

OBLIGACIÓN DE INFORMAR A TODO DETENIDO EXTRANJERO DE SU DERECHO A LA PROTECCIÓN CONSULAR, SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

José Luis VALLARTA MARRÓN*

INTRODUCCIÓN

El gobierno de México ha incoado en la Corte Internacional de Justicia (en adelante “la Corte”) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) un caso (Avena y otros nacionales de México.- México vs. Estados Unidos de América); la demanda fue presentada el 9 de enero de 2003. México pide, entre otras cosas, que ese tribunal declare que el gobierno de los Estados Unidos de América (en adelante “EE.UU. de A.”), en su carácter de Parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante “la Convención de Viena”), violó su obligación internacional de notificar a detenidos mexicanos sobre su derecho a recibir protección consular. El gobierno de México espera también que la Corte declare que esa violación impidió la protección consular prevista en esa Convención y el ejercicio de funciones consulares y, por tanto, el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento (*due process of law*) en cincuenta y dos casos penales seguidos en tribunales estadounidenses contra nacionales mexicanos, los cuales culminaron en pena de muerte para los sentenciados. El objetivo principal del caso incoado por México es la nulidad de los procesos correspondientes y la revisión de todos los juicios, a partir de una notificación a los mexicanos sentenciados de que tienen, entre sus derechos fundamentales, el de comunicarse con las autoridades consulares mexicanas para solicitar protección.

* Profesor de Derecho Internacional Público. Ex-embajador de México (jubilado).

I. MARCO JURÍDICO

La Convención de Viena sobre relaciones consulares, hecha en la capital de Austria, el 22 de abril de 1963, contiene disposiciones relevantes al caso citado en la introducción, cuyo contenido se describe en los párrafos subsiguientes.¹

El inciso a) del artículo 5, que describe en general las funciones consulares, reconoce como primera atribución del agente consular la protección en el Estado receptor de los intereses de los nacionales del Estado que lo envía.

El inciso e), del citado artículo 5, reitera como función consular la prestación de ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía.

El inciso i), del mismo artículo, reconoce, entre las funciones consulares, la representación de los nacionales del Estado que envía o bien gestiones para asegurar su representación, ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, a fin de que se adopten medidas provisionales para la preservación de los derechos e intereses de ellos, cuando por cualquier causa no puedan defenderse oportunamente.

El artículo 36 contiene disposiciones para facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía.

El inciso a) del párrafo 1 empieza por declarar la libertad de los funcionarios consulares para comunicarse con los nacionales del Estado que lo envía y la de éstos para comunicarse con esos funcionarios.

El inciso b) del mismo artículo dispone que, si el interesado lo solicita, las autoridades del Estado receptor notificarán a la oficina consular competente, sin retraso alguno, sobre toda detención de un nacional del Estado que envía y permitir la correspondencia entre ellos. *En el mismo inciso se establece la obligación de las autoridades del Estado receptor de informar, sin dilación, a la persona detenida sobre los derechos que se le reconocen en esa disposición.*

El inciso c) del artículo comentado reconoce el derecho de los funcionarios consulares de visitar a los detenidos que sean nacionales del Estado que lo envía, para organizar su defensa ante los tribunales, a menos de que el detenido rehúse esa protección consular.²

¹ UNTS, Vol. 569, pp. 262-232, 470-472 y 488-490.

² El artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares a la letra dice:

Art. 36. *Comunicación con los nacionales del Estado que envía.*

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

Por otra parte, la Convención consular entre México y EE.UU. de A., suscrita en la Ciudad de México, el 12 de agosto de 1942,³ expresa en su artículo VI el derecho de los funcionarios consulares de comunicarse con los nacionales de su país, incluidos aquellos detenidos o encarcelados, y el de auxiliar a sus nacionales en juicios o gestiones ante las autoridades del Estado receptor. Como contrapartida lógica a esa disposición, la Convención bilateral citada, reconoce el derecho de los nacionales de ambos Estados de comunicarse, en todo tiempo, con los funcionarios consulares de su país.

Existe un Memorando de entendimiento sobre protección consular de nacionales de México y de Estados Unidos de América del 7 de mayo de 1966, concertado entre los gobiernos de ambos países, dentro del marco del grupo de trabajo sobre migración de las reuniones binacionales institucionalizadas por ambos gobiernos. Cabe aclarar que la obligación consagrada en ese Memorando se refiere a las autoridades migratorias a las que impone la obligación de notificar a todo detenido sobre sus derechos y opciones legales, *incluido el derecho a establecer contacto con su representante consular y a facilitar esa comunicación*. Aun cuando ese memorando no fue sometido a los trámites constitucionales correspondientes a los tratados, fue suscrito por el Secretario de Relaciones Exteriores de México y el Secretario de Estado de EE. UU. de A. y figura en la base de datos de tratados de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México.⁴ Por tanto, podemos considerarlo un acuerdo entre Estados celebrado por escrito y regido por el Derecho Internacional.⁵

b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con el y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir a favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

³ *Diario Oficial* del 17 de julio de 1943.

⁴ <http://tratados.sre.gob.mx>

⁵ Ver ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Oxford, p. 17.

En virtud de su artículo 103, la Carta de las Naciones Unidas⁶ es el tratado de mayor jerarquía internacional y las disposiciones de la misma son una cobertura general para la interpretación de toda fuente del derecho Internacional, incluidos otros tratados. La Carta en sí contiene pocas disposiciones sobre derechos humanos, pero las que encontramos en ese texto de carácter constitucional y supremo son de especial relevancia. Así, el Preámbulo reafirma la fe *en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres de las naciones grandes y pequeñas.*

El marco jurídico de este caso no estaría completo sin una referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas que, a pesar de su carácter recomendatorio en cuanto a su forma, pues fue incorporada en una resolución de la Asamblea General de la ONU, tiene un indudable valor jurídico obligatorio, dada su reiterada aceptación universal.⁷ Esa Declaración contiene un artículo 8 que reconoce que toda persona tiene el derecho... *a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.* Recordemos que en EE.UU. de A. los tratados internacionales vinculantes para ese país son ley.

Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969,⁸ consagra en su artículo 8 sobre *garantías judiciales* los derechos de todo detenido; si bien no se menciona expresamente el derecho a la protección consular, ésta está implícita en el derecho de ser informado respecto de esa opción, consagrada expresamente en la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos, del cual son Partes tanto México como EE.UU. de A.⁹ reconoce que las formalidades esenciales del procedimiento (*due process of law*) son un derecho derivado de la “dignidad inherente de la persona humana”. El artículo 14 de ese Pacto describe los estándares mínimos que todo proceso debe llenar; más adelante veremos el desarrollo de este tema en los alegatos escritos de México.

⁶ Ver Carta de las Naciones Unidas, suscrita en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de octubre del mismo año, y publicada en el *Diario Oficial* del 17 de octubre de ese año.

⁷ Resolución 217 (III) de la Asamblea General de la ONU, del 10 de diciembre de 1948.

⁸ <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>

⁹ UN Yearbook, 1966, pp. 423-433.- Resolución 2200 (XXI), de la Asamblea General de la ONU (1966).

Párrafos adelante, al analizar las reglas de interpretación de los tratados veremos que toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable a las relaciones entre las partes es relevante para la CIJ al decidir casos; por tanto, toda norma de Derecho Internacional, en particular aquellas que tutelan los derechos fundamentales de la persona humana, es relevante para el caso analizado.

Puesto que la jurisprudencia es fuente del Derecho Internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es pertinente citar en esta parte, destinada a dar el marco jurídico del caso en cuestión, la sentencia dictada por ese tribunal en el caso *La Grand* (Alemania vs. EE.UU.de A.).

La República Federal de Alemania, entre otras cosas, pidió a la CIJ que declarara que EE.UU.de A., al no informar a los ciudadanos alemanes Karl y Walter *La Grand*, sobre sus derechos conforme al inciso 1 (b) del artículo 36 de la Convención de Viena y al privar al gobierno de Alemania de su derecho de dar asistencia consular —lo cual condujo a la ejecución de esas personas— violó sus obligaciones internacionales con Alemania, según el artículo 5 y 36, inciso 1, de la mencionada Convención.

La CIJ en su sentencia afirmó, entre otras aseveraciones, que EE.UU. de A. violó sus obligaciones internacionales respecto de la República Federal de Alemania y de los hermanos *La Grand*, según el artículo 36, inciso 1 (b) de la Convención de Viena, al no informar a los detenidos *La Grand* sobre sus derechos incorporados en la citada disposición. Por otra parte, la Corte también afirmó en su sentencia que EE.UU. de A. igualmente violó el inciso 2 del mismo artículo 36.¹⁰

La CIJ tuvo jurisdicción en este caso en virtud de que ambos Estados litigantes son Partes del Protocolo opcional de la Convención de Viena, relativo a la solución de controversias sobre la interpretación de esa Convención.

Si la controversia, tanto en el caso *La Grand*, como en el caso sometido por México, requieren la interpretación de la Convención de Viena, es pertinente recordar las disposiciones que sobre la interpretación de tratados contiene la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.¹¹

La regla general de interpretación incorporada en el artículo 31 de la citada Convención, es que un tratado debe interpretarse *de buena fe*

¹⁰ Ver International Court of Justice, *LaGrand case* (Germany v. United States of America), summary of the judgement of 27 June 2001, <http://www/icj-cij.org>

¹¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de febrero de 1975, *Diario Oficial* del 14 de febrero de 1975.

conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.

La misma disposición explica que por *contexto* debe entenderse el texto del tratado por interpretar, incluidos su preámbulo y anexos así como todo acuerdo relacionado con el tratado concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del mismo; todo instrumento hecho por algunas partes con motivo de la concertación del tratado y aceptado por las demás como documento referente al tratado.

Otra regla codificada en la Convención sobre el Derecho de los Tratados obliga a tener en cuenta acuerdos posteriores sobre la interpretación del tratado o sobre la aplicación del mismo; toda práctica que confirme un acuerdo sobre la interpretación del tratado y toda norma de Derecho Internacional aplicable a las relaciones entre las partes. La Convención aclara que se puede dar a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

La Convención sobre el Derecho de los Tratados reglamenta lo relativo a los trabajos preparatorios como medios de interpretación complementarios, los cuales pueden ser criterios válidos, sólo si la interpretación hecha con los métodos descritos anteriormente dejan ambiguo u oscuro el sentido o si esos métodos conducen a un resultado absurdo o irrazonable.

