

«Significado internacional»: la cortesía en la adjudicación de derechos fundamentales*

Timothy Endicott

Profesor del Balliol College - Oxford

SUMARIO: I. THE HUMAN RIGHTS ACT.—II. EL SIGNIFICADO INTERNACIONAL: EL CASO ADAN.—III. LA CORTESÍA: EL MODELO JUDICIAL.—IV. DECIDIENDO EL CASO ADAN.—V. CONCLUSIÓN.

Los derechos fundamentales (tales como el derecho a no ser perseguido o torturado, o el derecho a no morir por razones de religión, raza o pertenencia a un clan) han de respetarse y protegerse.

Es muy fácil estar de acuerdo con tal petición, aunque cada uno de los aspectos a tener en cuenta de esos derechos plantea difíciles cuestiones a los abogados, los políticos y los filósofos: ¿Qué derechos (además de los que ya he mencionado) son fundamentales? ... ¿Por qué? ... ¿Pueden ser compensados? ... ¿Qué personas y agencias son responsables de protegerlos, y cómo? ... Y las referidas personas y agencias, ¿cómo han de comportarse las unas con las otras? ...

De todos estos interrogantes, me limitaré a comentar sólo la última cuestión, refiriéndome a ella denominándola como el problema de la cortesía. Es un problema de especial importancia legal. Algunos de sus aspectos han sido

* Texto original inglés: Comunicación presentada en la Conferencia sobre «Nuevas perspectivas sobre los Derechos Humanos» en la Universidad Complutense de Madrid, el día 21 de Mayo 2001. **Traducción:** Dra. M^a Teresa García-Berrio Hernández. *Doctora en Filosofía y Letras por la Universidad Autónoma de Madrid. Ayudante en el Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid.*

extensamente discutidos ya —especialmente la cuestión de cómo y cuándo deben los jueces **discrepar de lo dispuesto en la legislación**—. Pero además de ésta presenta otras muchas facetas importantes que no parecen haber recibido la atención que merecen.

En Gran Bretaña, por ejemplo, los tribunales estaban ya familiarizados con estas cuestiones de cortesía, pero las han comenzado a tratar de manera nueva desde que se aprobara *The Human Rights Act*, en octubre del 2000. Esta Declaración incorpora, de manera peculiar, la Convención Europea sobre Derechos Humanos en el Derecho británico. En la primera parte de esta conferencia quisiera yo introducirles en los cambios que se han venido produciendo en los siete primeros meses de vida de tal Declaración. Y deseo hacerlo, no tan sólo para informarles acerca de la existencia de una frontera de litigio sobre los derechos fundamentales; sino también para referirme especialmente al *Human Rights Act*, ya que éste otorga nueva relevancia al tema principal de mi exposición.

Considero importante hacerles observar el hecho de que todas las cuestiones relativas a la protección judicial de los derechos fundamentales plantean cuestiones de cortesía. Mi reflexión intenta identificar algunos de los principios de cortesía que guían la acción judicial, no solamente en Gran Bretaña bajo *The Human Rights Act*, sino en general. La cuestión, rápidamente desarrollada en el Reino Unido, permite destacar la importancia del problema de la cortesía, debido a los nuevos desafíos que la Declaración de Derechos Humanos inglesa introduce.

I. THE HUMAN RIGHTS ACT

The Human Rights Act introduce la Convención Europea sobre Derechos Humanos en el Derecho británico, pero no la convierte en ley suprema. Los británicos no quieren que los jueces puedan declarar las leyes ilegales como hacen los jueces en Canadá y en los Estados Unidos. En su lugar, *The Human Rights Act* proporciona tres nuevas

técnicas para la protección de los derechos de la Convención:

Se requieren tribunales y otras autoridades públicas para interpretar las leyes en la medida de lo posible, de acuerdo con la Convención Europea sobre Derechos Humanos (s.3).

Se considera ilegal, para una autoridad pública, cualquier acto incompatible con un derecho previsto en la Convención, a menos que así se requiera por ley (s.6).

Otorga poder a los jueces para declarar que una ley es incompatible con un derecho declarado en la Convención (s.4). Una declaración de incompatibilidad no invalida una ley, ni afecta a su aplicación, sino que acciona un poder especial de pista rápida [«fase-track»] para que el gobierno remedie su incompatibilidad sin el proceso legislativo ordinario.

¿Revolucionarán estas técnicas el Derecho británico? ... Desde luego, ya han supuesto un impacto significativo en algunas materias: los tribunales han perdido el pulso para el establecimiento de un sistema que permita la designación de jueces temporales en Escocia, sobre la base de ser incompatible con el derecho a un tribunal independiente, como establece el artículo 6 de la Convención¹. Se ha tachado *The Mental Health Act* de ser incompatible con el derecho a la libertad, consagrado en el artículo 5 de la Convención, ya que hace recaer la carga de la prueba en un paciente detenido como consecuencia de un desorden mental, a fin de que éste último pueda demostrar al tribunal —encargado de revisar el estado de su salud mental— que se encuentra en condiciones para ser declarado inocente de sus cargos². Aparte de estos efectos específicos, los tribunales han sugerido extensiones más amplias del

¹ *Starrs v Procurator Fiscal*, [2000] HRLR 191 (High Court of Justiciary). Este caso fue decidido en noviembre de 1999 en virtud de lo establecido en la *Scotland Act* de 1998, precedente del *Human Rights Act* siendo ilegal para un miembro del ejecutivo escocés que fuera incompatible con la Convención (s. 57 (2)).

