

Ma'arab y Almonacid: ¿dos casos de Derechos humanos?

Una propuesta de análisis jurídico-sociológico del derecho internacional fragmentado*

El derecho internacional ha llegado a un momento de codificación y fuerza que puede distinguir con códigos propios entre lo legal y lo ilegal. En su interacción con el sistema político de las relaciones internacionales o con el sistema económico de las empresas transnacionales se ha consagrado como un sistema de derecho que se remite desde su propio centro – tribunales, cortes o instancias de arbitraje – a las normas que lo constituyen. Esta circularidad opera mediante el código sistémico binario legal/ilegal.

Al afirmar esto nos encontramos en el análisis sistémico basado en LUHMANN¹ y desarrollado para el derecho internacional, entre otros, por TEUBNER y FISCHER-LESCANO².

Uno de los marcos actuales del debate internacionalista es la fragmentación del derecho internacional³. Es decir, el desarrollo jurídico integral de un ámbito temático limitado en un contexto de horizontalidad del derecho internacional. Esos ámbitos temáticos, regímenes, pueden ser, entre otros, el derecho internacional económico, con sus organizaciones y procedimientos propios de arbitraje y solución de controversias; el derecho internacional del deporte, con sus propias normas y judicaturas transnacionales, o el derecho penal internacional. En la fragmentación se produce una interacción

comunicativa horizontal y vertical entre las distintas instancias judiciales involucradas, lo que se ha definido como *judicial comity* – gentileza judicial –, por su carácter informal, y que produce una fuerza normativa mayor y decisiones judiciales más nutridas para y desde el derecho internacional. Por otro lado, existe el temor de que la fragmentación se torne desordenada y derive en una anarquía normativa, especialmente de cara a la multiplicidad de jurisdicciones incluyendo casos de *bis in idem* y, en general, un desconcierto institucional y sustancial. Esta es la encrucijada de fondo del derecho internacional de la que parte el presente artículo.

En este trabajo queremos aportar una descripción sistémica de los procesos actuales, basada en la tesis de que el carácter autónomo y auto-referente de los regímenes normativos implica un orden regulador propio que tiene la capacidad funcional de ordenar eventuales desórdenes sistémicos. Ejemplificaremos esta posición con el derecho internacional de los derechos humanos en dos parámetros distintos. Por un lado, la interacción con otros regímenes horizontales (derecho humanitario, derecho penal internacional) en el caso *Almonacid vs. Chile* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, por otro lado, en el

contexto vertical internacional-nacional en el caso *Ma'arab* decidido por la Corte Suprema de Justicia de Israel como reacción a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad del muro de separación.

Después de una referencia teórica, (i.) procederemos a la presentación de estos dos casos en los que se puede analizar privilegiadamente la interacción comunicativa en el derecho internacional actual: el caso *Ma'arab*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Israel en 2005, (ii.) y el caso *Almonacid contra Chile* decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2006 (iii.). Una comparación de ambas decisiones nos facilitará a modo conclusivo algunas respuestas en relación con el posible futuro del derecho internacional (iv.).

I. ANTECEDENTES TEÓRICOS

Los sistemas a los que se refieren TEUBNER o FISCHER-LESCANO derivan de la teoría de LUHMANN elaborada, a su vez, desde el modelo biológico de la autopoiesis desarrollado por los chilenos MATURANA y VARELA⁴, y en la cibernética de VON FOERSTER⁵ y otros, que describiremos inconclusamente en una dimensión funcional general y una dimensión funcional particular.

La dimensión funcional general de esta teoría tiene su punto de partida en la afirmación que la complejidad de la estructura funcional social se articula a través de procesos comunicativos y se organiza en sistemas operativos distintos⁶. Como base de estos procesos comunicativos se concibe la sociedad global como un conjunto de expresiones comunicativas que se articula en programas funcionales basados en una distinción binaria como rentable/

no-rentable, legal/ilegal, etcétera, que se denomina sistemas (y sub-sistemas). La funcionalidad sistémica general se basa:

(1) en el carácter auto-referente (*autopoiético*) de los sistemas,

(2) que esta auto-organización funciona de cara a su entorno mediante el principio *order from noise* –orden a partir de ruido– que se refiere a la interacción del sistema con el entorno⁷, y

(3) la capacidad teórica de observación y auto-observación desde un segundo orden para evitar puntos ciegos.

La dimensión funcional particular de un sistema social comunicativo, para nuestras intenciones el derecho, se resume en que,

(1) se rige por el código binario legal/ilegal,

(2) organiza el proceso comunicativo desde la periferia sistémica mediante el establecimiento de normas, la suscripción de tratados, contratos, etcétera, y

(3) resuelve las incongruencias en el centro mediante decisiones judiciales en razón al código legal/ilegal⁸.