II. ARGUMENTACIÓN POR MÉXICO

Capítulo I, Introducción

En la introducción de los alegatos escritos presentados por México encontramos las argumentaciones y propósitos de la acción judicial, mismos que se resumen a continuación:¹²

- El caso difiere del precedente *La Grand*; los hermanos *La Grand* de Alemania ya habían sido ejecutados cuando la Corte dictó su fallo, en tanto que los mexicanos del caso incoado por México aún viven y puede repararse la omisión que los privó de la protección consular.
- En el caso *La Grand*, la Corte dio una interpretación definitiva de los derechos del Estado que envía para brindar protección a su nacional detenido, según el artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

¹² Pueden consultarse en <http://www.icj-cij.org>

- En el caso de los sentenciados mexicanos a la pena capital, la Corte puede aún beneficiarlos con su sentencia para que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento (*due process of law*).
- México sostiene que cuando un proceso penal se hace en violación de una formalidad esencial del procedimiento, establecida por un tratado internacional vinculante para el Estado que comete esa violación, (EE.UU. de A.) éste debe reiniciar procedimientos para restablecer todos los derechos violados.
- México cuenta con un programa de asistencia consular para brindar protección, consejo y apoyo a los mexicanos detenidos en EE.UU. de A., sobre todo para aquellos que se enfrentan a la pena capital. Ese programa cuenta con fondos pecuniarios para costear, cuando se juzga necesario, una defensa profesional más calificada que la que se proporciona de oficio.
- Existe diferencia entre los detenidos nacionales del Estado que ejerce su jurisdicción territorial y los detenidos extranjeros en ese Estado, pues estos últimos tienen un derecho inherente a su condición de extranjeros, o sea: la protección consular garantizada por el artículo 36 comentado.
- El derecho de todo detenido de ser notificado, *sin dilación*, respecto de la protección consular a la que tiene justo y válido título, según la Convención de Viena, es una formalidad esencial del procedimiento.
- Es propósito de la Convención de Viena la debida tutela de los detenidos extranjeros, quienes son especialmente vulnerables a abusos durante los interrogatorios, frecuentemente por desconocimiento del idioma, prejuicios raciales de los agentes que los interrogan, desconocimiento del sistema judicial y de sus derechos y por diferencias culturales en general.
- En los casos de los mexicanos sentenciados a la pena capital, las autoridades estadounidenses se abstuvieron de notificar a los detenidos sus derechos a la protección consular, y en los tres únicos casos en que sí hubo notificación, ésta fue deficiente y no fue hecha *sin dilación* como lo exige la Convención.
- EE.UU. de A. violó el párrafo 2 del artículo 36 citado, al aplicar una ley local que impide el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención. Una ley municipal que quita efectos a la violación de una obligación internacional hace que el Estado que la invoca y aplica incurra en responsabilidad internacional.

- La ley de EE.UU. de A. y la doctrina de ese país, aplicadas en estos casos, que impiden que durante un recurso se invoque la Convención de Viena para reparar violaciones a la misma, cuando no se ha hecho en la fase inicial del proceso, es contraria a la propia Convención. México rechaza la tesis de EE.UU. de A. que sostiene que la Convención de Viena no crea derechos fundamentales individuales.
- México rechaza la tesis de que el recurso a la *clemencia* a que tienen derecho de petición los sentenciados a muerte en EE.UU. de A. convalide omisiones de notificación según la Convención de Viena. Esa *clemencia* es una medida administrativa, extra judicial y discrecional, que no restaura las formalidades procesales judiciales y esenciales que han sido violadas.
- México tiene derecho a una *restitutio in integrum* y a garantías de que no se repetirán las violaciones denunciadas. Para restaurar el *status quo ante* se requiere que EE.UU. de A. anule todas las decisiones judiciales adoptadas en violación de la Convención de Viena y que rechace toda prueba obtenida en violación del artículo 36. Igualmente EE.UU. de A. debe prohibir la aplicación de toda ley local o doctrina contraria a la Convención de Viena.
- México espera que la Corte ordene a los EE.UU. de A. que en el futuro cumpla con la Convención consular citada.

Capítulo II

Respecto de la jurisdicción de la CIJ para conocer el caso incoado por México, los alegatos escritos del actor recuerdan que el Protocolo Opcional de la Convención de Viena para la solución de controversias obliga a las Partes de la Convención y del Protocolo a la jurisdicción obligatoria de la Corte, en el caso de que una de las Partes somete a ese tribunal una controversia relativa a la interpretación de la Convención. México y EE.UU. de A. ratificaron, sin reservas, el Protocolo mencionado. Por tal motivo, el demandado ha tenido que aceptar la jurisdicción de la Corte.

Capítulo III

El capítulo III de los alegatos de México es un extenso y bien estructurado documento en el que se describen los hechos y circunstancias que se resumen a continuación:

- Se describe en detalle el Programa que México ha establecido en los EE.UU. de A. para brindar asistencia consular a los mexicanos detenidos en ese país, con especial atención para aquellos acusados de haber cometido delitos graves. Se explica lo relativo a los recursos pecuniarios destinados a esa defensa y lo concerniente al equipo de abogados estadounidenses contratados para dar asistencia profesional, en los casos en que la misma es juzgada necesaria para la defensa de los nacionales. Se informa que en tres años el Programa ha evitado la pena de muerte en cuarenta y cinco casos de mexicanos procesados.
- Se expresa en detalle el propósito de la asistencia consular en casos de pena capital.
- Se explica por qué las funciones consulares promueven la justicia en el proceso.
- Se describe la función de comunicación que desempeña el funcionario consular entre el procesado y las autoridades, policiales, administrativas y judiciales y se comenta como, sin la asistencia consular, la comunicación puede ser deficiente por razones de idioma y culturales y sobre todo porque, en la mayoría de los casos, el nivel educativo del detenido le impide comprender las complejas instituciones judiciales del país y sus derechos.
- Se explica la vulnerabilidad de los detenidos mexicanos durante los interrogatorios, si carecen de la asistencia consular. En detalle se comentan casos de detenidos mexicanos que son sometidos a duros interrogatorios en idioma inglés, cuando a duras penas comprenden el idioma o lo ignoran del todo; aún en esas circunstancias, se ha obtenido la firma del detenido aceptando cargos que no entendió.
- Se detallan casos en los que se han hecho patentes actitudes racistas y discriminatorias por parte de las autoridades y se explica como la presencia consular puede mitigar esas circunstancias adversas para la justicia, pues se han detectado casos en que las autoridades consideran, sin razón, que es un agravante el ser indocumentado.
- Puesto que en EE.UU.de A. es frecuente que la defensa y el fiscal negocien reducción de la pena si el detenido se declara culpable (*plea bargaining*), la asistencia consular es indispensable para que el detenido pueda comprender ofrecimientos.
- Se explica que la defensoría de oficio pone mayor diligencia en cuanto sabe que las autoridades consulares del país del detenido observan el proceso para asegurar que se cumplan las formalida-

des esenciales del procedimiento. Se explica que la comunicación entre las autoridades consulares y la defensa ayuda a ésta a comprender circunstancias útiles para la defensa que emanan de diferencias culturales. Los agentes consulares pueden ser de gran utilidad para aportar pruebas de descargo y atenuantes pertinentes para el proceso. Los agentes consulares promueven el cumplimiento de disposiciones internacionales vinculantes que no siempre conocen los abogados defensores.

- Entre los hechos se hace una detallada relación de casos en que las autoridades de EE.UU. de A. han violado su obligación de informar a los acusados de su derecho a la asistencia consular.
- Se hace hincapié en que la asistencia consular es necesaria para que el detenido comprenda sus derechos; se menciona la disposición legal que da derecho al detenido de exigir que su representante esté presente en los interrogatorios; si el agente consular no asesora al detenido, probablemente no tendrá esa ventaja de la ley local, por desconocimiento de sus derechos y del sistema que lo juzga.
- Se enumeran cincuenta y cuatro casos en que las autoridades estadounidenses han incumplido las obligaciones que le impone el artículo 36 de la Convención de Viena, respecto de detenidos mexicanos.
- Es frecuente que los detenidos confíen en los cónsules y desconfíen de las autoridades y aún de su propio defensor de oficio por razones de diferencias culturales.
- Se denuncia que doctrinas de derecho procesal, a nivel municipal, han impedido que mexicanos obtengan recursos judiciales contra violaciones al artículo 36 de la Convención de Viena. No se ha dado un solo caso en que un mexicano logre en el sistema que lo juzga, un recurso judicial contra la violación de esa disposición internacional vinculante para los EE.UU. de A.
- La evidencia es tal, que las autoridades judiciales estadounidenses no niegan la violación del artículo 36 de la Convención de Viena; no obstante, esas autoridades no han concedido recurso alguno para reparar la violación, sobre la base de que consideran que el detenido ha renunciado a los derechos a la protección consular no solicitada a tiempo.
- Se denuncia el uso de una doctrina sobre irretroactividad para evitar que los detenidos que recurran a la justicia federal puedan invocar los derechos que les reconoce la Convención de Viena en procesos de *habeas corpus*; esa doctrina conocida con el nombre

Teague sostiene que un extranjero no puede reivindicar derechos amparados por la Convención de Viena, por tratarse de nuevas disposiciones.