² *R v Mental Health Review Tribunal et al*, ex parte H, [2001] EWCA Civ 415, [2001] HRLR 36.

ámbito de aplicación del *Human Rights Act*. Cuando Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones demandaron recientemente a la Revista *Hello!* por lesionar su privacidad con la publicación de unas fotos no autorizadas de su boda, el Tribunal de Apelación otorgó una forma de efecto horizontal al artículo 8 de la Convención. Como Lord Justice Keene puso de relieve, la obligación de los tribunales afecta discutiblemente también a su actividad de interpretar y desarrollar el *common law* de forma que sea compatible con los derechos de la Convención, incluso aunque ninguna autoridad pública sea parte en el litigio³.

Así pues las consecuencias del *Human Rights Act* son de gran envergadura, y por él la forma de argumentar está cambiando en todos los procesos criminales, en muchos casos de Derecho Administrativo general, e incluso en casos tributarios, pues los abogados entresacan y discuten diferentes sentidos atribuibles a esta Declaración. Pero hay evidencias de que los jueces no revolucionarán al por mayor el Derecho británico ni tomarán el control del funcionamiento del país. El uso más dramático que hasta el momento se ha llevado a cabo del *Human Rights Act* fue en febrero del 2001, cuando un tribunal inglés declaró que el proceso regulador de la construcción en Gran Bretaña era incompatible con el artículo 6 de la Convención, en base a que la Secretaria de Estado para el Medioambiente jugaba un importante papel en la tramitación de las solicitudes para permisos de construcción, lo que impedía que los aspirantes recibieran un trato independiente e imparcial. Pero, en mayo, la *House of Lords* invirtió esa decisión, y sus razones sugieren un acercamiento cauteloso a la cuestión de la adjudicación de los derechos fundamentales. La Cámara de los Lores británica decidió que: «*En una sociedad democrática parece apropiado que la determinación de la política reguladora de la construcción y su aplicación en casos determinados haya de ser confiada a un administrador, como es el caso de la Secretaria de Estado, quien ha de responder frente al Parlamento en lo que*

³ DOUGLAS v *Hello! Ltd* [2001] 2 WLR 992 (CA)..

concierna a los aspectos políticos de su decisión; y ante el Tribunal Supremo por lo que respecta a la legitimidad e imparcialidad de su proceso de toma de decisión»⁴.

Ese mismo tipo de acercamiento se sugirió en una reciente sentencia del *Court of Appeal* inglés, en la que se sostuvo que «*un tribunal que revise judicialmente decisiones que impliquen a los derechos fundamentales no puede sustituir su propia opinión por la del ejecutivo. Existen áreas de enjuiciamiento, consideradas por las autoridades y las personas responsables, democráticamente elegidas, que han de ser necesariamente respetadas por los tribunales*»⁵.

Todas las decisiones comentadas aquí dejan en claro que los tribunales diferirán del ejecutivo y del legislativo en aquellas cuestiones relativas a la política y al poder sancionador —*policy and expediency*—. Puede parecer que los jueces que protegen los derechos fundamentales no deberían tener ningún tipo de deferencia para con ellos: después de todo, la *policy* y el *expediency* no son en modo alguno una excusa para el abuso contra los derechos humanos. Pero, de hecho, pienso que los tribunales británicos han comenzado de forma correcta. La Convención Europea sobre Derechos Humanos no prohíbe simplemente la tortura y el asesinato; también proporciona ciertos derechos en los procesos civiles y criminales, los cuales nunca pueden ser identificados sin hacer preguntas al *expediency*.

Y protege, además, las libertades que la propia Convención proclama como criterio para establecer los límites necesarios en una sociedad democrática, en aras a los variados intereses y metas públicas. Para ocuparse de esas características de la Convención, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo desarrolló la doctrina del «margen de apreciación», la cual reconoce la dificultad

⁴ *R. (on the application of Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, [2001] 2 WLR 1389, [2001] 2 All ER 929 (9 May, 2001).

⁵ *R. v Secretary of State for the Home Department Ex pane Isiko*, [2001] HRLR 15, [2001] ImmAR 291.

de evaluar en un tribunal internacional consideraciones relativas a la *policy* y al *expediency* dentro de una nación. Tal y como establece el Tribunal de Estrasburgo en el caso Handyside, en 1976, «*Las autoridades estatales, en principio, están en mejor posición que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de las limitaciones apropiadas respecto a las prerrogativas de la Convención*»⁶.

Esa doctrina se funda en un principio de subsidiaridad, principio que no se aplica a los tribunales ingleses. Sin embargo los casos recientes demuestran que los tribunales británicos tampoco prohibirán al gobierno un sometimiento discrecional fundado en un principio de *justiciability* en aquellos casos en que una agencia administrativa está más capacitada que un juez para tomar la decisión en cuestión. Sin olvidar los derechos fundamentales de las personas afectadas por la decisión, los jueces deberán delegar en esa agencia.