La observación de segundo orden permite a la teoría de sistemas articular un punto de partida en una *decisión indecible*⁹, evitando la invisibilización de la referencia a un momento fundacional paradójico, como necesariamente sucede en las teorías iusnaturalistas y en el positivismo jurídico¹⁰. Además, el derecho puede percibir desde el segundo orden de observación un ruido producido por el entorno político o social general, a pesar de funcionar en un sistema operativamente cerrado, y ordenar así el ruido del entorno a partir de sus propios mecanismos sistémicos.

Estos parámetros sistémicos pueden ser o no ser aplicables a determinados debates en la teoría del derecho internacional y la constatación de un proceso de fragmentación normativa.

Entre los problemas que se discuten en el derecho internacional público actual se destacan en un lugar prominente y bajo el título pluralismo legal, la fragmentación del derecho internacional y el debate entre valores universales y relativismo cultural.

La fragmentación en el sentido internacionalista se refiere a tres vertientes:

(1) la separación horizontal no jerárquica de distintos regímenes normativos en una misma escala internacional, como por ejemplo el derecho económico y el derecho humanitario,

(2) la superposición institucional de regímenes sobre otros (superposición horizontal), por ejemplo la especificidad del Derecho penal internacional sobre los derechos judiciales en el derecho internacional de los derechos humanos, o

(3) de instancias en un mismo régimen (superposición vertical), por ejemplo paneles de arbitraje sobre soluciones de controversias *ad-hoc* y su relación con las instancias judiciales permanentes del derecho económico.

En la práctica, las instancias judiciales recurren prioritariamente a una solución jerárquica; es decir, ceden la jurisdicción al otro involucrado, si lo “consideran” más competente. Justamente esa reacción intuitiva carente de autoridad formal está siendo imposibilitada con la creciente fragmentación horizontal no jerárquica del derecho internacional.

Ejemplos que han tratado el problema de jurisdicción de instancias judiciales internacionales son, entre muchos otros, el caso *Australia / Nueva Zelanda vs. Japón* (1999) sobre el atún –conocido como caso *Southern Bluefin Tuna*, cuando el Tribunal para el Derecho de Mar de Naciones Unidas asumió un papel de jerarquía suprema ante un panel arbitral constituido de acuerdo con

el Anexo VII al Convenio sobre el Derecho del Mar que renunció a tratar el caso¹¹. Igualmente, el caso *Chile vs. Unión Europea* (2000) por la pesca de arrastre al pez espada fue llevado tanto ante un panel de la OMC como ante el Tribunal para el Derecho del Mar, pero en esta ocasión sin resolverse el conflicto jurisdiccional porque las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial¹². El caso *Irlanda vs. Reino Unido* (2001)¹³ fue suspendido en junio de 2003 por el Tribunal para el Derecho de Mar porque el caso de la eventual intoxicación del mar irlandés por la planta nuclear de *Sellafield* había sido asumido por la Corte Europea de Justicia¹⁴⁻¹⁵. Otras decisiones recientes sobre problemas de inversión extranjera en el *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID) se han enfrentado a problemas en razón a superposiciones jurisdiccionales entre tribunales nacionales e internacionales¹⁶.

Todos los anteriores son ejemplos para una creciente acumulación de vías judiciales, especialmente en el derecho económico internacional y su vinculación con otros regímenes. De todos modos, hasta ahora, las respectivas instancias han evitado jurisdicción complementaria, incluso a costa de ciertas irregularidades dogmáticas¹⁷. En una creciente especificación del derecho internacional y los distintos derechos internacionales, el problema de la fragmentación forma parte de su análisis.

Por todo esto, el presente artículo analiza la capacidad decisoria de dos tribunales que articulan derecho internacional resolviendo el código binario legal/ilegal en circunstancias de fuertes presiones políticas y sociales, tanto en un contexto horizontal como aparentemente vertical (como es el caso de la relación de instancias judiciales nacionales e internacionales). Para dar cuenta de la posibilidad de generalizar

las afirmaciones de fondo recurriremos a dos sentencias de contenido, procedencia y significado distinto en el mundo del derecho internacional público. Por un lado, analizaremos el caso *Ma'arab*, resuelto en 2005 por la Corte Suprema de Justicia de Israel en reacción con la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la construcción de un muro en 2004. Y por otro lado, analizaremos el caso *Almonacid vs. Chile* decidido por la Corte Interamericana de Justicia en 2006 contra las reiteradas decisiones de instancias judiciales nacionales.