- Se rechaza la tesis de la Suprema Corte de los EE.UU. de A. que considera discutible que la Convención de Viena otorgue derechos individuales a los detenidos extranjeros. También se repudia la tesis de tribunales federales estadounidenses que alegan que, aun si se considera que la Convención de Viena otorga derechos individuales a los extranjeros, éstos no son fundamentales, por lo que su violación no afecta las formalidades esenciales del procedimiento (*due process of law*) ni invalida las pruebas obtenidas en violación de esos derechos.
- Se explican las gestiones diplomáticas hechas por México para obtener que los derechos a la asistencia consular de los mexicanos detenidos sean restaurados así como la ausencia de respuesta satisfactoria por parte de las autoridades estadounidenses.
- Se detallan también los infructuosos recursos presentados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la opinión consultiva de esa Corte, según la cual, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36 de la Convención de Viena afecta las formalidades esenciales del procedimiento y —en caso de la pena capital— se viola el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente.¹³ Se denuncia que a pesar de esa opinión consultiva, los tribunales de EE.UU. de A. siguen sosteniendo que los derechos concedidos por convenios internacionales no pueden ser tutelados y reparados por esos tribunales.
- Se comenta como las autoridades judiciales de EE.UU. de A. han sistemáticamente rechazado los recursos presentados por las autoridades mexicanas para defender los derechos violados que otorga la Convención de Viena y evitar ejecuciones.
- Se rechaza la actitud del gobierno Federal de EE.UU. de A. que se ha limitado a presentar disculpas por el incumplimiento por parte de autoridades locales de obligaciones internacionales y a remitir las gestiones diplomáticas mexicanas a las autoridades locales competentes para considerar el recurso extra-judicial de *clemencia*.
- Se deja constancia de que una completa evaluación hecha por cuarenta y cinco Consulados mexicanos revela que las viola-

¹³ The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law, advisory opinion OC-16/99 of 1 October 1999, Inter-Am Ct. H.R. (Ser.A) No. 16, para. 26 (1999).

ciones al artículo 36 de la Convención de Viena continúan (102 casos desde el 27 de junio de 2001 a la fecha de la presentación del alegato escrito).

Capítulo IV

Los alegatos escritos presentados por México están incorporados en una extensa y completa documentación que de verdad llega a los límites del conocimiento de la materia y del Derecho aplicable, nacional e internacional, de precedentes, de hechos e historia. Al pasar de un capítulo a otro, necesariamente se encuentran reiteraciones; por tal motivo, para los efectos del presente artículo, al analizar el capítulo IV que describe las violaciones por EE.UU. de A. de la Convención de Viena, más que un resumen, resulta más apropiada una descripción general de la argumentación; en la inteligencia de que el lector que desee profundizar en el tema, tiene abierta la posibilidad de consultar en *internet*, en la página de la Corte Internacional de Justicia, la copiosa información allí publicada.¹⁴

El capítulo IV contiene, entre otros, los siguientes elementos:

Respecto de la cuestión del alcance de la expresión *sin dilación*, que en el artículo 36 de la Convención de Viena califica la obligación de informar a todo detenido de su derecho a la protección consular, el documento mexicano hace referencia a los *trabajos preparatorios*, medios auxiliares de interpretación.¹⁵ Explica el documento que propuestas para calificar la obligación de notificar los derechos con la expresión “*indebida*” *dilación* fueron rechazadas por los negociadores de la Convención, dejando así sentado, con gran precisión, que sin modalidad o matiz alguno, el detenido debe ser notificado *sin dilación*. El documento mexicano sostiene que *sin dilación* significa “antes de todo interrogatorio” y recuerda que en 1957, en sesiones del Congreso de EE.UU. de A., ese órgano político, al referirse a detenidos estadounidenses en México, insistió en la notificación *inmediata* para permitir la actuación de sus agentes consulares en nuestro país.

Aun quienes no son estudiosos del Derecho saben —por las series de televisión o por las películas— que en EE.UU. de A. cuando se detiene a un sospechoso, el agente policial le recuerda sus derechos básicos, tal como el de permanecer en silencio y el de contar con un representante en todas las etapas del proceso administrativo y judicial. Esa práctica

¹⁴ <http://www.icj-cij.org>

¹⁵ Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

surgió del caso *Miranda vs. Arizona*; el documento mexicano hace hincapié en que, tratándose de extranjeros, la práctica debe incluir la notificación al detenido de los derechos consagrados para su protección en instrumentos internacionales.

El alegato escrito de México recuerda que un Manual del Departamento de Estado de EE.UU. de A. (*Foreign Affairs Manual of the US*) instruye a las autoridades consulares de ese país para que exijan a las autoridades del Estado en donde se encuentran acreditadas una notificación inmediata toda vez que un ciudadano estadounidense es detenido; también da precedentes de protestas por EE.UU. de A. cuando las autoridades del Estado receptor no han hecho esa notificación.

La argumentación escrita mexicana deja constancia de que en 1986 el Departamento de Estado de EE.UU. de A., responsable de las relaciones internacionales, estableció la política de que las autoridades que detienen a un extranjero deben notificarle su derecho a la protección consular. Se deja constancia de que, las autoridades locales no han hecho caso a esa directiva federal.

El documento mexicano cita múltiples decisiones judiciales y leyes de EE.UU. de A. que confirman la obligación de notificar a extranjeros de su derecho a la protección consular. De hecho, a diversos niveles, las autoridades de ese país han reconocido esa obligación y abundan las disculpas del gobierno federal cuando otras autoridades han incumplido esa obligación internacional; como ya hemos percibido en los alegatos escritos analizados, el problema radica en que EE.UU. de A. niega que esa notificación sea una formalidad esencial del procedimiento y que por tanto, la falta de ese aviso no invalida el proceso ni las pruebas o evidencias obtenidas con esa omisión procesal.

Los alegatos escritos mexicanos denuncian leyes locales y doctrinas que se han utilizado con la intención de justificar el incumplimiento de la obligación de notificar a los detenidos extranjeros. Podemos abrigar la esperanza de que la CIJ rechace esa pretensión con base en el Principio de Derecho Internacional que niega validez al Derecho interno para el efecto de justificar el incumplimiento de una obligación internacional.¹⁶

Recuerda el documento mexicano que la Convención de Viena, en el párrafo 2 del artículo 36, se establece que los derechos reconocidos en esa disposición deben ejercerse de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor, sin que ello impida su debido ejercicio. De ello puede inferirse que el precedente *Miranda vs. Arizona*, tratándose

¹⁶ El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a la letra dice: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...

de extranjeros, debería obligar a las autoridades que llevan a cabo la detención a notificar al detenido no sólo los derechos que le reconoce la legislación local, sino también los derechos inherentes a su condición de extranjero que emanan de acuerdos internacionales vinculantes para EE.UU. de A.

Los alegatos escritos de México analizan en detalle el carácter extrajudicial de la *clemencia* que en EE.UU. de A. pueden obtener los sentenciados a muerte de la administración local. Hace hincapié el documento mexicano en la excesiva politización que esa institución ha tenido. Es fácil imaginar a un gobernador renuente a dar *clemencia* única y exclusivamente por razones de estrategia electoral, sin considerar los méritos del caso ni mucho menos los defectos procesales del juicio. Recuerdan los alegatos analizados que estadísticas muestran que de 1977 a mediados de 2003, tres Estados de la Unión Americana, por sistema, niegan clemencia y el resto lo hacen en un porcentaje muy bajo, que hace de ese recurso un medio sometido a la arbitrariedad de intereses individuales de políticos, por lo que no es garantía para la revisión justa que busca México.

Capítulo V

El capítulo V de los alegatos escritos de México tiene por fin demostrar que la violación por EE.UU. de A. tuvo como consecuencia una injusticia fundamental en los procesos del orden criminal.

Con razón insiste México en que el incumplimiento denunciado lesionó directamente al Estado mexicano en sus derechos; que también afectó adversamente a sus nacionales, porque también ellos fueron privados de derechos fundamentales tutelados por las formalidades esenciales del procedimiento; por ende se sostiene que se violaron derechos humanos; el Estado mexicano fue lesionado, se reitera, porque se le impidió el ejercicio oportuno de la principal atribución consular: la protección de los nacionales y los sentenciados también lo fueron, porque fueron privados de ese amparo reconocido por el Derecho Internacional.

Recuerda el documento mexicano el párrafo 2, del artículo 31, del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, preparado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y aprobado por la Asamblea General de esa Organización,¹⁷ en el cual se reconoce que los Esta-

¹⁷ Ver *Derecho Internacional, textos y otros documentos*, Mc Graw Hill, Madrid, 2001, pp. 297-305. El texto no es un tratado y va a ser difícil que se logre acuerdo para aprobarlo como tal y abrirlo a firma para

dos pueden pedir reparación por todo daño, material o moral. También se afirma que un Estado es lesionado en sus derechos cuando se le impide el legítimo ejercicio de sus funciones. Se hace hincapié en que al privar a una persona de la protección consular, la violación adquiere la forma de una mayor lesión a derechos fundamentales cuando ello ocurre en un proceso penal. Igualmente se insiste en el carácter del artículo 36 que impone una obligación jurídica internacional y no un mero lineamiento o recomendación para extender cortesías o actuar de manera conveniente. De manera categórica se sostiene que el incumplimiento de esa obligación afecta derechos fundamentales a un proceso como es debido por ley, sobre todo cuando el detenido enfrenta la pena capital.

La argumentación escrita de México muestra como el artículo 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU, vinculante para ambas partes en el litigio, define los estándares mínimos de todo proceso criminal, entre ellos, el derecho a una audiencia justa y pública; a una igualdad plena; a ser informado, con prontitud y en detalle, en un idioma comprensible para el detenido de la naturaleza de la acusación y de los cargos en su contra; a contar con tiempo y facilidades adecuadas para preparar su defensa; a comunicarse con el representante defensor que escoja; a contar con un intérprete, si fuere necesario, y a no ser forzado a declarar en su contra o a confesar culpabilidad. De lo anterior concluye el alegato mexicano que la notificación analizada es un elemento esencial para que un proceso criminal sea justo; sin esa notificación no hay *due process of law* y el extranjero no puede quedar en un pie de igualdad con los nacionales.

Se insiste en el documento mexicano que la institución de las formalidades esenciales del procedimiento (*due process of law*) no es una entidad estática sino una que se transforma en un proceso de evolución constante; un elemento de esa evolución fue confirmado por la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que categóricamente afirmó que la notificación consular prevista en la Convención de Viena es parte de las garantías procesales mínimas a que se refiere el artículo 14 del Pacto sobre derechos civiles y políticos.¹⁸

La Memoria de México recuerda que la citada Corte Interamericana, en su reciente opinión consultiva sobre *el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías de las formalidades esenciales del procedimiento* de manera inequívoca sostuvo que

su ulterior ratificación o adhesión, en virtud que los gobiernos suelen ser renuentes a aceptar responsabilidad por sus ilícitos; no obstante el grado de acuerdo que hubo en la Asamblea General de la ONU sobre su contenido, permite afirmar que sus disposiciones fundamentales son normas de *jus cogens*.

¹⁸ Ver opinión consultiva citada, OC-16, párrafo 122.

el derecho a la pronta asistencia consular a que se refiere el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena debe reconocerse y considerarse entre las garantías mínimas y esenciales que dan a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y de contar con un proceso justo.