El desafío más grande al que se enfrentan los tribunales británicos —y el tema principal de mi comunicación— es la cuestión de los límites apropiados del respeto a otros *decisions makers*. Cuando una parte en el pleito discute acerca de si sus derechos fundamentales están en juego, ¿bajo qué circunstancias —si las hay— los jueces deben respetar la decisión de otros *decision makers*? ... ¿Cómo pueden éstos últimos respetar sin traicionar la idea de que son los jueces quienes han de acordar esos derechos? ... ¿Cómo pueden rechazar respetar, sin traicionar el respeto que a los jueces corresponde, acordar a otros *decison makers*? ...

Mi respuesta general a la cuestión de los límites de la deferencia (respeto), que intentaré explicar primero y defender seguidamente en el resto de mi conferencia, es que un tribunal debe respetarlos por razones de cortesía. Y que los principios de subsidiaridad en el Tribunal de Estrasburgo y de *justiciability* en los tribunales británicos, son principios de cortesía. Únicamente dichos principios

⁶ HANDYSIDE (1979-80) 1 EHRR737.

justifican la deferencia-respeto y su alcance es limitado. La cortesía nunca prohíbe a los jueces pensar y actuar en función de un punto de vista de los derechos fundamentales que difiera del de otro órgano de decisión. Para explicar esta opinión, me remitiré a los recientes progresos británicos, no en el sentido de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, sino en otro área de estudio que suscita interrogantes muy contestadas acerca de la cortesía: el alcance de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951.

II. EL SIGNIFICADO INTERNACIONAL: EL CASO ADAN

Las diferentes partes de la Convención de Ginebra han tomado unánimemente la decisión de no hacer regresar a sus países de origen a quienes huyeron debido al fundado miedo de ser perseguido por razones de raza, de religión, de nacionalidad, por su calidad de miembros de un grupo social determinado, o por sus opiniones políticas. Sin embargo, no todos los países europeos interpretan esta obligación de la misma manera. Las autoridades alemanas y francesas lo interpretaron como una obligación de proteger a las gentes de la persecución del *estado*. Y así un demandante de asilo en estos países debe demostrar que el agente de la persecución es una autoridad estatal o, por lo menos, que las autoridades estatales son, en cierta medida, cómplices en la misma. De otro modo quien solicite asilo no se considera un refugiado. Ésa es la llamada «teoría de la responsabilidad» reconocida por la Convención de Ginebra. En Gran Bretaña, sin embargo, los tribunales han acabado imponiendo al gobierno una interpretación diferente de la Convención de Ginebra: la denominada «teoría de la protección». Desde esta perspectiva, no se diferencia quién está involucrado en la persecución. Si las autoridades estatales del país del demandante del asilo proporcionan protección satisfactoria contra la persecución, entonces, por supuesto no hay ningún miedo fundado de persecución. Así, las acciones de las autoridades del esta-

do importan, pero no importa determinar si el estado es cómplice en la persecución. Como determinara *The House of Lords*: «si por cualquier razón el Estado en cuestión es incapaz de proporcionar la protección necesaria contra las facciones dentro del propio Estado, entonces, las calificaciones para la atribución del estatus de refugiado son completas»⁷.

Esta diferencia en la interpretación ha generado un serio problema político y legal. Muchas víctimas de persecuciones que escapan a Alemania y Francia, tienen así una nueva razón para huir otra vez a un país como Gran Bretaña: la de escapar de una interpretación de la Convención de Ginebra, según la cual no pueden ser considerados como refugiados. En Gran Bretaña, el 80% de los demandantes de asilo procedentes de Argelia, lo obtienen; en Francia, solamente el 5%⁸. Hay centenares de demandantes de asilo en el Reino Unido que previamente habían huido de Alemania y Francia debido a esta diferencia en la interpretación.

Uno de ellos es una mujer somalí llamada Lul Adan. Ella huyó a Alemania para escapar a la persecución de un clan rival; después, hubo de huir a Gran Bretaña para escapar de la interpretación alemana de la Convención de Ginebra. El gobierno británico intentó enviarla de nuevo a Alemania, y su caso llegó incluso hasta la Cámara de los Lores, dando como resultado una extraordinaria decisión sobre la cortesía que ha de imperar en la protección de los derechos humanos⁹.

⁷ *Adan v Secretary of State for the Home Department* [1999] 1 AC 293,306 per Lord Lloyd.

⁸ Véase, *R v Secretary of State for the Home Department, ex pane Adan and Aitseguer* [2001] 1 All ER 593 at 616.

⁹ *R v Secretary of State for the Home Department ex pane Adan and Aitseguer* [2001] 1 All E R 593. En este caso, Adan es diferente de la persona del caso anterior (en nota 7). Aitseguer abandonó Argelia, en dirección a Francia para escapar de la persecución de un Grupo Armado islámico. Viajó a Gran Bretaña para escapar de la interpretación francesa de la Convención de Ginebra, en virtud de la cual no tenía consideración de refugiado, ya que el gobierno argelino no estaba involucrado en la persecución.

El Parlamento inglés otorgó poder al gobierno para enviar a un demandante de asilo a un tercer país, mientras que el gobierno de ese país no le enviara a otro país «*de otra manera que no sea en concordancia con la Convención*»¹⁰. Ms Adan alegó que Alemania seguramente la enviaría de nuevo a Somalia de manera diferente a la establecida de acuerdo con la Convención de Ginebra, ya que la persecución a la que estaba sometida no tenía ninguna conexión con el Estado somalí: el clan rival a cuya persecución estaba sometida no era una autoridad del estado y, en consecuencia, ninguna autoridad estatal era cómplice en la persecución. De hecho, *ni había* autoridad estatal en Somalia.