El primer caso es la sentencia de un tribunal nacional que reacciona ante una posición judicial internacional y tiene competencia jurídica para resolver el caso en última e inmediata instancia. El segundo caso, en cambio, es la decisión de un tribunal internacional que consume sentencias nacionales previas estableciendo consecuencias vinculantes (si bien, no ejecutables) en el Estado afectado. En ambos casos nos interesa la interacción entre el derecho internacional y el derecho nacional en razón a las normas de los derechos internacionales de los derechos humanos.

II. EL CASO *MA'ARAB*¹⁸

En el caso *Ma'arab* el poblado palestino Ma'arab en territorio ocupado por Israel, acompañado por el poblado vecino israelí de Ariel, se ha enfrentado al recorrido de la barrera de separación entre ambos pueblos por perjudicar indebidamente la condición de vida en Ma'arab. Unos meses antes de ser resuelto, la Corte Internacional de Justicia había presentado a solicitud del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas su *opinión consultiva sobre la creación de un muro en Palestina* (2004).

En *Ma'arab* (2005) la Corte Suprema de Justicia analiza la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia y declara en el párrafo 57:

“La Corte Internacional de Justicia afirma que Israel posee Cisjordania (Judea y Samaria) de acuerdo con la ley de ocupación beligerante. Esto es también la opinión jurídica en que se basa el caso *Beit Sourik* (un caso anterior con la misma temática, M. K.). La Corte Internacional de Justicia determinó que un estado ocupante no puede anexar el territorio ocupado. Esta fue también la posición de la Corte en el caso *Beit Sourik*.

La Corte Internacional de Justicia afirmó que en territorio ocupado el Estado ocupante tiene que actuar de acuerdo con las Regulaciones de La Haya y el Cuarto Convenio de Ginebra. Esa fue también la asunción de la Corte en el caso *Beit Sourik*, aunque la cuestión de la validez del Cuarto Convenio de Ginebra no fue decidida, teniendo en cuenta la declaración del Estado de que actuaría conforme a la parte humanitaria del Convenio. La Corte Internacional de Justicia determinó que además del derecho humanitario, las convenciones sobre derechos humanos son aplicables al territorio ocupado. Esta pregunta no surgió en el caso *Beit Sourik*. Para los efectos de nuestra decisión, en este caso asumimos que esas convenciones efectivamente son aplicables.

La Corte Internacional de Justicia afirmó que la legalidad del “muro” (de la “reja” en nuestra terminología) sería determinada, *inter alia*, por las disposiciones 46 y 52 de las Regulaciones de La Haya y el § 53 del Cuarto Convenio de Ginebra. Esa fue también la posición de la Corte en el caso *Beit Sourik*. La Corte Internacional de Justicia afirmó que en consecuencia de la construcción del “muro”

fue impedido el ejercicio de algunos derechos de los residentes palestinos. La Corte Suprema afirmó también en el caso *Beit Sourik* que el ejercicio de una cantidad de derechos humanos de los residentes palestinos fue imposibilitado por la construcción de la “reja”. Finalmente, la Corte Internacional de Justicia afirmó que el daño causado a los residentes palestinos no contravendría el derecho internacional si estuviese justificado por necesidad militar, razones de seguridad nacional o de orden público. Esta fue también la consideración de la Corte en el caso *Beit Sourik*.

Se trata de un ejemplo evidente de interacción discursiva entre dos instancias judiciales. En el contexto de estas afirmaciones, la Corte se inclinó finalmente por distinguir el conocimiento fáctico de la Corte Internacional de Justicia y el suyo propio para explicar por qué la primera había considerado como ilegal la barrera de separación, mientras que ella desviaba determinados trayectos por razones de seguridad/necesidad militar medidos por el principio de proporcionalidad¹⁹. La decisión final de la Corte israelí justifica la existencia de la barrera de separación y su trayecto concreto con información privilegiada de la que derivan argumentos de seguridad nacional.

En todo caso, la referencia a la decisión citada por parte de la decisión que cita, ilustra idóneamente la proyección autopoiética de decisiones judiciales en el contexto binario legal/ilegal. En esta decisión, la Corte Suprema de Israel hace referencia a la propia posición en el caso (anterior) *Beit Sourik* y la describe en forma comparativa con la argumentación de la Corte Internacional de Justicia. Hasta donde la opinión consultiva de esa instancia judicial internacional llega, la confirma la sentencia de la Corte israelí. Pero hacia donde no puede llegar la Corte

Internacional de Justicia, en este caso el conocimiento de supuestas informaciones (secretas en el sentido de *no público*) que justifican la inminencia de ataques terroristas, sí llega la Corte Suprema y frena toda la argumentación compartida con la suposición de la inmediatez del conocimiento concreto, facilitado por las fuerzas de seguridad a la máxima instancia judicial de Israel.