Según el documento mexicano, otros tratados internacionales apoyan su tesis. Efectivamente, la Convención de las Naciones Unidas de 1948 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁹ ordena que toda persona detenida tiene el derecho de comunicarse con el representante del Estado del que es nacional. Por otra parte, ese alegato recuerda que la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, hecha en Nueva York, el 18 de diciembre de 1990,²⁰ consagra categóricamente el deber de las autoridades que llevan a cabo una detención de informar al interesado de todos los derechos que se derivan de convenios internacionales aplicables.

Con base en el alegato mexicano, podemos abrigar la esperanza de que los jueces europeos sigan la posición de la Unión Europea que, a través de la Comisión Europea, en su carácter de *amici curie*, expresó apoyo a la opinión consultiva de la Corte Interamericana antes citada, en el sentido de que los derechos que emanan del artículo 36 de la Convención de Viena son derechos fundamentales del detenido en todo proceso.

El documento mexicano insiste, con razón, en que el derecho del detenido a ser informado sobre la protección consular a la que, con justo título, debe tener acceso, es un *derecho humano*, con todas las consecuencias jurídicas que tiene catalogar como tal esa garantía.

Capítulo VI

El capítulo VI del alegato escrito sometido por México se refiere a la reparación que EE. UU. de A. debe como consecuencia de su violación a la Convención de Viena.

El documento mexicano se apoya en el principio esencial de Derecho Internacional según el cual, la reparación por el incumplimiento de una obligación internacional debe, en la medida de lo posible, suprimir las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que hubiera existido si la violación no hubiera ocurrido (*restitutio in integrum*); al

¹⁹ UN Chronicle 1985, No.1, pp. 31-35 y 48-52.

²⁰ Ver *Derecho Internacional y otros documentos*, ob. cit., pp. 1015-1040.

respecto, la parte mexicana aduce que una disculpa o seguridades de que en el futuro se cumplirá la disposición violada no son una reparación aceptable por insuficiente.

Aclara el documento que México busca que la Corte declare que EE.UU. de A. violó el derecho de México de ejercer la protección consular; que se declare que los procesos seguidos sin la notificación consular y las pruebas presentadas después de la violación se declaren nulos; que no se acepte legislación nacional como justificación para el incumplimiento de obligaciones internacionales, y que se obligue a EE.UU. de A. a dar garantías efectivas de que las violaciones no se repetirán.

Con base en el artículo 35 de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, preparados por la Comisión de Derecho Internacional y aprobados por la Asamblea General de la ONU, los alegatos de México buscan se restablezca el *status quo ante*.²¹ Desde el punto de vista mexicano, para EE.UU. de A. sí es materialmente posible el restablecimiento del *status quo ante* y la anulación de los procesos no es una carga desproporcionada si lo que está en juicio son vidas humanas.

Recuerda el documento mexicano que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en sus comentarios a los artículos citados comentó que la *restitutio in integrum* puede tener la forma de la “anulación de un acto judicial”.

Con buen criterio, la parte mexicana destaca en los alegatos comentados que la violación por EE.UU. de A. y el desdén que respecto de la Convención de Viena muestran las autoridades estadounidenses, principalmente a nivel municipal, afecta y viola el principio fundamental del orden jurídico internacional conocido con la expresión latina *pacta sunt Servando* (los pactos deben cumplirse).

En apoyo de su tesis, los alegatos escritos de México invocan el principio incorporado en el párrafo VII, del artículo 69, del Estatuto de Roma, con el cual estableció la Corte Penal Internacional;²² según ese tratado multilateral, no son admisibles las pruebas obtenidas en violación de normas de derechos humanos cuando esa violación suscite serias

²¹ Ver nota al pie de página 17. El artículo 35 a la letra dice: *El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.*

²² Ver GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio, *Tres temas básicos del Derecho Internacional Humanitario*, anexo 6, Edición especial para la Secretaría de la Defensa Nacional, Nov. 2000.

dudas sobre la fiabilidad de las pruebas o cuando su admisibilidad atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.

Capítulo VII

El VII y último capítulo de los alegatos que por escrito sometió como actor en el proceso la parte mexicana contiene un pliego de peticiones a la Corte. Las peticiones de la parte mexicana se han mencionado de alguna manera en otras partes del documento mexicano, por lo que a veces nos parecerán repetitivas; no obstante por la importancia que ese pliego petitorio tiene como conclusiones de la argumentación lo resumimos a continuación.

Puntos petitorios de México (traducción no oficial)

El gobierno de México solicita respetuosamente a la Corte que decida y declare:

- (1) Que Estados Unidos de América, al haber arrestado, detenido, juzgado, declarado culpables y sentenciado a los 52 nacionales mexicanos que enfrentan la pena de muerte, incluidos en la Memoria de México, violó sus obligaciones internacionales hacia México por lo que se refiere a su propio derecho y al ejercicio del derecho a la protección diplomática de sus nacionales, por no haber informado a los 52 nacionales mexicanos, sin dilación, después de su arresto, de su derecho a la notificación y acceso consulares, de conformidad con el Artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y por haber impedido a México el ejercicio de su derecho a proporcionar protección consular y por haber impedido a los 52 nacionales mexicanos recibir dicha protección, que México habría proporcionado de acuerdo con el Artículo 36(1) (a) y (c) de la Convención;
- (2) Que la obligación contenida en el Artículo 36(1) de la Convención de Viena requiere la notificación de los derechos consulares y una oportunidad razonable para el acceso consular, antes de que las autoridades competentes del Estado receptor tomen cualquier medida susceptible de afectar negativamente los derechos de los extranjeros;
- (3) Que Estados Unidos de América violó sus obligaciones derivadas del Artículo 36(2) de la Convención de Viena al no haber permitido la revisión y reconsideración efectiva y con resultados significativos de las declaraciones de culpabilidad y la imposi-

ción de las penas viciadas por una violación del Artículo 36(1); al sustituir por dicha revisión y reconsideración los procedimientos de clemencia; y, al aplicar la doctrina de la “preclusión procesal” y otras doctrinas de derecho interno que no otorgan consecuencias legales a la violación del Artículo 36(1) en sus propios términos;

- (4) Que considerando los perjuicios sufridos por México en su propio derecho y en el ejercicio del derecho a la protección diplomática de sus nacionales, México tiene derecho a la reparación íntegra de esos perjuicios bajo la forma de la *restitutio in integrum*;
- (5) Que esta restitución consiste en la obligación de restablecer el *status quo ante* mediante la anulación o, de otra forma, que deje sin efectos o fuerza legal las declaraciones de culpabilidad y la imposición de las penas de los 52 nacionales mexicanos;
- (6) Que esa restitución también incluye la obligación de tomar todas las medidas necesarias para asegurar que una violación previa al Artículo 36 no afectará los procedimientos subsecuentes;
- (7) Que en la medida en que cualquiera de las 52 declaraciones de culpabilidad o imposición de las penas no sean anuladas, Estados Unidos deberá proveer, por los medios de su propia elección, la revisión y reconsideración efectiva y genuina de las declaraciones de culpabilidad y la imposición de las penas de los 52 nacionales, y que esta obligación no se satisface por medio de procedimientos de clemencia o mediante la aplicación de cualquier ley interna o doctrina que no sea conforme con el párrafo (3); y
- (8) Que Estados Unidos de América deberá cesar sus violaciones al Artículo 36 de la Convención de Viena con respecto a México y a sus 52 nacionales y que deberá proporcionar garantías y seguridades adecuadas de que tomará las medidas suficientes para elevar el nivel de cumplimiento del Artículo 36(1) y para asegurar el cumplimiento del Artículo 36(2).

III. ARGUMENTACIÓN POR ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La lectura de los alegatos presentados por México deja necesariamente en nosotros la impresión de que al actor en este litigio incoado en la Corte le asiste toda la razón; sin embargo examinemos con toda objetividad los argumentos presentados por la parte demandada.

Capítulo I, Introducción

Empieza EE.UU. de A por destacar que los hechos presentados por México son muchos y complejos; que esos casos han sido objeto de cientos de procedimientos judiciales, miles de horas de testimonios argumentaciones y réplicas y de extensas deliberaciones por jueces y jurados. Afirma la parte demandada que México hace resúmenes con criterios selectivos y que supone que la Corte puede llegar a las conclusiones que la propia parte actora propone; al respecto, asegura que una ligera revisión del caso demuestra que ello no es posible.

Aduce EE.UU. de A. que en múltiples de los casos sometidos por México, los sentenciados son probablemente ciudadanos estadounidenses y que, en un número substancial de detenciones, las autoridades consulares mexicanas tuvieron conocimiento de las mismas y ofrecieron asistencia antes del juicio y durante el proceso; denuncia que los alegatos mexicanos no hacen referencia alguna a esas circunstancias y que presentan los casos como una constante violación a las formalidades esenciales del procedimiento.

Procede el documento del demandado a hacer una apología del sistema judicial estadounidense y a detallar todas las garantías que el derecho interno provee a los detenidos y procesados, incluidos los recursos, apelaciones y posibilidades de obtener *clemencia*.

Asegura el escrito del demandado que el documento mexicano no ha demostrado las violaciones al artículo 36 de la Convención de Viena y afirma que si ocurrieron, la Corte puede contar con que los EE.UU. de A. revisarán y reconsiderarán procedimientos y sentencias. Por otra parte, el demandado afirma que las cuestiones jurídicas no son complejas y ya han sido resueltas por la Corte en el caso *La Grand (Alemania vs. EE.UU. de A.)*; declara que no comparte el punto de vista de México en el sentido de que los derechos y recursos en el caso de los mexicanos son distintos de los vistos en el caso *La Grand*.

Indica el documento estadounidense que en EE.UU. de A. se hacen esfuerzos para cumplir con el artículo 36 invocado y que, cuando no se ha cumplido con esa disposición, se han tomado medidas según el Derecho interno municipal para reparar la violación.

Rechaza el alegato escrito de EE.UU. de A. la “nueva” interpretación que da México al artículo 36 de la Convención, según la cual, el funcionario consular desempeña un papel central en el proceso criminal; repudia que todo interrogatorio deba suspenderse hasta que el agente consular llegue para participar en el proceso y recuerda que la Convención no obliga al funcionario consular a participar, ni ofrece recur-

so al detenido para el caso de que el funcionario consular no participe o lo haga de manera ineficiente.