El gobierno británico instó a Alemania para que se conformara con la Convención de Ginebra, puesto que en Gran Bretaña tenemos nuestra interpretación y los alemanes tienen la suya. Pero el hecho de que no estén de acuerdo con nosotros no significa que ignoren sus obligaciones según lo dispuesto en la Convención de Ginebra. Así pues, el gobierno británico adujo que Alemania no la enviaría de nuevo a Somalia «más que de acuerdo con la Convención».

En decisiones anteriores *The Court of Appeal* había sostenido que, antes de que un tercer país pueda alegar que no es seguro, «*el acercamiento del tercer país tendría que estar fuera del margen de tolerancia que se espera que un país signatario, como cuestión de cortesía, extienda a otro*»¹¹. El tribunal había alegado que existía un margen de apreciación en la interpretación de la Convención de Ginebra. Por tanto, parecía que el gobierno disponía de un buen argumento en el caso *Adan*: según el Derecho inglés, la cortesía requiere que los tribunales no consideren a Alemania como un tercer país inseguro, simplemente porque su interpretación de la Convención de Ginebra es diferente de la interpretación británica. Los tribunales deben ha-

¹⁰ Asylum and Immigration Act 1996 s.2(2)(c).

¹¹ *Kerrouche v Secretary of State for the Home Department* [1997] Imm AR 610 per Lord Woolf.

cer solamente tal cosa, si el acercamiento alemán está fuera del margen de las interpretaciones tolerables de la Convención de Ginebra.

La Cámara de los Lores rechazó este punto de vista. Los jueces sostuvieron que la Convención de Ginebra posee un «significado internacional» (*Internacional Meaning*). En lugar de entrar a considerar las condiciones locales en el país al que el demandante de asilo huye en primer lugar, el significado de la convención de Ginebra es «autónomo»¹². En principio, solamente puede haber una interpretación verdadera de un Tratado —una interpretación que explica «el verdadero significado autónomo e internacional del tratado»—. Y solamente puede haber un *meaning*¹³ verdadero. Según la Cámara de los Lores, ese significado único incluye la teoría de la protección y elimina la teoría de la responsabilidad. Por tanto, en la ley inglesa, el gobierno no podía enviar a Ms. Adan de nuevo a Alemania, ya que Alemania la enviaría de nuevo a Somalia en el momento en que no estuviese de acuerdo con la Convención de Ginebra.

¿Esa decisión era correcta? ... ¿Abandona la noción de cortesía, e incrementa una crítica descortés a Alemania (y Francia) como países que, uno, no cumplen con el respeto debido de los derechos fundamentales y, dos, no satisfacen sus obligaciones en cuanto al Derecho Internacional? ...

Los señores de la ley fueron requeridos para pronunciarse a este respecto, pero finalmente decidieron que debían aplicar la ley británica: Lord Steyn simplemente añadió: «ciertamente no tengo intención alguna de criticar las interpretaciones adoptadas de buena fe en Alemania y en Francia»¹⁴. Lord Hutton consideró que el argumento de la *Home Secretary* acerca de la cortesía tenía «poco peso», puesto que la tarea del tribunal era la de decidir si la *Home Secretary* había actuado de acuerdo con la ley, y no «pronunciarse acerca de la validez de una decisión de un

¹² [2001] 1 All ER 593 per Lord Steyn at 605.

¹³ Ibid.

¹⁴ At 606

tribunal francés o alemán»¹⁵. De forma semejante, lord Hobhouse añadió que «la pregunta no es la de la cortesía»¹⁶, sino la de decidir qué requiere la ley inglesa de la *Home Secretary*. Lord Slynn, por su parte, alegó que la decisión «de cualquier manera, no era contraria a la cortesía de las naciones u ofensiva para otros estados que la interpreten diferentemente y que ésta no suponía maledicciones por parte de los países implicados»¹⁷.

Con el debido respeto, en mi opinión, los jueces tenían razón al apreciar que la cortesía no requirió un margen de aprecio a la hora de interpretar la Convención de Ginebra. Pero, ¿por qué no? ... ¿Por qué la decisión de la Cámara de los Lores no está insultando y ofendiendo a las autoridades francesas y alemanas? ... Después de todo tal decisión afirma que esos países envían a refugiados de nuevo a enfrentarse a la persecución, contrariamente a lo estipulado en la Convención de Ginebra. Tendremos una mejor comprensión de la cortesía debida a la protección de los derechos fundamentales si podemos entender por qué para la Cámara de los Lores inglesa era correcto decidir el caso tal y como lo hizo, y por qué la decisión no constituía una brecha para la cortesía.

III. LA CORTESÍA: EL MODELO JUDICIAL

¿Qué requiere la cortesía? Considerar el modelo de la cortesía inmerso en el banco de jueces de un Tribunal de apelación de la *common law*¹⁸. Este modelo resulta útil, ya que tales jueces se comportan típicamente con impecable cortesía; lo que no quiere decir que se trate de parangones de la cortesía: sólo que el desempeño de sus funciones les

¹⁵ At 613.

¹⁶ At 618.

¹⁷ At 598.

¹⁸ Los principios básicos que trato de identificar harían alusión a la conducta de los jueces que actúan individualmente en los procesos de apelación, así como a los jueces en los sistemas de derecho civil.

proporciona recursos e incentivos necesarios para actuar con cortesía.