La Corte no puede decidir en otro código que no sea legal/ilegal. En cuanto al contexto comunicativo en el que se encuentra; es decir, entre ley/expectativa, análisis normativo e implementación, la Corte recurre a la valoración de la Corte Internacional como un antecedente del que deriva su propia decisión. Es imposible saber si esto sucede concientemente, pero lo que es imposible de ignorar es que la Corte Suprema de Justicia está restringida en su libertad de acción, en su capacidad de elegir consecuencias, en la definición del sentido de su decisión. La contingencia, en el sentido luhmanniano, es la operatividad del código legal/ilegal. Los antecedentes de interpretación facilitados por la Corte Internacional de Justicia impulsan la decisión de la Corte Suprema. Ésta se refiere a la otra como si fuera un antecedente propio. Un tribunal internacional y un tribunal nacional. El último incluye al primero en su funcionamiento auto-referente.

Esa auto-referencia significa, fuera de cualquier procedimiento legislativo de incorporación, la inclusión y aplicación inmediata del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional.

III. ALMONACID VS. CHILE

El 26 de septiembre de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso *Almonacid vs. Chile*.

LUIS ALMONACID, maestro, miembro del Partido Comunista de Chile y sindicalista, fue asesinado por agentes públicos en el transcurso de su detención el 17 de septiembre de 1973, unos días después del golpe militar. El proceso iniciado en su defensa fue cerrado entonces por un tribunal local. A partir de la incorporación de Chile al sistema de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los familiares de ALMONACID presentaron nuevos recursos ante las instancias competentes nacionales para incriminar a los autores de su ejecución extrajudicial. El caso fue trasladado más de una vez de las instancias ordinarias a las militares y viceversa, hasta que la Corte Suprema y el indicado Tribunal Militar rechazaron la denuncia basándose en una Ley de Amnistía. Chile consideraba improcedente la actuación ante la Comisión y Corte Interamericana por tratarse de hechos anteriores a su incorporación al sistema regional. En razón a la admisibilidad del recurso, la Corte decidió en cuanto *ratione temporis* en el apartado 42 de la sentencia que procedía revisar por qué el caso había sido presentado ante judicatura militar y en el apartado 49 que Chile estaba obligado armonizar a partir de 1991 su cuerpo legal con el contenido de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Sustancialmente, la Corte decidió en el apartado 99 de la sentencia que en el momento de los hechos, es decir en 1973, crímenes de lesa humanidad eran considerados normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) y debían ser debidamente juzgados.

Dicho sea de paso que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos comparte esta valoración desde el caso *Kolk y Kislyiy* contra *Estonia* (sentencia del 17 de enero de 2006, número de registro 23052/04 y 24018/04), cuyas referencias nacionales se habían juzgado en 1949.

En *Almonacid vs. Chile* se pueden observar algunos puntos importantes de Derecho internacional público que pueden impulsar el sistema de instancias judiciales transnacionales. Desde la perspectiva comunicativa, la reacción política chilena ante el fallo²⁰ permite articular, además, la incorporación de una sentencia de esa Corte regional en el sistema político de uno de sus países miembros. Esto es especialmente interesante para teorías de comunicación inter-judicial y transnacional, así como la implementación nacional de decisiones internacionales no ejecutables²¹. Por un lado, la Corte Interamericana impone a Chile desestimar la Ley de Amnistía por contravenir a la Convención Americana de Derechos Humanos, con lo que confirma su jurisprudencia iniciada en el caso *Barrios-Altos* en 2001²².

Más sorprendente es, en todo caso, la terminología en considerar determinadas violaciones particulares (sólo un autor, sólo un asesinato) a los derechos humanos como crímenes de lesa humanidad con carácter de derecho internacional vinculante, *ius cogens*, de lo que se derivaría la imprescriptibilidad de actos como el asesinato de LUIS ALMONACID.

