alguno en utilizar el artículo cuando han sido sus nacionales los afectados, como ocurrió en el asunto sobre la crisis de los rehenes en la embajada de Teherán.

5. CONCLUSIÓN

De todos los mencionados, y más allá de las controvertidas conclusiones a las que las diferentes instancias llegaron, podemos afirmar que el asunto Avena (y sus precedentes, Breard y LaGrand) ha abierto una peligrosa Caja de Pandora, tal y como los casos Sánchez-Llamas y Bustillo se han encargado de corroborar. La negativa del Tribunal Supremo a aplicar las conclusiones del TIJ para revisar adecuadamente estos dos asuntos obedece seguramente a un intento de cortar por lo sano, pues lo más probable es que esta sentencia se convierta en guía para muchos tribunales de rango inferior que deban enfrentarse a cuestiones similares⁴⁸.

Con independencia de los quebraderos de cabeza que la cuestión ha suscitado en el ámbito interno, la posibilidad de que otros Estados continúen llevando casos de naturaleza similar ante el TIJ ha sido la que, sin duda, ha movido al Gobierno estadounidense a retirarse del *Protocolo Opcional*. Pese a todo, la semilla de los asuntos LaGrand y Avena ha sido plantada y no hay *retirada* que la impida hacer germinar. Tampoco todo es negro para el Derecho Internacional en el sistema judicial estadounidense pues, como hemos visto, algunos de sus tribunales más sensibles respecto de éste y de su relación con el Derecho interno han optado por soluciones contracorriente a la postura expresada por el Tribunal Supremo.

De momento, el debate no se ha cerrado, pues aún queda ver cuál será la decisión definitiva del Tribunal Supremo en el caso Medellín. Si optará o no por continuar la línea de la sentencia Sánchez-Llamas y Bustillo es aún una incógnita. Sin duda, hay no pocas posibilidades de que así sea, pero quizá no estaría de más que alguien recor-

⁴⁶ El Preámbulo reza así, «Conscientes de que la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos».

⁴⁷ El Comité de Expertos afirma también lo siguiente, «It is a mistake to allow general language of a preamble to create an ambiguity in specific statutory or treaty text where none exists. Courts should look to materials like preambles and titles only if the text of the instrument is ambiguous» (p. 20).

⁴⁸ Ésa es la opinión de KIRGIS, F. L. («The Supreme Court decides a Consular Convention case», *ASIL Insight*, vol. 10, 16, 2006).

dara al Tribunal que, al menos, uno de los argumentos empleados en el asunto Sánchez-Llamas y Bustillo no le valdrán en este: Medellín es uno de los 51 implicados en el asunto Avena, con lo que el razonamiento de que las sentencias del TIJ sólo son obligatorias para el caso concreto no resultará oponible en este caso y, si es que lo fuera, no será desde luego creíble. Cerrada esta vía, quizá se vea obligado a determinar, de una vez por todas, si la Convención establece o no derechos individuales, aunque también existe la posibilidad de que nuevamente decida (y mucho me temo que por ahí pueden *ir los tiros*) que la pena aplicable a Medellín se basa en la normativa interna estadounidense que prima sobre el Derecho Internacional.

De cualquier modo, en el plano teórico, el incumplimiento de la sentencia Avena (algo que se constatará tras la sentencia Medellín) podría originar la responsabilidad internacional de Estados Unidos, doble en algunos casos, porque como se ha señalado, en los tres supuestos de condena a muerte, si no se produce la revisión, se habrán violado no sólo las normas primarias (Convenio de Viena), sino también las secundarias sobre responsabilidad, lo que abriría la puerta a contramedidas del lesionado⁴⁹. Estados Unidos ha hecho un esfuerzo, sí, y la prueba es el *memorandum*, pero más allá de él, no creo que, en el caso de que los tribunales internos lo desatiendan (así ha sido), le preocupe especialmente enfrentarse a una posible responsabilidad internacional. No lo ha hecho otras veces, así que ¿por qué habría de ser ésta diferente?.

Las cuestiones de fondo de todo el discurso que hemos planteado hasta ahora acaso sean dos: la primera, la posibilidad de exigir el cumplimiento por los órganos judiciales internos de resoluciones que emanan de instancias internacionales, sobre todo de tribunales de carácter supraestatal; la segunda, la eterna lucha acerca de la primacía o no del Derecho Internacional sobre el Derecho interno.