La cortesía de los jueces presenta dos características notables, que sin embargo parecen contrarias. En primer lugar, los jueces generalmente no se critican entre ellos. En segundo lugar, los jueces generalmente discrepan los unos de los otros. De hecho, discrepan libremente: los jueces de un tribunal de apelación son libres de invalidar una decisión de un tribunal inferior. Son libres de adoptar un punto de vista diferente de las opiniones expresadas por otros jueces en casos anteriores, pese a que la doctrina precedente los requiera como una cuestión de derecho que fundamente la decisión sobre la base de un precedente. Son libres de disentir con los demás en la decisión de un caso. A veces incluso llegan a admitir que vacilan cuando sostienen una opinión diferente de la de otro juez, pero a menudo se trata de una forma de expresar respeto por las opiniones de dicho juez e, incluso en tales casos, nunca dejan de discrepar los unos con los otros. El mero hecho de que otro juez «sentado en el mismo banco» (o *en appeal*, el juez de un tribunal inferior) ha adquirido tal o cual opinión nunca es, en sí mismo, una razón para cualquier proposición de ley. Esta libertad de discrepar, hemos de decir que constituye realmente una *responsabilidad*: se consideraría incorrecto que un juez difiriera de otros en lo que se refiere a los requisitos de la ley.

La libertad de discrepar, y la responsabilidad de estar preparado para discrepar, son absolutamente contrarias a esa práctica habitual de los jueces de no criticarse mutuamente. Por supuesto que los jueces implicados en el proceso civil esperan no ser invalidados, y los jueces encargados de la apelación esperan saber persuadir a la mayoría para que convenga con sus razones. Sin embargo, pienso que los jueces generalmente no consideran que el desacuerdo, en sí mismo implique ninguna forma de crítica adversa o de condenación. Imagínense que un juez disidente dijese lo siguiente: *la mayoría ha dejado de seguir la ley, lo que significa que ésta no ha satisfecho su obliga-*

ción judicial de hacer justicia a las partes de acuerdo con la ley. Han violado sus juramentos como jueces.

Sería, pues, una ruptura de la cortesía y convertiría la posición disidente del juez en absurda. Pero puede ser que digan ustedes ¿qué es lo que pasa si la opinión del juez disidente de la ley es *correcta*? ... Si el intento del juez y la mayoría en de la *Court of Appeal* inglesa malinterpretara una ley o se equivocara a la hora de otorgarle valor de precedente, ¿sería verdaderamente importante? ... Si ése es el caso, el juez en su intento, así como la mayoría de los jueces de *The Court of Appeal*, pese a que puedan haber actuado de buena fe, merecen ser criticados por no haber podido mantener el valor de la ley y no proporcionar eficacia a los derechos legales de las partes. Con todo —y aquí resurge la cuestión de la cortesía—, no es el papel del juez disidente ser un intrigante, llevando a otros jueces a la misma actitud. Hacer tal cosa supondría una ruptura de la cortesía.

Por supuesto que no quiero decir que los jueces sean siempre corteses. La práctica legal americana, en particular, ofrece muchos ejemplos de jueces que muestran su desprecio hacia otros jueces. El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha decidido recientemente por mayoría que los americanos inhabilitados —en base a la *Disability Act*— puedan requerir a la Asociación Profesional de Golf que permita que un jugador de golf con un desorden circulatorio utilice un carrito del golf en sus campeonatos. En una disensión muy animada, el juez Scalia escribió que «la sentencia distorsiona el texto del título III de la *Disability Act*, la estructura del ADA, y el sentido común»¹⁹; tildando a las partes de la decisión adoptada por mayoría «de absolutamente increíbles»²⁰ y «ridículos»²¹, alegando que la mayoría de las partes contesta de forma incorrecta «un pregunta increíblemente tonta»²², y concluye remitiéndose a

¹⁹ *PGA Tour, Inc v Martin*, 121 S Ct 1879, US Or, 2001, decided May 29, 2001 at 1898.

²⁰ Ibid:1900.

²¹ Ibid:1904.

²² Ibid:1903.

la sentencia del Tribunal: «*this Court's Kafkaesque determination... its Alice in Wonderland determination... its Animal Farm determination*»²³. ¿Era esto una ruptura de la cortesía? ... La respuesta no es obvia: incluso en esta sentencia, el juez Scalia pedía que se disintiera «respetuosamente»²⁴. Quizás, la cultura legal y judicial en América permite a los jueces que se respeten mientras que se critican entre sí en términos que serían ofensivos e insultantes en otros lugares. Así pues, si mostró desacato, constituía una ruptura de la cortesía por parte del juez Scalia por decir lo que dijo, incluso si instaba a que se hablase respetuosamente, e incluso cuando decía la verdad.

¿Cómo podría constituir una ruptura de la cortesía el que se diga la verdad? ... Porque la cortesía, por una parte, no requiere el acuerdo, ni, por otra parte, permite que se efectúe una crítica sincera. La cortesía requiere que los jueces respeten la función de los otros en un sistema de justicia, que se apoyen (en la medida en que puedan) mutuamente para realizar esa función, y que no hagan nada para interferir en la oportunidad de los demás y en la capacidad de desempeñar su papel. La cortesía requiere que se les permita trabajar juntos, de forma que se promueva el ejercicio de la justicia de acuerdo con la ley²⁵.