La Corte Interamericana elabora los hechos en el caso *Almonacid* constatando una campaña sistemática contra opositores al régimen, por lo que la ejecución extrajudicial de un representante sindical y miembro del Partido Comunista solo por *un* autor material constituiría un crimen de lesa humanidad. Más allá de que actualmente el derecho internacional público es explícito en prohibir leyes de amnistía para la impunidad por crímenes de lesa humanidad, se mantiene la dificultad de esa aplicación retroactiva y del efecto práctico nacional de estas decisiones internacionales²³. La prohibición ya había sido constatada en la esfera americana por

la misma Corte en el apartado 41 del caso *Barrios Altos*, decidido el 14 de marzo de 2001. Insiste y sentencia ahora que la vigencia de la Ley de Amnistía es incompatible con el artículo 2 de la Convención²⁴. Obligaciones iusinternacionales no deben ser consideradas inaplicables a favor de disposiciones nacionales contradictorias (cfr. art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, opinión consultiva de la Corte Interamericana O-C 14/94). En consecuencia, la Corte dicta sentencia contra Chile por incumplimiento de las obligaciones del artículo 1 apartado 1²⁵ y violación de los derechos a un juicio justo y garantía judicial de la viuda y los hijos de JOSÉ ALMONACID del artículo 8.º apartado 1²⁶ y 25 de la Convención²⁷. En el apartado 147 de la sentencia, la Corte declara que Chile tendrá que revertir las decisiones judiciales del caso y juzgar a los responsables de la muerte de ALMONACID en un juicio penal ordinario. A pesar de que destaca las labores de conciliación mediante comisiones de verdad u otros, expone que tales medidas no absuelven de cumplir las obligaciones internacionales.

En su voto particular, el magistrado CANÇADO TRINDADE²⁸ destaca la relevancia de la sentencia y (1) la invalidez de amnistías concedidas a título propio, (2) la extensión sustancial al derecho procesal de *ius cogens*, y (3) la ubicación conceptual de crímenes de lesa humanidad entre los regímenes temáticos tanto de los derechos humanos como del derecho penal internacional.

Respecto del segundo punto cabe afirmar que sin duda es mérito del mencionado magistrado que a partir de *Goiburú et al. vs. Paraguay* del 22 de septiembre de 2006 la aplicación sustancial de *ius cogens* ha sido extendida al acceso de decisiones judiciales en el marco nacional e internacional. Destaca los mecanismos de vinculación normativa

que en ese contexto ofrece la Convención Interamericana de Derechos Humanos en sus artículos 1.º apartado 1 y 2 para la validez en el Derecho nacional, y en los artículos 8.º y 25 en razón a los derechos judiciales propiamente dichos.

El tercer punto mencionado es articulado por CANÇADO TRINDADE desde una posición innovadora, al posicionar los crímenes de lesa humanidad en la intersección entre los derechos humanos y el derecho penal internacional. En su voto particular, el magistrado se remite a la *jurisprudential cross-fertilization*, sobre todo en razón a la jurisprudencia del Tribunal Penal Especial para Ex-Yugoslavia (caso *Tadic* 1997, apartado 649; caso *Kupreki* 2000, apartados 550 y s.; caso *Kordic* 2001, apartados 176 y ss.) de considerar un hecho particular violador de derechos humanos como un crimen de lesa humanidad en cuanto se puede incluir en una actividad sistemática de represión pública. CANÇADO TRINDADE concluye con la expectativa de que el caso ALMONACID sea un primer paso para trasladar la posición del derecho humanitario y penal internacional de que crímenes de lesa humanidad son aquellos descritos y que tienen carácter de *ius cogens* al régimen de los derechos humanos²⁹.

IV. COMPARACIÓN Y CONCLUSIONES

Hemos presentado dos decisiones de instancias judiciales distintas que deciden en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Lo que nos interesa en su comparación son las diferencias y las similitudes en su aproximación formal y sustancial a la materia. En el primer caso, se trata de una instancia judicial nacional administrativa/constitucional que actúa valorando las afirmaciones sustanciales

sobre derecho internacional, provenientes desde una instancia judicial internacional. En el segundo caso, en cambio, se trata de una instancia judicial internacional que revisa la actuación judicial nacional como instancia superior.

En ambos casos las instancias internacionales determinan un lenguaje internacionalista. En el caso israelí el enfrentamiento con la posición de aplicación normativa de los mecanismos internacionales (Convenio de Ginebra, Regulaciones de La Haya, derechos humanos) es incorporado por el tribunal nacional. En el caso americano, la Corte proclama una doctrina incipiente, en cuanto a la posibilidad de valorar violaciones de derechos humanos como crímenes de lesa humanidad. En el primer caso, la Corte Suprema de Israel menciona por primera vez la validez directa de normas de derechos humanos no incorporadas al sistema jurídico nacional. En el segundo caso, la Corte Interamericana impone (*de iure* y propone *de facto*) una apertura dogmática del concepto de crimen de lesa humanidad a hechos individuales en el marco de una campaña sistemática de criminalidad pública. Queda pendiente, en este segundo caso, de qué modo incorporarán las instancias judiciales del continente americano en esta propuesta. Pero al menos podemos anticipar que la articularán, tal y como la Corte Suprema de Israel lo ha hecho con la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia.