La contra-memoria del demandado no ve diferencia entre el caso *La Grand* y el presentado por México porque, se dice, si bien es cierto que en el caso *La Grand* los hermanos con ese nombre ya habían sido ejecutados, el caso incoado por Alemania buscaba una sentencia para futuros casos. Asimismo insiste en que el recurso a la *clemencia* está establecido por la ley de EE.UU. de A.; que es un recurso disponible para todos los casos; que no hay precedente que permita a un tribunal internacional rechazar como improcedente un recurso establecido por el derecho interno de un Estado; niega vehementemente que la Corte tenga atribuciones para hacer tal declaración y afirma que la Corte no es un tribunal de apelación para casos resueltos por tribunales nacionales.

El argumento que nos parece principal en el alegato estadounidense, sobre el cual la Corte habrá de pronunciarse: es la afirmación de EE.UU. de A. en el sentido de que los derechos reconocidos en el artículo 36, no son derechos fundamentales en el proceso; agrega que el artículo citado, en ningún Estado parte de la Convención de Viena, es interpretado como garantía de acción inmediata en caso de violación de esos derechos y que la disposición jurídica en cuestión “sólo abre la posibilidad para la protección consular”.²³

Recuerda el documento del demandado que en el caso *La Grand* la Corte no encontró en la ley de EE.UU. de A. nada inconsistente con la Convención de Viena y pide que se rechace el argumento mexicano que supone que para que un extranjero tenga un proceso justo en EE.UU. de A. se requiere la participación consular.

Capítulo II

El capítulo II de los alegatos escritos de EE.UU. de A. se refiere a la exposición de hechos.

Reitera el documento que cada uno de los cincuenta y dos casos ante la Corte es diferente; se aduce que el memorial mexicano da una idea distorsionada del cumplimiento por EE.UU. de A. del artículo 36 de la Convención de Viena y del sistema judicial de ese país.

Respecto de la cuestión de la nacionalidad, el documento estadounidense hace ver las dificultades para determinar la condición de extranjero en un país multirracial en donde muchos ciudadanos hablan español y

²³ Énfasis del autor.

tienen apariencia de “hispanos”; aduce que muchos detenidos que dicen ser mexicanos no tienen prueba alguna de su pretendida nacionalidad y que, además, hablan bien inglés y conocen el sistema judicial porque, en algunos casos, se han enfrentado a la justicia anteriormente; insiste que muchos han hecho declaraciones antes de ser interrogados, por lo que la pretensión mexicana de que no haya interrogatorios hasta que el detenido conozca su derecho a la protección consular es inaplicable; se expone la variedad racial y la enorme dimensión de la población para hacer hincapié en la complejidad del caso que, según ellos, hace imposible que la Corte Internacional de Justicia pueda resolverlo; se insiste en que siendo la migración un asunto de competencia federal, las autoridades locales no confirman la condición de los extranjeros, máxime que la mayoría de los detenidos son ciudadanos estadounidenses; agrega que en EE.UU. de A. muchas personas viven largas vidas sin obtener jamás documento alguno que pruebe su nacionalidad.

Respecto de la práctica consular mexicana, el demandado afirma que en muchos casos los funcionarios consulares mexicanos fueron informados de la detención y no ejercieron sus funciones.

Otro argumento estadounidense insiste en que muchos casos se encuentran *sub judice* por lo que todos los recursos de la ley, incluida la *clemencia*, están aún a la disposición de los procesados.

En apoyo de su argumento sobre la complejidad de los hechos analizados, el documento del demandado usa al sistema federal para explicar como los distintos niveles de la federación consagran autonomías que actúan con reglas diversas.

Respecto a la cuestión central de si se han cumplido las formalidades esenciales del procedimiento, el memorial del demandado insiste en que el *due process of law* ha sido cumplido a cabalidad en todos los casos; agrega una referencia a la fórmula *Miranda* que obliga a los oficiales que hacen la detención a comunicar al detenido sus derechos; desde luego hace una apología del sistema judicial estadounidense que plantea como paradigmático.

Aduce el demandado en sus escritos que México presiona ahora a EE.UU. de A. porque ellos han tenido que presionar a México para que cumpla con el artículo 36 de la Convención de Viena respecto de los ciudadanos estadounidenses detenidos en México y denuncia que México ha tenido conocimiento de violaciones por autoridades municipales de EE.UU. de A. sin someter esos casos a la atención del Departamento de Estado de ese país; recuerda también que el gobierno federal ha presentado disculpas respecto de esas violaciones y que ha preparado un

manual de 72 páginas con la mira de que todas las autoridades cumplan con el citado artículo.²⁴

Finalmente, respecto de los hechos, este capítulo del memorial del demandado reconoce que pocas jurisdicciones locales han incorporado en la fórmula *Miranda*, que comunica a los detenidos sus derechos al momento del arresto o detención, la referencia a los derechos consulares de los extranjeros.

Capítulo III

En este capítulo EE.UU. de A. pretende demostrar con su escrito que la Corte no tiene jurisdicción para decidir muchas de las peticiones de México.

Según el escrito del demandado, México pretende que la Corte decida sobre las leyes y procedimientos que se siguen en las diversas jurisdicciones de EE.UU. de A. y se aduce que el tribunal internacional no tiene jurisdicción para conocer esos aspectos; rechaza la petición de México para que la Corte determine que EE.UU. de A., al arrestar, detener, procesar y sentenciar a cincuenta y dos mexicanos sin cumplir con las formalidades de la Convención de Viena, violó sus obligaciones internacionales; rechaza que la Corte tenga competencia para dictar las políticas de los sistemas judiciales municipales de EE.UU. de A.; se aduce que la Corte no tiene jurisdicción para revisar las sentencias ni es un tribunal internacional de apelación para procesos penales nacionales; se rechaza que la Corte tenga jurisdicción para determinar si la notificación consular es una formalidad esencial del procedimiento y si la ausencia de esa notificación constituye una violación a un *derecho humano*.

Capítulo IV

En este capítulo de la argumentación, EE.UU. de A. afirma que la Corte debería manifestar que aspectos significativos de la demanda y peticiones de México son inadmisibles.

El alegato escrito denuncia que las peticiones de México pretenden que la Corte funcione como un tribuna penal de apelación; aduce que si

²⁴ *Consular Notification and Acces: Instructions for Federal, State and Local Law Enforcement and Other Officials Regarding Foreign Nationals in the United Status and the Rights of Consular Officials to Assist Them.*

la Corte concluye que EE.UU. de A. ha violado el artículo 36 de la Convención de Viena, la Corte debe considerar si el sistema y las autoridades judiciales competentes de EE.UU. de A. ofrecen recursos para una revisión; que no procede la revisión por la Corte de cada caso, si la revisión y reconsideración ordenada en el caso *La Grand* está disponible en el sistema judicial interno cada vez que se denuncia una violación de la Convención de Viena.

El memorial de EE.UU. de A. denuncia que México pretende que cada vez que se da una violación a la Convención de Viena en un proceso penal, éste se anule automáticamente y advierte del peligro de que cada vez que un extranjero sea sometido a un proceso criminal, éste sea traído a la Corte; expresa que es inadmisibles que México pretenda ejercer el derecho a la protección diplomática antes de que se cumpla con la norma de Derecho consuetudinario que ordena que primero se agoten los recursos internos; informa que cincuenta de los cincuenta y cuatro casos ante la Corte se encuentran aún pendientes de solución final en tribunales estadounidenses y que, en todos, está disponible el recurso de *clemencia*; también insiste en que si un acusado ha dejado pasar la oportunidad de usar un recurso que estaba a su disposición por su error procesal (*procedural default*) o por extinción del plazo, el caso no debe ser admitido en tribunales internacionales.

En su argumentación escrita, EE.UU. de A. aduce que el detenido o su defensor pueden tener conocimiento de los derechos de aquél, aún si la notificación de los derechos previstos en la Convención de Viena no fue hecha; informa que en once de los cincuenta y cuatro casos sometidos a la Corte, aún con la asistencia consular, el acusado no adujo violación a la Convención de Viena. Por otra parte, exige que México pruebe que en todos y cada uno de los cincuenta y dos casos hubo ausencia de recursos disponibles en el sistema interno para reparar una supuesta violación de los derechos previstos en la Convención de Viena.

Denuncia el escrito del demandado que México se abstuvo en muchos casos de someter en tiempo supuestas violaciones a la Convención de Viena a las autoridades de EE.UU. de A., dejando pasar, a veces, varios años; que México no cumple con las obligaciones cuyo cumplimiento ahora exige y que no se ha dado en México un solo caso de anulación de un proceso criminal contra un extranjero por falta de la notificación al detenido prevista en el artículo 36 citado, ni tampoco inadmisibilidad de pruebas, como lo exige la demanda presentada por México.

Capítulo V

Este capítulo de los alegatos escritos estadounidenses fue presentado para exponer la interpretación del demandado respecto del artículo 36 de la Convención de Viena y las diferencias con la argumentación mexicana.

Según el escrito de EE.UU. de A., México interpreta que el artículo citado exige que el detenido sea informado de su derecho a la protección consular inmediatamente y antes de ser interrogado; también plantea que la posición del actor es que los interrogatorios no se inicien hasta que el funcionario consular decida si brinda la protección consular y sugiere que la posición mexicana llega al extremo de parecer sostener que si el agente consular decide no brindar protección, los interrogatorios no pueden tener lugar. También comenta que, según México, toda violación al artículo 36 debe tener como consecuencia que toda declaración del detenido tomada antes de que se restituyan sus derechos, debe anularse. Al respecto, el memorial de EE.UU. de A. expresa su desacuerdo con la posición mexicana.

Respecto del párrafo 2 del artículo 36, que aclara que los derechos conferidos por esa disposición deben ejercerse de conformidad con la legislación del Estado que recibe sin afectar esos derechos, la parte demandada, en su argumentación escrita, rechaza la tesis de que si el detenido no es informado de sus derechos, tiene justo título a un nuevo proceso en el que se excluyan como prueba toda declaración del interesado hecha antes de recibir la notificación correspondiente.