Supongamos que, en el caso *Adan*, la *Court of Appeal* hubiese dictado sentencia a favor del gobierno británico. Entonces habría sido posible para la Cámara de los Lores dar la vuelta a la decisión dictada en apelación, sin que por un momento se sugiera, incluso implícitamente, que la posición de los jueces del tribunal inferior no hubiera respetado los derechos fundamentales o que no hubiera cum-

²³ Ibid:1905.

²⁴ Ibid:1898.

²⁵ El deber judicial de perseguir la cortesía no es absoluto: las razones que justifican el que no se trabaje junto a las personas o instituciones, pero únicamente en base a ellas, no puede perseguir la cortesía. Los jueces de una jurisdicción normalmente aluden a dichas razones porque éstas forman parte del mismo sistema de justicia. El deber de las naciones de actuar con cortesía es mucho más frágil que el deber de los jueces, ya que es muy corriente el que una nación tenga alguna razón que justifique que no trabaje junto a otra nación.

plido con su obligación judicial de hacer justicia de acuerdo con la ley. Si eso es posible, entonces también es posible que la Cámara de los Lores llegue a una interpretación de la Convención de Ginebra diferente de la de Alemania (e incluso imponerla ante el gobierno británico), sin que por lo tanto se pueda sugerir que el gobierno y los tribunales alemanes o el gobierno británico no cumplan con el respeto debido a los derechos fundamentales, o no satisfagan sus obligaciones en Derecho Internacional en el cumplimiento derivado de la Convención de Ginebra.

Debemos tener presente este principio básico de la cortesía: rechazar el punto de vista que alguien tiene de la ley, y actuar teniendo como base ese rechazo, no implica, en sí mismo, mostrar falta de respeto.

IV. DECIDIENDO EL CASO ADAN

Por todo ello, el respeto apropiado por parte de las autoridades alemanas no requiere un margen de apreciación en la interpretación de la Convención de Ginebra. Tampoco requiere ninguna clase de laxitud discrecional del juicio. Aquí los principios de la cortesía —*subsidiarity* y *justiciability*— no requieren ninguna deferencia. No se aplica ningún tipo de consideraciones de subsidiaridad, debido fundamentalmente a la naturaleza de los problemas: la cuestión acerca de si la Convención de Ginebra debe ser entendida como un ofrecimiento para la protección de *Ms. Adan*, no depende de ninguna manera de la historia de Alemania, de sus prácticas o de su cultura legal (o, en nuestro caso, de la historia británica, sus prácticas o cultura). Y las consideraciones de *justiciability* generalmente no se plantean en cuestiones relativas a la interpretación de una convención internacional referente al asilo político. Por supuesto que hay muchas preguntas sobre la naturaleza de la amenaza que pesa sobre *Ms. Adan* que pueden ser contestadas mejor gracias al acceso del gobierno a la información, tanto en lo referente a la situación política en Somalia, como en lo que respecta a lo que hagan probable-

mente las autoridades alemanas. Pero como todas esas preguntas se relacionan con la aplicación de la convención de Ginebra, son completamente justiciables, y el gobierno evidentemente puede proporcionar la información a la que tiene acceso especial.

Así pues, en aquella interpretación de la Convención de Ginebra no existía razón alguna para que la Cámara de los Lores difiriera de Alemania sobre la base de subsidiariedad, o del gobierno británico sobre la base de *justiciability*. *Subsidiarity* y *Justiciability* son los principios centrales de la cortesía, y no había ninguna razón de cortesía para que se paralizara de la manera en que se hizo la decisión en el caso *Adan*.

Eso no significa que Alemania y Francia no merezcan ninguna crítica por haber adoptado la teoría de la responsabilidad, o que el gobierno británico a su vez no mereciera también otra crítica por haber intentado enviar a *Ms. Adan* de nuevo a Alemania (o por intentar adoptar la teoría de la responsabilidad hasta que los tribunales británicos impusieran una interpretación diferente). Pero sí significa que era posible que la Cámara de los Lores decidiera que la ciudadana somalí no fuera legalmente enviada de vuelta a Alemania, sin que por ello se mostrara una falta de cortesía hacia las autoridades alemanas o el gobierno británico. Ese es el motivo —que yo propongo aquí— por el que los jueces tenían razón en rechazar el argumento del gobierno acerca de la cortesía con Alemania y Francia. Los jueces en el caso *Adan* no mostraron falta de respeto para con las autoridades alemanas o francesas: sus decisiones habrían mostrado únicamente una falta de respeto con un juez que disiente.

V. CONCLUSIÓN

De esta discusión en torno a la cortesía, ¿qué conclusiones generales podemos sacar respecto a la protección de los derechos fundamentales en el siglo XXI? ...: Podemos concluir que un tribunal nacional que aplica tratados multila-

terales debe prestar atención a las consideraciones de *subsidiarity* y *justiciability* que le obligan a veces a diferir de «la unanimidad en todos aquellos problemas que nos dejan perplejos, creados por tratados multilaterales, lo cual es inalcanzable. Los tribunales nacionales solamente deben hacer todo lo que esté en sus manos a fin de reducir los desacuerdos al mínimo. Pero, en última instancia, no disponen de ninguna otra opción a la hora de aplicar lo que consideran que son los significados autónomos», las opiniones de otros *decision makers*. Pero allí donde ninguna de esas razones de deferencia se aplica, el tribunal debe actuar lo mejor posible para hacer justicia sin vacilar cuando alcanza conclusiones contrarias a las de su propio gobierno, o a las de los gobiernos y los tribunales de otros países. Como *The House of Lords* manifestó en el caso Adan:

«La unanimidad en todos aquellos problemas que nos dejan perplejos, creados por tratados multilaterales, es inalcanzable. Los tribunales nacionales solamente deben hacer todo lo que esté en sus manos a fin de reducir los desacuerdos al mínimo. Pero, en última instancia, no disponen de ninguna otra opción a la hora de aplicar lo que consideran que son los significados autónomos»²⁶.