En ese sentido, y reduciendo la propuesta a estos dos casos, se podría articular la tesis, de que las instancias de derecho internacional que se refieren a los derechos humanos están elaborando un régimen normativo vertical, en cuya estructura se enfrentan con la inmediatez de las instancias nacionales. Esta dualidad pareciera inclinarse, según el ejemplo israelí, hacia una integración de las instancias nacionales en el sistema y lenguaje

normativo del derecho internacional. Queda abierto el campo para investigar las reacciones nacionales a la doctrina propuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el segundo ejemplo.

De cara a las dimensiones funcionales presentadas arriba, esto deriva en las siguientes conclusiones:

(1) En razón a la fragmentación del derecho internacional como problema de fondo, esto significaría que además de los regímenes altamente técnicos, como pueden ser el derecho económico, el derecho del deporte o el derecho del mar, incluso el régimen de los derechos humanos, profundamente interconectado con el sistema político y social, se encuentra en un proceso de auto-referencia funcional.

(2) Los tribunales internacionales reflejan las expectativas normativas que son articuladas en forma “contrafáctica” por representantes de la sociedad civil en su aplicación del derecho internacional. Así como las organizaciones de detenidos desaparecidos y muchos otros grupos sociales, en el caso latinoamericano han insistido en reclamar en foros nacionales e internacionales la aclaración de los hechos acaecidos bajo los gobiernos militares, también los intereses palestinos en busca de su Estado propio están muy presentes en la conciencia y articulación social. En consecuencia, la limitación o negación tan inmediata de sus derechos, como mediante la construcción de una barrera de separación, ha producido protestas sociales y políticas. Y no sólo en la tipología Chile/Cono Sur o Palestina, sino entendiendo detenidos desaparecidos, ejecuciones extrajudiciales o segregación étnica como fenómenos generales que crean revuelo articulado por colectivos organizados y espontáneos en foros nacionales e internacionales.

(3) Desde una observación de segundo orden podemos describir que tales ruidos de entorno (articulación social), no como presión cuantitativa sino cualitativa, son incorporados como expectativas normativas en el sistema jurídico. Los tribunales internacionales los articulan en la medida que les permiten sus fundamentos jurídicos y sus propias interpretaciones de ellos. Esta auto-referencia ha sido extendida en los últimos tiempos a la aplicabilidad (directa) de normas iusinternacionales al derecho nacional. Hemos comprobado en nuestros ejemplos que la validez directa de convenios de derechos humanos en Israel o la penalización de crímenes de lesa humanidad mediante *ius cogens* en el caso de Chile son productos de esta auto-referencia. En ese sentido se debe entender la fragmentación como una especificación del derecho internacional que ha de mantener la capacidad de ordenar su propio (sub-)sistema. En ese caso, el derecho internacional podrá auto-articular sus propias necesidades y seguir desarrollando instancias y regímenes comunicativamente necesarios.

(4) Hemos podido comprobar que el carácter autónomo y auto-referente de los regímenes normativos, es decir, del derecho internacional como sistema y sus distintos regímenes como sub-sistemas que operan bajo el código binario distintivo legal/ilegal, implica un ordenamiento regulador propio y tiene la capacidad de ordenar eventuales desórdenes sistémicos generales. El régimen de los derechos humanos es especialmente interesante en este sentido porque parece estar despojándose, en lo que al derecho internacional se refiere, de los pesados vestidos de la moral y la política, siendo articulado por instancias judiciales, es decir centros sistémicos, como expectativas

normativas de la sociedad que son resueltas bajo el código jurídico legal/ilegal.

Los casos *Ma'arab y Almonacid* son, en resumen, *casos de derechos humanos* en un contexto administrativo nacional y penal internacional, respectivamente. El subsistema de derechos humanos se encuentra inmerso en un proceso auto-referencial, en el que los procesos comunicativos expectativa social/norma –aplicación judicial– implementación social están siendo articulados, defectuosamente o no, en razón al código binario legal/ilegal en el sistema del derecho.

En ese proceso, la aplicación judicial como centro sistémico penetra los límites horizontales y verticales tradicionales del Derecho (internacional). Esto produce riesgos y posibilidades cuyo valor no puede ser anticipado mediante categorías sistémicas. Sólo pueden ser descritos los procesos comunicativos que pueden derivar en una consideración más destacada, por ejemplo, de los derechos humanos en el sistema jurídico.