El alegato escrito de EE.UU. de A. recuerda que en el caso *La Grand*, la Corte dictaminó que sí hubo violación por el demandado del artículo 36 por falta de notificación sobre los derechos de los detenidos; que también la hubo en la justicia federal cuando se rechazó el pedido de revisión en el recurso *habeas corpus* con base en una falta procesal (*procedural default*), pero que la Corte también expresó que las leyes de EE.UU. de A., sustantivas o procesales, no eran violatorias de la Convención de Viena y que la violación, en el caso *La Grand*, fue causada por las circunstancias en que la regla de la falta procesal fue aplicada, y no por la regla en sí. También recuerda el documento analizado que la Corte tomó nota del compromiso de EE.UU. de A. para mejorar el cumplimiento del artículo 36 y que igualmente sostuvo que, de ocurrir nuevas violaciones en caso de ciudadanos alemanes detenidos, EE.UU. de A., las autoridades estadounidenses deberían escoger los medios para permitir la revisión y reconsideración de la sentencia, tomando en cuenta la violación de los derechos establecidos en la Convención; por tanto, se aduce, EE.UU. de A. tiene título para escoger los medios para una

eventual revisión de los casos sometidos por México; por otra parte, se sostiene que México no ha demostrado que esos recursos no están disponibles para la revisión de cada caso.

Capítulo VI

En este Capítulo de la contra-memoria de EE.UU. de A., el demandado sostiene que ha cumplido con todas las obligaciones que le impone el artículo 36 de la Convención de Viena y explica su interpretación sobre el párrafo 2 de ese artículo, o sea el cumplimiento con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor.

En estos alegatos escritos, EE.UU. de A. acepta la importancia del funcionario consular como un puente cultural entre el detenido y las autoridades que lo someten a detención y proceso, pero hace hincapié en que su función no es esencial en el desarrollo del juicio, sobre todo si el detenido ha vivido ya muchos años en el país y conoce el sistema judicial; informa que es el caso de 46 de los 54 detenidos mencionados en la memoria de México; se insiste en que el funcionario consular es autorizado por la Convención de Viena a brindar apoyo y asistencia al detenido, pero que no está obligado por ese instrumento internacional a ejercer esas funciones; hace hincapié en que el funcionario consular no tiene entre sus atribuciones el actuar como abogado defensor y, por tanto, no debe interferir en los procedimientos; se rechaza la pretensión de México de que, para cumplir con la Convención de Viena, todo interrogatorio se suspenda hasta que intervenga el funcionario consular; se aduce que esa tesis no tiene fundamento en la práctica y ni en las legislaciones internas de los Estados Partes de la Convención; se afirma que el detenido puede ejercer su derecho de permanecer en silencio sin necesidad de la asesoría del funcionario consular; se argumenta que no es el propósito del artículo 36 asegurar que el cónsul verifique si el detenido entiende sus derechos.

En resumen de lo anterior, se aduce que el alegato escrito de México exagera y da una idea de la función consular que va más allá de lo dispuesto por la Convención de Viena.

La argumentación escrita de EE.UU. de A. insiste en que la memoria mexicana confunde las distintas obligaciones del Estado receptor incorporadas en el artículo 36 y aclara que la falta de notificación al cónsul no significa que se haya incumplido la obligación de informar al detenido de su derecho a comunicarse con su consulado; se hace ver que en múltiples ocasiones, aún a falta de notificación oficial, el cónsul tiene conocimiento de la detención por familiares o amigos del detenido, lo

cual lo habilita para ejercer la protección consular y se insiste en que la ausencia de notificación al cónsul no afecta necesariamente el propósito de la Convención.

La contra-memoria del demandado dedica muchas páginas a refutar la interpretación de México de la expresión “sin retraso alguno” respecto de la notificación al cónsul, si el interesado lo solicita; se reitera que “sin retraso alguno” no puede significar antes de todo interrogatorio como sugiere México; se aduce que la interpretación mexicana llevaría a conclusiones absurdas: si el cónsul no brinda la protección, no podría ser interrogado el detenido o se impediría salvar vidas en caso de toma de rehenes; se aduce que el Código Federal de Procedimientos Penales de México no dice “antes del interrogatorio” y que múltiples tratados bilaterales apoyan la interpretación de EE.UU. de A.

Pasa el alegato del demandado a insistir en que el sistema judicial de EE.UU. de A. brinda suficientes recursos para la revisión y reconsideración de decisiones y fallos y un recurso adicional de *clemencia* incorporado en la legislación estadounidense; afirma que el sistema judicial de EE.UU. de A. permite tratar toda petición respecto del artículo 36 de la Convención, “si es presentada a tiempo”;²⁵ sostiene que la regla *procedural default* no ha afectado caso alguno de los presentados por México.

En este capítulo del escrito estadounidense se trata la cuestión fundamental del carácter del derecho del detenido a ser notificado de su derecho a la protección consular; según EE.UU. de A. el artículo 36 no concede derechos fundamentales cuya violación afecte las formalidades esenciales del procedimiento (*due process of law*); se afirma que la Convención de Viena no es una institución jurídica de “derechos humanos” y que una violación al artículo 36, no significa necesariamente que el proceso penal fue injusto; se expone la tesis de que el artículo 36 establece reglas procesales, no derechos sustantivos; respecto de la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que calificó a la notificación al detenido de su derecho a la protección consular, como un derecho fundamental y humano, cuya violación afecta el *due process of law*, se manifiesta que ningún otro tribunal internacional ha apoyado esa tesis; se sostiene que el Código Federal de Procedimientos Penales de México exige que la detención sea comunicada al cónsul, pero no prevé recurso alguno en caso de que esa disposición sea violada; se argumenta que no hay precedentes, ni siquiera en México, que apoyen la tesis de que el derecho del detenido a la notifi-

²⁵ El énfasis es del autor.

cación de sus derechos reconocidos en el artículo 36 son fundamentales y se concluye afirmando que la revisión y reconsideración ordenada por la Corte en el caso *La Grand*, no significa anulación del proceso para reiniciarlo desde el principio.

Capítulo VII

Este capítulo de la argumentación escrita de los EE.UU. de A. pretende demostrar que México, como parte actora, no ha podido desahogar la carga de la prueba que le corresponde en los cincuenta y dos casos en los que denuncia el incumplimiento por parte del demandado de las obligaciones internacionales que impone la Convención de Viena en el artículo 36.

Empieza el alegato repitiendo que la Corte no debe actuar como un tribunal de apelaciones; insiste en que México debe probar las supuestas violaciones al artículo 36 citado con base en el principio de derecho procesal *actori incumbit probatio*; recuerda que todos los casos sometidos por la parte actora se encuentran *sub judice*; manifiesta que en casos de doble nacionalidad, EE.UU. de A. tiene derecho de tratar a los detenidos como sus nacionales; reitera que la obligación del citado artículo 36 sólo surge cuando las autoridades tienen conocimiento, no cuando sólo “tienen razones para saber” que se trata de un extranjero; aduce que México no puede suponer que el detenido no fue informado de sus derechos según la Convención de Viena, sólo porque las autoridades consulares no fueron notificadas; argumenta que México no ha ofrecido prueba de nacionalidad en los casos sometidos y que no basta con probar la nacionalidad de origen, puesto que una persona, en el curso de su vida, puede perder su nacionalidad o adquirir otra; aduce que las autoridades locales no tienen por qué saber la condición migratoria del detenido porque los asuntos de migración son federales, no locales; argumenta que no se violan los derechos del funcionario consular (Art. 36 1.c) si no se informa al detenido extranjero de su derecho a la protección consular (Art. 36 1.b); sostiene que si la legislación nacional para revisar casos considera que la ausencia de notificación de derechos consulares al detenido no viola una formalidad esencial del procedimiento, esa falta de notificación, por lamentable que sea, no afecta la legalidad del proceso ni el *due process of law*; de nuevo se insiste en que la *clemencia* es un recurso legal que ya ha librado de la pena de muerte a tres de los casos sometidos por México.

Capítulo VIII

Con este capítulo, EE.UU. de A. pretende convencer a la Corte para que aplique el mismo criterio que expresó en el caso *La Grand*, en el que, después de reconocer las violaciones al artículo 36 de la Convención de Viena, dejó al criterio de EE. UU. de A. lo relativo a la revisión y reconsideración del caso por las propias autoridades estadounidenses; también se pide a la Corte que no conceda a México sus solicitudes para *vacatur*, anulación del proceso, orden para que cesen las violaciones y garantías de que no se repetirán; por otra parte manifiesta que el criterio de la Corte en el caso *La Grand* tiene un equilibrio apropiado entre los derechos involucrados, tomando en cuenta la “naturaleza procesal”²⁶ de las obligaciones incorporadas en la Convención de Viena y el “carácter sustantivo”²⁷ de los derechos del Estado respecto de la operación de sus sistemas municipales de justicia criminal.

El escrito estadounidense afirma que la restitución pedida por México significaría un cambio de criterio de la Corte respecto del caso *La Grand* y una restitución inapropiada que no tiene base en la Convención de Viena ni se apoya en precedentes de derecho internacional; expresa que México pide a la Corte, sin razón, que declare que EE.UU. de A. tiene la obligación extraordinaria: *a)* de anular las órdenes de aprensión y sentencias de los cincuenta y cuatro mexicanos, así como los procedimientos, declaraciones y confesiones anteriores a la notificación y protección consulares y *b)* de evitar sanciones o efectos procesales por presentar recursos vencido el plazo; también destaca la contra-memoria de EE.UU. de A. que México pretende que la Corte obligue a EE.UU. de A. a no aplicar sus leyes relativas a recursos existentes para reparar violaciones a la Convención de Viena.

Los alegatos del demandado rechazan que proceda la *restitutio in integrum* o el restablecimiento del *status quo ante* que solicita México e insisten en que la Corte nunca ha ordenado tan extrema medida; manifiestan que la petición de México significaría que el proceso debe detenerse hasta que el detenido decida si pedirá la protección consular y luego hasta que el cónsul decida si la da o no; hacen ver los inconvenientes de reiniciar todo, convocar de nuevo a los testigos, rehacer pruebas, peritajes, etc.; denuncian que la petición de México pretende un trato especial para extranjeros que los redactores de la Convención de Viena seguramente no tenían en mente.

²⁶ El énfasis es del autor.

²⁷ El énfasis es del autor.