Eso es un aspecto importante. No obstante, con el debido respeto, considero que podemos afirmarlo todavía más rotundamente: incluso un tribunal nacional no debe, necesariamente, hacer todo lo que esté en su mano para reducir al mínimo el desacuerdo; únicamente ha de hacerlo allí donde las consideraciones de subsidiaridad lo requieran²⁷.

Puede parecer que podríamos trazar otra conclusión aún más importante: si generalmente no es tarea de un tribunal nacional alcanzar la uniformidad en la aplicación de las convenciones multilaterales con respecto a los dere-

²⁶ Adan 606, per Lord Stevn.

²⁷ En cualquier caso, en el caso Adan el tribunal habría podido hacer poco para alcanzar cierta coherencia en la aplicación de la convención de Ginebra: si los tribunales británicos habían diferido al tribunal alemán la interpretación de la Convención para el caso Adan, habrían creado simplemente una incoherencia entre el tratamiento recibido por los refugiados que huyen de Somalia a Alemania, y el tratamiento recibido por los refugiados que huyen a Gran Bretaña.

chos fundamentales, tal vez las naciones deban crear un tribunal que goce de autoridad suficiente para poder resolver el desacuerdo²⁸.

La conclusión es atractiva, pero ha de ser tratada cuidadosamente. El mero hecho de que Alemania y Francia discrepen con el desacuerdo reinante en el Reino Unido no trae como efecto el emplazamiento del caso dentro de un foro internacional. Si algunos países defienden una interpretación injusta de la Convención de Ginebra, un tribunal internacional no podrá hacer que mejore esa situación, a menos que éste opte por el mejor acercamiento a la cuestión. Se me ocurren dos argumentos generales posibles a favor de dicho tribunal: el primero (1) es que es más probable que un tribunal internacional pueda dar una interpretación justa de un tratado multilateral; o, como segundo argumento (2), que la consistencia ha de ser perseguida con independencia de que las decisiones de un tribunal internacional serán más justas que las alternativas.

Lo que he dicho hoy no proporciona cualquier clase de argumento, aunque ofrezca parte de un argumento de la primera clase (1) mencionada: hasta el punto de que las consideraciones locales sean irrelevantes para la aplicación de los instrumentos para la protección de los derechos fundamentales; y hasta el punto de que sean perjudiciales para su interpretación, es más probable que pueda hacer justicia un tribunal internacional cuidadosamente diseñado que los tribunales nacionales, en la medida en que éste estará aislado de posibles preocupaciones locales y de la cultura legal en la que éstas son tratadas como significativas. Y de hecho, parece más plausible que se afirme que sería más probable que un tribunal internacional se adhiriera a la teoría de la protección más que a la teoría de la responsabilidad.

²⁸ GUY GOODWIN-GILL analiza la necesidad de una autoridad internacional para alcanzar una interpretación constante y coherente de la Convención de Ginebra en «The Margin of Appreciation: Different or Disparate?», (1999) 11 *International Journal of Refugee Law* 730 [citado y comentado en la Decisión del caso *Adan. Court of Appeal*]

Pero eso es sólo una parte de la argumentación a favor de un tribunal internacional. Incluso en el marco de la Ley reguladora del asilo político, las consideraciones locales no son irrelevantes. En la medida en que *Ms. Adan* se encuentra sometida a una persecución que justifica precisamente que se la trate como refugiado político, ésta es una cuestión que nada tiene que ver con Alemania. Sin embargo, los hechos relativos a Alemania son de gran importancia respecto a *otras* cuestiones referentes a cómo la Convención de Ginebra ha de ser aplicada en territorio alemán. Puesto que el asesinato y el secuestro afectan a los mismos intereses humanos fundamentales que la persecución política, ¿por qué las protecciones extremadamente vagas de la Convención de Ginebra no se han de interpretar de forma aleatoria, a fin de conceder en Alemania los derechos propios para los refugiados a cada víctima potencial del crimen en Johannesburgo o Los Ángeles, o a cada víctima potencial de una guerra civil? ... Las razones son hechos que atañen a la propia naturaleza de Alemania y de otras partes signatarias de la Convención de Ginebra; hechos que han de ser entendidos para llegar a conocer el contexto en el que se firmó la Convención de Ginebra y, por lo tanto, para otorgarle una interpretación verdadera.

Son los hechos que justifican la regulación de la inmigración y que justifican asimismo el control nacional que se ejerce sobre esa regulación. Son las razones por las que las diferentes partes de la Convención de Ginebra acordaron conceder ciertos derechos a los *refugiados*, sin convenir en afirmar simplemente el derecho universal a establecerse en otros países. Un tribunal que se encontrara aislado de las preocupaciones especiales y de la cultura legal de un país estaría libre de las influencias que pudieran distraerle en el correcto desempeño de sus tareas, pero también se encontraría alejado de algunas preocupaciones genuinas que son muy relevantes para determinar la justicia o injusticia en la concesión del estatus de refugiado.