Como hemos ejemplificado en este trabajo, todo esto significa para el análisis jurídico-sociológico que crece en relevancia tanto desde un punto de vista teórico (en nuestro caso, teoría de sistemas luhmanniano) como desde un punto de vista empírico. La inmediatez de la relación entre expectativas sociales y normas jurídicas en el derecho internacional abre un nuevo flanco de estudio en que se pueden y deben describir los procesos comunicativos, por un lado, entre las instancias judiciales que aplican derecho internacional y, por otro lado, de la sociedad civil hacia el sistema de derecho internacional.

MICHAEL KLODE HEMPEL

* MICHAEL KLODE HEMPEL, Tribunal Regional de Kassel (Alemania), doctorando en la Universidad de Salamanca, mklode@usal.es

¹ Cfr. en español Darío Rodríguez. “Invitación a la Sociología de Niklas Luhmann”, prefacio a y texto original de Luhmann: *El Derecho de la Sociedad* de Niklas Luhmann, México, D. F., Universidad Iberoamericana, 2002; Niklas Luhmann. Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Navarrete, Barcelona / México, D. F., Anthropos / Universidad Iberoamericana, 1996; para la recepción de la teoría de sistemas cfr. EVARISTO PRIETO NAVARRO. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el Derecho”, en *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, coordinado por J. A. GARCÍA AMADO, Madrid, Dykinson/Oñati, 2001; “El derecho y la moderna teoría de sistemas”, en *La joven sociología jurídica en España*, coordinado por J. L. DOMÍNGUEZ/M. Á. RAMOS, GUIPÚZCOA: Oñati Papers 6, HSL, 1998, pp. 105-127.

² En español: Teubner, Gunther, “Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado”, en *Teoría de sistemas y derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*, editado por C. Gómez-Jara Díez, Granada: Comares, 2005, íd., “Sociedad global, justicia fragmentada: sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales, privados”, en *Law and Justice in a global society*, editado por M. Escamilla/M. Saavedra, International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Granada 2005 también en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 39, 2005], íd., “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, en *Global Law Without a State*, editado por G. Teubner, Dartmouth, Brookfield, 1997. Cfr. también Fischer-Lescano, Andreas / Teubner, Gunther, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal unity in the Fragmentation of Global Law”, pp. 999 ss., en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25 n.º 4, 2004; ANDREAS FISCHER-LESCANO. *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist: Velbrück, 2005.

3. Cfr. entre muchos Koskenniemi, Martti/Study Group, *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International law*, International Law Commission, UN A/CN.4/L.682, abril 2006.

⁴ Cfr. HUMBERTO MATURANA/ CARLOS VARELA. *Autopoiesis and Cognition*, Boston: Reidel, 1991.

5. Cfr. HEINZ VON FOERSTER, *Observing Systems*, Seaside: Intersystems Publications, 1981.

6. Entendiendo con Luhmann la complejidad como la totalidad de eventos posibles (=elementos) en la que no todos los distintos elementos pueden ser vinculados.

7. Cfr. JEAN-PIERRE DUPUY. “On the Supposed Closure of Normative Systems”, *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, G. Teubner (edit.), Berlín/Nueva York, De Gruyter, 1988, pp. 51-69.

8. El término *Recht/Unrecht* de Luhmann también ha sido traducido como jurídico/antijurídico, cfr. EVARISTO PRIETO NAVARRO. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el Derecho”, cit., p. 339, o lícito/ilícito. Creemos que legal/ilegal corresponde idóneamente al significado original.

9. El origen del derecho es imposible de recapitular. La autonomía del sistema jurídico es *decidida indecidiblemente* con la circularidad de que en el inicio de derecho existe derecho, cfr. JEAN-PIERRE DUPUY. “On the Supposed Closure of Normative Systems”, cit., p. 68.

10. Para el concepto de paradojas en este contexto, cfr. OREN PEREZ. “Law in the Air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes”, en *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, O. PEREZ/G. TEUBNER, (eds.), Hart Publishing, 2006, pp. 3-38, también GUNTHER TEUBNER. “Dealing with Paradoxes of Law: Luhmann, Derrida, Wiethölter”, en *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, cit., pp. 49 y ss.

11. Entre las partes existía un tratado trilateral con órganos reguladores que no habían sido utilizados. El panel arbitral ha sido criticado en su decisión, cfr. por ejemplo CESARE ROMANO. “The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come...Like it or Not”, pp. 377-412, en *Ocean Development and International Law*, vol. 32, 2001, también RÖBEN, VOLKER; “The Southern Bluefin Tuna cases: Re-Regionalization of the Settlement of Law of the Sea disputes?”, en *Heidelberg Journal of International Law / ZaöRV*, vol. 62, 2002, pp. 61-72.