El alegato estadounidense afirma que la posición de México afecta adversamente los fundamentos de la soberanía de los Estados, puesto que uno de los aspectos más solemnes e importantes de la soberanía es la facultad de sancionar las violaciones a la ley.

La argumentación escrita del demandado aduce que la petición de México no prueba la relación causa-efecto entre la supuesta violación y el daño resultante y agrega que sólo si se prueba que la falta de notificación afectó el fallo del tribunal, podría considerarse la cuestión de la restitución. Por otra parte, esa argumentación insiste en que por la división de competencias entre la Corte y los tribunales nacionales, la Corte debe mantener la práctica que ha seguido de manera consistente, según la cual los Estados ejecutan las decisiones de la Corte en el contexto de sus propios sistemas; agrega que el principio esgrimido por México que anula pruebas obtenidas en violación de las formalidades esenciales del procedimiento no es aplicable al caso, pues no hay precedentes que anulen declaraciones del detenido hechas antes de recibir protección consular; que no es aceptado como un principio general de derecho, ni es aplicado en los tribunales mexicanos.

En otros párrafos, la contra-memoria estadounidense rechaza la pretensión de México para que la Corte declare que EE.UU. de A. debe dejar de aplicar doctrinas jurídicas de carácter local, pues tal decisión, se dice, no tiene precedente en la práctica ni en el derecho internacional y sería una intromisión indebida en el sistema judicial de EE.UU. de A. Por otra parte, se insiste en que sólo puede pedirse que se suspenda una práctica estimada violatoria de una norma vinculante cuando el acto ilícito tiene carácter continuo y en que México no ha probado tal carácter a las supuestas violaciones.

Capítulo IX

En el capítulo IX de sus alegatos escritos, la parte demandada presenta un sumario de sus argumentaciones; aduce que las reivindicaciones de México exceden la jurisdicción de la Corte y que la parte actora no ha presentado un caso que merezca las reparaciones solicitadas.

Continúa el escrito estadounidense insistiendo en que EE.UU. de A. ha hecho un esfuerzo considerable para que todas las autoridades cumplan con el artículo 36 de la Convención de Viena, en particular en lo relativo a la comunicación “sin retraso alguno” a las autoridades consulares, si el interesado lo solicita; interpreta que “sin retraso alguno” debe interpretarse como una comunicación en el curso normal del procedimiento, sin demora intencional y sin que afecte el tiempo para la

toma de declaraciones; se insiste en que la carga de la prueba la tiene México y en que los representantes de ese país en el proceso ante la Corte no han demostrado las violaciones por EE.UU. de A. del artículo 36 citado.

Se aduce en la argumentación estadounidense que el caso *La Grand* debe dar el marco jurídico para la decisión de la Corte; con base en la interpretación de la Corte en ese caso, se manifiesta que si se ha dado violación del artículo 36 de la Convención de Viena, proceden todos los mecanismos y recursos previstos en las leyes de EE.UU. de A., incluido el recurso a la *clemencia*.

Finalmente, el escrito del demandado reitera que si la Corte determina que EE.UU. de A. ha violado alguna obligación internacional que impone la Convención de Viena, debe rechazar las pretensiones de México para que se anulen los procesos y se rechacen todas las pruebas obtenidas en ellos; concluye insistiendo en que las medidas excepcionales que pide México no son apropiadas a la luz de la naturaleza de las obligaciones establecidas en el artículo 36 de la Convención de Viena, ni tienen base en el derecho consuetudinario.

Capítulo X

El capítulo X y último de la argumentación escrita de EE.UU. de A. contiene una sola petición: que la Corte declare que la demanda de México no es procedente.

IV. CONCLUSIONES

La iniciativa de México para incoar un caso en la Corte, tendrá consecuencias sumamente positivas para el derecho internacional; cualesquiera que sean las decisiones de la Corte, éstas traerán aparejada una mayor claridad sobre el alcance de las disposiciones de la Convención de Viena en materia de protección consular en casos de detenciones de extranjeros, y sobre todo, respecto de la naturaleza de los derechos de los detenidos extranjeros consagrados en ese tratado y de las consecuencias jurídicas de su violación.

Sin deseo de entrar a la cuestión de la oportunidad política de esa iniciativa a la luz del estado que guardan las relaciones México-EE.UU. de A., nos limitaremos a apuntar que los nobles propósitos de la iniciativa mexicana y el carácter de la institución judicial, habrán de amino-

rar el malestar que necesariamente produce para el demandado una petición de esta naturaleza ante un tribunal.

Por otra parte, hay una cuestión de principio, la protección consular no se negocia y es obligación gubernamental agotar todos los recursos, incluidos los internacionales, sobre todo, cuando lo que está en juego son vidas humanas.

Aún en el caso de que no todas las peticiones de México fueran concedidas, la publicidad del caso tendrá efectos positivos, pues independientemente de lo que la Corte decida, se reafirmará la obligación de toda autoridad que detiene a un extranjero de notificarle sus derechos a la protección consular, la cual emana de su condición jurídica especial, distinta de la de los nacionales del Estado que lo somete a un proceso. Es frecuente que las autoridades locales de muchos países, aún las versadas en derecho interno, ignoren los derechos y obligaciones que emanan del orden jurídico internacional; el caso analizado atraerá necesariamente la atención pública y tendrá efectos benéficos para el conocimiento y una mejor comprensión del derecho internacional.

En virtud de la diversidad de criterios que necesariamente existen en un tribunal colegiado, es imposible predecir cuál será el fallo de la Corte en cada una de las peticiones de México, ni es el propósito de este artículo vaticinar lo que ocurrirá, sino reflexionar sobre los temas con propósitos puramente académicos.

Nos parece que la cuestión principal que debe resolver la Corte es la relativa a la naturaleza del derecho del detenido de ser informado, sin dilación, acerca de los derechos que la Convención de Viena le reconoce en el párrafo 1 del artículo 36 de ese tratado multilateral, vinculante para ambas partes en el litigio. Si esos derechos son catalogados por la Corte como fundamentales, su violación afecta una formalidad esencial del procedimiento y no se cumple con el *due process of law*. Está también la cuestión de si la obligación de notificar al detenido sobre su derecho a la protección consular ampara un derecho humano. La Corte tendría que decidir a continuación sobre los efectos de una declaración en el sentido de que, efectivamente, no se han cumplido con las formalidades esenciales del procedimiento. Esperamos que la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos haga muy difícil que la Corte rebaje las garantías de la Convención de Viena a meras recomendaciones o derechos procesales secundarios, como desea la parte demandada.

Según México, la consecuencia lógica sería la anulación del procedimiento para reiniciarlo desde la notificación de sus derechos al detenido; en tanto que para EE.UU. de A., aún si la Corte declara que en

todos o la mayoría de los casos no se ha seguido el *due process of law*, la Corte debe dejar al libre albedrío de las autoridades estadounidenses de qué manera se repara el daño causado por la violación.

Podemos abrigar la esperanza de que la Corte declare, como lo pide México, que el artículo 36 de la Convención de Viena sí ampara un derecho fundamental cuya violación sí afecta el *due process of law*. La argumentación americana contiene, entre otras, una falacia en la afirmación de que un proceso puede hacer justicia aún cuando se viole la Convención de Viena; ello es indiscutible; también un linchamiento y ejecución sin juicio puede hacer justicia si se trata de un asesino brutal aprendido en plena ejecución del crimen, pero esa no es la cuestión por resolver, sino si la violación de la Convención de Viena y de las garantías que ese instrumento consagra es un incumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento que hace del proceso en cuestión un caso al margen de la ley.

El alegato escrito de EE.UU. de A. aduce que los derechos consagrados en la Convención de Viena tienen carácter procesal y que ese tratado no es un instrumento en materia de derechos humanos. Cabe preguntarnos si el carácter procesal es incompatible con el carácter de derecho humano fundamental; el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra una serie de derechos procesales que, sin duda alguna, entran en el carácter de derechos humanos. Por otra parte, ¿qué es lo que da a un determinado derecho subjetivo su alcance y carácter?; ciertamente no la naturaleza del código que lo contiene; con ese criterio tendríamos que concluir que un código civil no puede contener normas procesales y que un código de procedimientos civiles no puede contener disposición alguna de carácter sustantivo.

La contra-memoria de EE.UU. de A. aduce que México pretende que la Corte se convierta en un tribunal de apelación para los procesos penales nacionales. Ese argumento tendría base si México pidiera que la Corte juzgara sobre la inocencia o culpabilidad de los detenidos, aprendidos o sentenciados; pero no es el caso, el escrito mexicano claramente pide que sean los mismos tribunales estadounidenses los que lleven a cabo la revisión, sólo que, ahora, con el cumplimiento cabal de los derechos y obligaciones incorporados en la Convención de Viena. EE.UU. de A. pide que se siga el precedente del caso *La Grand*, que dejó al criterio de ese país lo relativo a los recursos para la revisión y reconsideración de futuros casos. Los casos de los mexicanos están en distintos niveles sometidos a los tribunales y otras instancias estadounidenses y no se pone en duda la jurisdicción del sistema judicial estadounidense; sólo se pide que la revisión no sea una *denegación de justicia*

basada en prácticas, doctrinas o reglamentos que impidan la restauración de los derechos violados. Si la Corte mantiene el precedente del caso *La Grand* y deja a las autoridades de EE.UU. de A. la decisión de qué recursos se usarán para revisar los casos y reparar las violaciones, esperamos que lo haga con dictámenes —según lo pide México— respecto de la compatibilidad con el derecho internacional de leyes, prácticas y doctrinas que han impedido, sistemáticamente, la revisión de los casos y la debida reparación del daño. En este caso es aplicable el principio de validez universal, consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*. Esperemos también que la Corte encuentre que sí existe la diferencia apuntada por México entre el caso citado y los casos presentados ahora, que sí pueden ser objeto de una *restitutio in integrum*, porque el caso mexicano se ha planteado antes de la ejecución de nuestros compatriotas.