Respecto de la primera cuestión, dar solución al problema se adivina difícil si no existe una vía procesal específica en un Estado concreto que obligue a los jueces a acatar una decisión que emana de un órgano judicial internacional⁵⁰. En este caso, la única posibilidad es solicitar de los juzgadores que respeten las normas y la jurisprudencia internacional. Es, de hecho, lo que ha ocurrido en Estados Unidos, con resultados bien dispares según qué juez haya de enfrentarse a la resolución del caso, lo que sin duda hace flaco favor a la seguridad jurídica⁵¹. Por eso la solución óptima sería que la cuestión estuviera reglamentada a nivel interno, si bien no es lo habitual en la práctica. De hecho, en España no existe tal posibilidad excepto, claro está, que se trate de una cuestión directamente relacionada con los derechos humanos, en cuyo caso el artículo 10.2 de la Constitución Española facultaría al juez a interpretar conforme a los dictados de la jurisprudencia internacional⁵², lo que no siempre resolvería el problema. No lo haría, por lo demás, fácilmente, si se plantearan cuestiones relacionadas con el derecho consu-

⁴⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional [las consecuencias del hecho ilícito]*, DM, Murcia, 2005, p. 56.

⁵⁰ Al respecto, y en relación con las sentencias Avena y LaGrand, vide HOPPE, C., «Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the US: exploring a transatlantic divide in search of a uniform interpretation of consular rights», *EJIL*, vol. 18, 2007, núm. 2, pp. 317-336.

⁵¹ En el caso alemán ha ocurrido algo similar: HOPPE, C., «Implementation...», *op. cit.*, pp. 329-330.

⁵² En Alemania, volviendo a los problemas que el artículo citado en notas anteriores describe, se han encontrado, precisamente, con problemas al aplicar sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, ante la inexistencia de una previsión similar a la española, HOPPE, C., «Implementation...», *op. cit.*, pp. 325 y ss., acerca de las consecuencias del asunto Görgülü, de 25 de febrero de 2004).

lar como las del asunto Avena en nuestro país, pues no está claro que el de asistencia consular sea uno de los derechos fundamentales del ser humano. Méjico intentó que así se declarara en su demanda, pero obtuvo la llamada por respuesta⁵³. Así las cosas, todo queda en manos del buen (o mal) criterio de los jueces, a los que quizá para convencer de la conveniencia de ajustarse a las sentencias del TIJ podríamos recordar lo afirmado por el juez Breyer en el asunto Sánchez-Llamas y Bustillo: primero, respetar las afirmaciones del TIJ es positivo para armonizar la jurisprudencia; segundo, la interpretación del TIJ ha probado ser de indudable calidad, con lo que no debería existir temor alguno a seguirla y, tercero, han sido muchas las ocasiones en las que en el pasado el tribunal (el juez se refiere al Tribunal Supremo estadounidense, pero la afirmación podría extrapolarse a otros) se ha dejado guiar por el TIJ⁵⁴.

Respecto de la segunda cuestión que planteábamos, la primacía del Derecho Internacional, las salidas son igualmente difíciles. Si pese a ser generalmente aceptada, Estados Unidos se niega a aceptarla, tanto formalmente (recordemos que su Constitución ha optado por el principio de equivalencia) como en la práctica (ya hemos visto que los jueces, en general, no están muy por la labor de hacer otro tipo de interpretaciones), ¿qué remedio queda? Ya le recordó el TIJ en una ocasión (1988) de manera expresa y respecto del cierre de las oficinas de la OLP en la ONU en Nueva York (basada, según el Gobierno estadounidense, en su legislación interna), «el principio fundamental en Derecho Internacional de la prevalencia de éste sobre el Derecho interno»⁵⁵ y caso omiso del recordatorio en cuestión hizo su destinatario. Las consecuencias que el asunto Avena ha originado se han convertido, sin duda, en un ejemplo más que alimenta el desconsuelo, si es que no la profunda desazón, que en ocasiones invade al internacionalista cuando de la aplicación efectiva del Derecho Internacional se trata. Las contramedidas, como indicamos, siguen siendo una opción, sí, pero ¿una opción, dados los demandantes y demandados de los estamos tratando, realista?; es verdad también que, como algunos jueces expresaron, la reciprocidad es regla usual en las relaciones internacionales y son muchos los ciudadanos americanos *dispersos* por el mundo con causas pendientes con la Justicia en diferentes Estados. La regla del ojo por ojo podría ser, pues, una vía, aunque dos problemas de no poca entidad me suscita: el primero, de carácter moral, pues pagarían justos por pecadores y no es ése el objetivo que debiera guiar a Estado alguno y el segundo, consecuencia de la superioridad que Estados Unidos detenta en el plano internacional, pues, ¿cuál de los indignados miembros de la Asamblea de ratones se ofrecerá para poner el cascabel al gato?

⁵³ Párr. 13, sentencia Avena.

⁵⁴ Opinión disidente del juez Breyer, a la que se unieron los jueces Stevens y Souter en su totalidad y el juez Ginsburg a la parte II de la misma, 548 US (2006) pp. 20-22.

⁵⁵ Dictamen de 26.04.1988, párr. 57 (asunto sobre la aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo de 26.06.1947 relativo a la sede de la ONU), *CJIJ Recueil* 1988, 34-35.