12. Cfr. por ejemplo DOMINIQUE HERVÉ ESPEJO / XIMENA FUENTES TORRIJO. “El caso del pez espada: una controversia de jurisdicción y de derecho sustantivo y los diversos argumentos para inclinar la balanza”, pp. 83-122, en *Revista Estudios Intenacionales* n.º 145, Universidad de Chile, Santiago de Chile 2004; también PETER-TOBIAS STOLL / SILJA VÖNEKY. “The *Swordfish*-case: Law of the Sea v. Trade”, pp. 21-35 en *Heidelberg Journal of International Law / ZaöRV*, vol. 62, Max-Planck Institute, Heidelberg 2002.

13. También conocido como caso de la Planta MOX, cfr. muchos Koskenniemi, Martti/Study Group,

Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International law, International Law Commission, UN A/CN.4/L.682, abril 2006.

14. Cfr. MARTTI KOSKENNIEMI. *Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*, presentación en la Universidad de Harvard, 5 de marzo de 2005.

15. Para un análisis más general de los respectivos regímenes internacionales, cfr. SHANY, YUVAL; *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003.

16. Los dos casos vinculados a *Aguas de Aconquija vs. Argentina* (2001, 2002), así como *Société General de Surveillance vs. Pakistan* y *v. Filipinas* (2004). Cfr. SHANY, YUVAL; "Jurisdictional Competition between National and International Courts: Could International Jurisdiction-Regulating Rules apply?", Research Paper 02-06, en *International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty*, may 2006. [vid. www.ssrn.com/abstract=902928].

17. Cfr. Koskenniemi, cit.

18. El caso *Mara'ab* contra el Primer Ministro de Israel –HCJ 7957/04– está publicado en inglés: *Judgements of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law*, Jerusalén 2005, en la página electrónica de la Corte Suprema: www.court.gov.il y en Watson, Geoffrey, "Mara'abe vs. Prime Minister of Israel", en *American Journal of International Law*, vol. 100, n.º 4, 2006, pp. 895-900.

19. La carencia de conocimiento fáctico fue criticada también por el magistrado BUERGENTHAL en su disidencia. Lo mismo para las opiniones separadas de HIGGINS, KOOIJMANS y OWADA. Para un estudio del principio de proporcionalidad en este contexto cfr. AEYAL GROSS. "Human Proportion: Are Human Rights the Emperors New Clothes of the International Law of Occupation?", en *European Journal of International Law*, vol. 18 n.º 1, 2007, ps. 35-67.

20. Así lo declararon después de la sentencia tanto la Presidenta MICHELLE BACHELET, citada por N. RAMÍREZ en *El Mercurio Online*, www.emol.com, del 14 de octubre de 2006, y fue apoyada posteriormente por el presidente de la Cámara de Diputados (15 de octubre) y el Ministro de Justicia (17 de octubre).

21. Acerca del *Transnational Legal Process*, cfr. KOH, H. H., "Transnational Legal Process after September 11th", en: *Berkeley Journal for International Law*, vol. 22, 2004. También en el ámbito de la comunicación transjudicial, cfr. SLAUGHTER, A.-M., "A Typology of Transjudicial Communication", en *International law*

decisions in national courts, T. M. FRANCK/G. H. FOX (eds.), New York, Transnational Publishers, 1996.

22. Para la perspectiva doméstica chilena antes de la sentencia, cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. "Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 y su armonización con el derecho internacional de los derechos humanos", en *Revista de Derecho*, vol. XVIII, n.º 2, 2005, pp. 107-130.

23. En forma explícita en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leone, pero también en la solicitud general de colaboración en la persecución de autores de delitos de lesa humanidad en el artículo 29 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ex-Yugoslavia y artículo 28 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Igualmente en la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre todo en sus resoluciones 2583 de 1969 y 3074 de 1973.

24. "Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1.º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

25. "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

26. "Toda persona tiene Derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

27. "Apartado 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Apartado 2. Los Estados

partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los Derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

28. Cfr. para la posición iusnaturalista de CAÑADO TRINDADE por ejemplo, él mismo, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2005 (por publicar).

29. Para el desarrollo de los crímenes de lesa humanidad, cfr. entre muchos para el derecho internacional humanitario J. PICTET, *Développement et principes du Droit international humanitaire*, Genève/Paris, Inst. H.-Dunant/Pédone, 1983, pp. 77, 107; en forma más general: S.R. RATNER y J. S. ABRAMS. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, y enfocando en el derecho penal internacional, D. ROBINSON, “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, en *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999.