El aislamiento de un tribunal internacional contaría inequívocamente a su favor (como, de hecho, cuenta a fa-

vor de los tribunales internacionales; por ejemplo, en el caso de los crímenes de genocidio) si las determinaciones del estatus de refugiado no tuviesen nada que ver con los intereses y las condiciones del país en el cual se solicita el asilo. Puesto que ese no es el caso, el argumento a favor de la formación de un tribunal internacional necesita demostrar no sólo que tal cuerpo estaría mejor aislado de consideraciones locales inaplicables, sino *también* que, a la hora de interpretar la Convención de Ginebra, prestaría atención a los intereses del país al que un demandante de asilo huye y que no sucumbiría a la tentación de ampliar irresponsablemente las protecciones de la Convención. Aceptar la jurisdicción de un tribunal internacional para determinar el estatus del refugiado supondría que permitiéramos a una autoridad independiente ejercer un control sobre grandes partes de la Ley de asilo, de la que cabría esperar que actuaría creativamente, y quizás dramáticamente. Para que cualquier abogado europeo pudiera dar cuenta de eso, basta con pensar por un momento en la manera en la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado la legislación de la Unión Europea, o pensar en la manera en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado el articulado de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

¿Qué es del segundo argumento (2)? ¿La coherencia ha de ser perseguida, incluso sin importar la justicia? ... Hay una buena razón para justificar la coherencia, para evitar *«the forum shopping»* que aparecen cuando los *asylum seekers* miran a su alrededor buscando una jurisdicción con una política favorable. Pero ésa nunca puede ser una razón que opere sin importarles la justicia. Si una jurisdicción actúa injustificadamente la única solución apropiada al problema que resulta de *las compras del foro* es la de eliminar la injusticia. Si una jurisdicción concede a los aspirantes de asilo una recepción de sus solicitudes excesivamente favorable, para dicha jurisdicción la solución pasa por validar la afluencia proveniente del *foro de compradores*, o tan sólo por imponer restricciones. De cual-

quier manera, *the forum shopping* proporciona suficientes razones para la creación de un tribunal internacional.

Con todo, existe una cierta atracción hacia la idea de la coherencia. Imaginemos una situación hipotética: supongamos que Gran Bretaña unas veces actuara en base a la teoría de la protección y otras veces en base a la teoría de la responsabilidad. Se ha de admitir que el problema aquí no *sólo* sería el de la injusticia en aquellos casos en los que actuase en base a la teoría de la protección. Un problema adicional sería además que el sistema legislativo británico no podría dar una justificación para tal acercamiento, lo que explicaría los diferentes resultados. No podrían, entonces, ser tratados como casos iguales. La justificación de tratarlos como casos iguales, conviene decir que es exagerado (después de todo, en el supuesto que hemos imaginado la única manera de *mejorar* el tratamiento de las cuestiones sería comenzar a tratar todos los casos *justamente*). Pero el aspecto de esta discusión que deseo acentuar aquí es que la incoherencia sería solamente un problema de clase debido a la naturaleza del sistema legislativo británico, es decir: su carácter como sistema de patrones para la vida pública en una comunidad que aspira a actuar como una nación.

Y entonces la cuestión acerca de si ha de ser un solo tribunal el que decida los casos en el Reino Unido y en Alemania es, en parte, una cuestión acerca de si el Reino Unido y Alemania han de ser partes de un mismo sistema, y si es así, en qué sentido. Y ello implica, por supuesto, la cuestión general sobre la proporción en la que las diferentes naciones han de actuar como una sola, así como la cuestión particular de la naturaleza apropiada de la Unión Europea.

Por su parte, el gobierno británico podría considerar la posibilidad de actuar en concierto con Alemania o Francia. Sin embargo ha dado efectividad a dicha posibilidad de manera incorrecta. Gran Bretaña no está presionando en la esfera internacional para la constitución de un tribunal internacional que determine el estatus del refugiado. En su lugar (en respuesta a la decisión del caso *Adan*), el Par-

lamento británico dictó una disposición en la que se juzgaba a todo Estado miembro de la Unión Europea como un tercer país seguro, con independencia de la forma en la que interpreta la Convención de Ginebra²⁹. Así pues, el satisfactorio efecto que se deriva de la decisión del caso *Adan* se ha visto eliminado por los futuros *asylum seekers* que procedan de otro país europeo de la Unión. El gobierno británico ha optado así por solucionar el problema del *forum-shopping* a costa de la justicia.

Esta acción recuerda, una vez más, que actuar con cortesía es un deber del ejecutivo y de la legislatura, y no solamente de los tribunales. Los políticos no son necesariamente peores que los jueces en el cumplimiento de dicho deber, pero para el caso de los políticos éste requiere la ciencia de los estadistas. Disipar un acto vergonzoso de un aliado se vincula al deber de ser gratificante con el aliado. Pero no es necesariamente un acto de cortesía. Así, la aplicación de la Convención de Ginebra justamente, de acuerdo con sus términos, nunca podría mostrar una carencia de cortesía, con independencia de quién discrepe.

²⁹ *Immigration and Asylum Act 1999*, c.33 s.11.