La contra-memoria de la parte demandada aduce que los casos se encuentran *sub judice*; cabe anotar que existe una diferencia entre casos sometidos, por ejemplo, a una comisión de derechos humanos en los que sí se exige que se agoten los recursos locales y el caso presentado por México. La diferencia estriba en que México no pide a la Corte que revise el fondo del asunto, que evalúe las pruebas o interroge a los testigos; si así fuera tendría validez el argumento de EE.UU. de A. de que México pide que la Corte funcione como un tribunal de apelación. No, lo que México pide, entre otras cosas, es que la Corte determine: a) si se dio la violación que denuncia México; b) el carácter de los derechos violados y, c) las consecuencias de ese hecho ilícito. Puesto que México pide la nulidad de los procesos a partir del momento en que debió haberse hecho la notificación al detenido y el reinicio de las actuaciones en la instancia inicial para que se de la *restitutio in integrum* y el restablecimiento del *status quo ante*, puede considerarse irrelevante que el asunto se encuentre *sub judice* o que aún exista el poco esperanzador recurso extra-judicial de la *clemencia*.

EE.UU. de A. pretende que México tenga la carga de la prueba y que demuestre que en los casos sometidos no se cumplió con la obligación de informar sin dilación a la persona extranjera detenida sobre sus derechos a la protección consular. Esa posición estadounidense tiene toda la forma de una argucia procesal hecha de mala fe. Se precia EE.UU. de A. del carácter paradigmático de su sistema judicial, no obstante, pretende que el actor demuestre lo que ellos conocen. Si se informó a los detenidos mexicanos sobre los derechos citados, ello debe constar en autos

y no tendría dificultad alguna el demandado para probar el cumplimiento de la norma en cuestión. Puesto que la memoria de México aduce que la notificación, en el caso de los mexicanos sentenciados a la pena capital, fue hecha y tardíamente sólo en tres casos, podemos esperar que la representación de México cuente con elementos para probar ese dicho, pero aún así, son ellos, la parte demandada, quienes tienen el dominio sobre el proceso y son ellos quienes deben comprobar el cumplimiento; el principio de derecho procesal *actori incumbit probatio* tiene excepciones en derecho internacional cuando es el demandado quien tiene el dominio del acto en cuestión. Si la Corte rechaza el argumento estadounidense de que México tiene la carga de la prueba, ese tribunal tiene por, reglamento, *motu proprio* o a petición del actor, la posibilidad de exigir a EE.UU. de A. que produzca evidencia de que sí se notificaron a los detenidos sus derechos.

Respecto de la nacionalidad, el demandado insiste en la dificultad para determinar la condición de extranjeros de los detenidos y llega a pretextar que siendo las cuestiones de migración competencia federal, la jurisdicción local tiene que suponer que todos los detenidos son ciudadanos estadounidenses. Si hubiera voluntad para cumplir las obligaciones internacionales contraídas, nada impediría añadir a la fórmula *Miranda*, mediante la cual se notifican a los detenidos sus derechos, una mención especial para el caso de los extranjeros, aún antes de averiguar la nacionalidad. No es admisible que un Estado que se queja de tener millones de indocumentados suponga, al momento de una detención, que todos ellos son nacionales, tan sólo porque la población es multiétnica.

Según la segunda petición de México, la Corte debería declarar que la Convención de Viena obliga a notificar al detenido su derecho a la protección consular antes de todo interrogatorio o de todo trámite que pueda resultar en detrimento de sus derechos. En sus alegatos, la parte demandada sugiere que lo que México pide es que no tenga lugar interrogatorio alguno hasta que el cónsul esté presente. Si las autoridades que detienen a un extranjero le dan a conocer sin dilación sus derechos a la protección consular, ya cumplieron con lo dispuesto en el inciso b), del párrafo 1, del artículo 36 de la Convención de Viena; si el interesado lo pide y las autoridades notifican sin demora al funcionario consular, ya se dio cumplimiento a la primera obligación incorporada en esa disposición. Ahora bien, si cumplidas esas obligaciones, la protección consular no se presta en un plazo prudencial, el proceso puede seguir y no podrá aducirse incumplimiento de formalidades esenciales del procedimiento. El alegato estadounidense aduce que un interrogato-

rio no puede detenerse porque el cónsul no se presentó; podemos darle la razón, pero México no pide que se llegue a ese extremo, tan sólo pide que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento bajo la forma de las notificaciones previstas en el artículo 36 de la Convención de Viena, antes de iniciar los interrogatorios.

Respecto de la jurisdicción de la Corte, el alegato mexicano es firme pues se basa en el Protocolo Opcional de la Convención de Viena para la solución de controversias, en vigor para México y para EE.UU. de A. Ese Protocolo obliga a las partes a la jurisdicción obligatoria de la Corte en caso de que una de las partes someta a ese tribunal una controversia relativa a la interpretación de la Convención.

EE.UU. de A., seguramente ha desarrollado animadversión a la Corte desde que ésta falló en su contra en el asunto *de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta (Nicaragua vs. EE.UU. de A.)*²⁸ Al no poder el demandado en el caso estudiado negar jurisdicción a la Corte para interpretar la Convención de Viena, aduce que esa competencia no puede llegar a juzgar leyes y procedimientos internos de EE.UU. de A. o a declarar que las obligaciones incorporadas en el artículo 36 citado son formalidades esenciales del procedimiento o que sus violaciones lesionan derechos humanos. La Corte, en virtud de su Estatuto, tiene competencia para resolver controversias de orden jurídico que versen precisamente sobre la interpretación de un tratado; cualquier cuestión de derecho internacional; la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional, y la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.²⁹ Tal parece que el Estatuto de la Corte hubiera sido redactado en apoyo de la posición de México. Por otra parte, el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Asamblea General de la ONU, que contiene principios válidos erga *homnes*, reconoce que se considera hecho del Estado según, el derecho internacional, el comportamiento de todo órgano del Estado, legislativo, ejecutivo o judicial, así pertenezca al gobierno central o a una división territorial del Estado. De lo anterior concluimos que nada impide a la Corte resolver sobre la ilicitud de una doctrina, práctica o ley de un Estado que ha aceptado su jurisdicción.

Podemos abrigar la esperanza de que la Corte declare que EE.UU. de A. violó, entre otras, la obligación internacional de comunicar a los

²⁸ Sentencia del 27 de junio de 1986, CIJ, *Recueil*, 1986.

²⁹ Capítulo II, artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

detenidos mexicanos, sin dilación, su derecho a la protección consular, en los términos en que esa notificación está prevista en el artículo 36 de la Convención de Viena.

También podemos abrigar la esperanza de que la Corte, siguiendo el precedente de la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁰ declare que el derecho del detenido extranjero a que se le comuniquen sus derechos amparados en la Convención de Viena, es una formalidad esencial del procedimiento cuya violación afecta el *due process of law* y que esos derechos tienen la categoría de derechos humanos.

No sabemos si la Corte llegará a acceder a todas las peticiones de México o si se dejará convencer por los alegatos de EE.UU. de A. para que se dejen en libertad a las autoridades de ese país para decidir lo relativo a los recursos para reparar los daños y perjuicios; si ello ocurre, esperemos que, por lo menos, la Corte ordene a EE.UU. de A. que revise los recursos de su sistema judicial que han impedido la adecuada reconsideración de los casos, ello para que el incumplimiento por EE.UU. de A. sea debidamente reparado. Tememos que, desafortunadamente, la Corte puede optar por fallos que no estén destinados al incumplimiento por parte de la primera potencia mundial que ya ha demostrado desdén por los fallos de la Corte³¹ y por el derecho internacional contrario a sus intereses, no siempre legítimos.

En todo caso, la iniciativa mexicana habrá de promover un mayor conocimiento y comprensión del derecho internacional incorporado en la Convención de Viena y esperamos, el debido cumplimiento, a futuro, por EE.UU. de A. de sus obligaciones internacionales respecto de nuestros compatriotas detenidos en ese país.

Posible resultado

Dados los alegatos tanto de México como de Estados Unidos, podría afirmarse que la Corte utilizará su decisión en el caso *La Grand* como la base del fallo en el presente caso. Es decir, como lo señaló la Corte en su párrafo dispositivo 7 de dicho caso:

³⁰ El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del derecho a un proceso judicial OC-16/99, del 1 de octubre 1999, series A, No.16

³¹ En el caso *Convención de Viena sobre relaciones consulares (paraguay vs. EE.UU. de A)*, las autoridades estadounidenses, con base en una opinión de la Suprema Corte de Justicia de ese país, declaró que las medidas provisionales ordenadas el 9 de abril de 1999, (párr. 31) no eran obligatorias, a pesar de lo dispuesto en el artículo 94 de la Carta de la ONU, y ejecutaron al ciudadano paraguayo Bread.

En caso de que nacionales de la República Federal de Alemania sean no obstante sentenciados a penas severas [lo que sin duda incluye la pena capital], sin que se hayan respetado sus derechos consagrados en el Artículo 36, párrafo 1 (b) de la Convención, Estados Unidos de América, *por los medios de su elección, deberá permitir la revisión y reconsideración de la condena y de la sentencia* tomando en cuenta la violación a los derechos previstos en la Convención.

Este caso presenta una diferencia fundamental con el caso *La Grand*, y es que los nacionales mexicanos se encuentran aún con vida. Así, el párrafo anterior cobra especial importancia por lo que, como señaló México, si bien Estados Unidos tendría la libertad de medios para obtener la “revisión y reconsideración de la condena y de la sentencia”, ésta, no obstante, deberá ser efectiva y significativa, además de que tendrá que excluir la revisión discrecional de los mecanismos de clemencia ejecutiva. Es decir, dicha revisión y reconsideración tendría que darse con base en mecanismos jurisdiccionales, mediante la aplicación de estándares legales de revisión y que garanticen el resultado adecuado, esto es, tomar debidamente en cuenta la violación de los derechos previstos en la Convención de Viena, como lo señaló la Corte en *La Grand*.

Dentro de este contexto, debe reiterarse que, sea cual fuere el resultado que arroje el presente caso, ello no significará necesariamente que los 52 nacionales mexicanos serán exonerados o reconocidos inocentes, ni que serán puestos en libertad. En su caso, lo que podrá eventualmente obtenerse serán algunas anulaciones de sentencias o de condenas, para lo que deberá buscarse la homologación del fallo de la Corte en el derecho interno de Estados Unidos. Es decir, el caso *Avena* es un primer paso en la defensa legal, con base en sólidos argumentos de derecho internacional, de los mexicanos condenados a pena de muerte en ese país. Cualquiera que sea el fallo, el gobierno de México deberá apoyar los litigios que los nacionales mexicanos deban llevar a cabo para obtener tal homologación y cumplimiento del fallo de la Corte.

México, D.F. enero de 2004.