



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
POSGRADO EN DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

LOS PRINCIPIOS COMUNES A LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

**TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE DOCTORA EN DERECHO**

**PRESENTA:
VIRDZHINIYA PETROVA GEORGIEVA**

**TUTOR PRINCIPAL:
DOCTOR RICARDO MÉNDEZ-SILVA,
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**COMITÉ TUTOR:
DOCTOR MANUEL BECERRA RAMÍREZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DOCTOR JUAN CARLOS VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES,
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO D.F, MARZO DE 2014**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

Introducción	p. 10
I. Coordinación, coherencia y “judicialización”.....	p. 12
II. “Compartimentación” y “judicialización”.....	p. 24
III. Metodología.....	p. 31
Capítulo 1: La “judicialización” del Derecho internacional	p. 36
1. La multiplicación de los Tribunales internacionales: un fenómeno reciente.....	p. 37
2. Los factores que propiciaron la multiplicación de los Tribunales internacionales.....	p. 48
3. La especialización de los Tribunales internacionales: característica principal de la “judicialización” del Derecho internacional.....	p. 79
4. La ausencia de vínculos formales entre los Tribunales internacionales: reto fundamental de la “judicialización” del Derecho internacional.....	p. 94
Capítulo 2: La naturaleza de los principios comunes a los Tribunales internacionales	p. 115
1. Los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional.....	p. 117
2. Los principios generales del Derecho: principios comunes a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional.....	p. 136
3. Los principios generales del Derecho: principios comunes al ejercicio de la función judicial internacional.....	p. 148
4. Los principios generales del Derecho: una concepción común del “Derecho del Derecho” en el Derecho internacional.....	p. 154
5. Los principios generales del Derecho: elementos de un “Derecho internacional general”, común a los Tribunales internacionales.....	p. 164
6. Los principios generales del Derecho: “ley aplicable” ante todos los Tribunales internacionales.....	p. 174
7. La clasificación de los principios generales del Derecho.....	p. 191
Capítulo 3: La aplicación concordante de principios comunes por parte de los Tribunales internacionales	p. 194
1. Las convergencias en la aplicación de principios procesales, comunes a los Tribunales internacionales.....	p. 194
A. El principio <i>compétence de la compétence</i>	p. 196
B. El principio <i>Nemo iudex in causa sua</i>	p. 211
C. El principio <i>lura novit curia</i>	p. 246
D. El principio de <i>res iudicata</i>	p. 269
2. Las similitudes en la aplicación de principios sustanciales, comunes a los Tribunales internacionales.....	p. 295

A. El principio de <i>bona fides</i>	p. 297
B. El principio de <i>estoppel</i>	p. 303
B. El principio <i>Pacta sunt servanda</i>	p. 326
Capítulo 4: La función de los principios comunes a los Tribunales internacionales en relación con la “judicialización” del Derecho internacional	p. 343
1. La especialización de los Tribunales internacionales y la generalidad de los principios comunes.....	p. 343
2. El desarrollo de vínculos informales entre los Tribunales internacionales sobre la base de los principios comunes.....	p. 361
3. Las consecuencias de la existencia de vínculos informales entre los Tribunales internacionales.....	p. 384
4. Los principios comunes a los Tribunales internacionales: principios comunes a los jueces internacionales.....	p. 397

ÍNDICE DETALLADO

Introducción	p. 10
I. Coordinación, coherencia y “judicialización”.....	p. 12
II. “Compartimentación” y “judicialización”.....	p. 24
III. Metodología.....	p. 31
Capítulo 1: La “judicialización” del Derecho internacional	p. 36
1. La multiplicación de los Tribunales internacionales: un fenómeno reciente.....	p. 36
2. Los factores que propiciaron la multiplicación de los Tribunales internacionales.....	p. 42
A. El final de la Guerra Fría.....	p. 49
B. La “globalización” y la “regionalización” de la economía mundial.....	p. 53
C. La ampliación del ámbito de aplicación material del Derecho internacional.....	p. 57
D. La importancia de los actores no estatales en la esfera de las relaciones internacionales.....	p. 61
E. La relativización del carácter consensual de la justicia internacional.....	p. 71
3. La especialización de los Tribunales internacionales: característica principal de la “judicialización” del Derecho internacional.....	p. 79
A. La especialización de los Tribunales internacionales y su relación con la “compartimentación” del Derecho internacional.....	p. 79
B. Los Tribunales internacionales: ¿“ <i>self-contained regimes</i> ”?.....	p. 87
4. La ausencia de vínculos formales entre los Tribunales internacionales: reto fundamental de la “judicialización” del Derecho internacional.....	p. 94
A. Los problemas que surgen de la “descentralización” de los Tribunales internacionales.....	p. 95

B. Las posibles soluciones a los problemas resultantes de la “descentralización” de los Tribunales internacionales.....p. 106

Capítulo 2: La naturaleza de los principios comunes a los Tribunales internacionales.....p. 115

1. Los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional.....p. 117

A. La distinción entre los principios generales del Derecho y otros principios aplicables en el ámbito internacional.....p. 117

B. Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho internacional.....p. 122

a) La inclusión de los principios generales del Derecho en el artículo 38 del Estatuto de la CPJI.....p. 122

b) Una fuente autónoma del Derecho internacional.....p. 130

c) La relación no-jerárquica de los principios generales del Derecho con las demás fuentes del Derecho internacional.....p. 132

2. Los principios generales del Derecho: principios comunes a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional.....p. 136

A. El reconocimiento de los principios generales del Derecho *in foro domestico* de las “naciones civilizadas”.....p. 136

B. Los procedimientos de identificación de los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional.....p. 142

3. Los principios generales del Derecho: principios comunes al ejercicio de la función judicial internacional.....p. 148

4. Los principios generales del Derecho: una concepción común del “Derecho del Derecho” en el Derecho internacional.....p. 154

5. Los principios generales del Derecho: elementos de un “Derecho internacional general”, común a los Tribunales internacionales.....p. 164

6. Los principios generales del Derecho: “ley aplicable” ante todos los Tribunales internacionales.....p. 174

7. La clasificación de los principios generales del Derecho.....p. 191

Capítulo 3: La aplicación concordante de principios comunes por parte de los Tribunales internacionales.....p. 194

1. Las convergencias en la aplicación de principios procesales, comunes a los Tribunales internacionales.....p. 194

A. El principio *compétence de la compétence*.....p. 196

a) La *compétence de la compétence* como parte de los poderes inherentes de los Tribunales internacionales.....p. 196

b) La cristalización del principio *compétence de la compétence* en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales.....p. 201

c) La aplicación concordante del principio <i>compétence de la compétence</i> en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.....	p. 201
B. El principio <i>Nemo iudex in causa sua</i>	p. 211
a) La doble exigencia del principio <i>Nemo iudex in causa sua</i> : la independencia y la imparcialidad de los jueces internacionales.....	p. 212
b) La cristalización del principio <i>Nemo iudex in causa sua</i> en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales.....	p. 219
c) La aplicación convergente del principio <i>Nemo iudex in causa sua</i> en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.....	p. 233
C. El principio <i>lura novit curia</i>	p. 246
a) El objetivo del principio <i>lura novit curia</i> : distinguir la función judicial de la de las partes en una controversia.....	p. 246
b) La aplicación concordante del principio <i>lura novit curia</i> en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.....	p. 249
c) Las excepciones a la aplicación del principio <i>lura novit curia</i> por parte de los Tribunales internacionales.....	p. 255
D. El principio de <i>res iudicata</i>	p. 269
a) La función del principio de <i>res iudicata</i> : garantizar el carácter definitivo y obligatorio de las sentencias judiciales.....	p. 269
b) La cristalización del principio de <i>res iudicata</i> en los Estatutos constitutivos de los Tribunales internacionales.....	p. 276
c) La aplicación convergente del principio de <i>res iudicata</i> en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.....	p. 278
2. Las similitudes en la aplicación de principios sustanciales, comunes a los Tribunales internacionales.....	p. 295
A. El principio de <i>bona fides</i>	p. 297
B. El principio de <i>estoppel</i>	p. 303
a) La función del principio de <i>estoppel</i> : promover la consistencia de los comportamientos individuales.....	p. 303
b) La aplicación convergente del principio de <i>estoppel</i> en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.....	p. 308
C. El principio <i>Pacta sunt servanda</i>	p. 326
a) El objetivo del principio <i>Pacta sunt servanda</i> : garantizar la obligatoriedad de los compromisos acordados.....	p. 326
b) La aplicación concordante del principio <i>Pacta sunt servanda</i> en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.....	p. 332
Capítulo 4: La función de los principios comunes a los Tribunales internacionales en relación con la “judicialización” del Derecho internacional.....	p. 343

1. La especialización de los Tribunales internacionales y la generalidad de los principios comunes.....	p. 343
A. La existencia de principios generales, comunes a los Tribunales internacionales y la inexistencia de “ <i>self-contained regimes</i> ”.....	p. 343
B. La ausencia de conflictos de jurisprudencia sobre los principios generales, comunes a los Tribunales internacionales.....	p. 355
2. El desarrollo de vínculos informales entre los Tribunales internacionales sobre la base de los principios comunes.....	p. 361
A. La existencia de un “diálogo jurisprudencial” sobre los principios comunes a los Tribunales internacionales.....	p. 361
B. La coordinación informal de los Tribunales internacionales por medio del “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes.....	p. 372
3. Las consecuencias de la existencia de vínculos informales entre los Tribunales internacionales.....	p. 384
A. La conformación de una “red judicial internacional”.....	p. 384
B. La conformación de un sistema de justicia internacional.....	p. 389
4. Los principios comunes a los Tribunales internacionales: principios comunes a los jueces internacionales.....	p. 396
A. Los factores sociológicos detrás de la existencia de principios comunes a los jueces internacionales.....	p. 396
B. Los factores epistémicos detrás de la existencia de principios comunes a los jueces internacionales.....	p. 406
Conclusiones	p. 413
Fuentes consultadas	p. 419
Jurisprudencia	p. 440

LISTA DE ABREVIATURAS

- CAN:** Comunidad Andina de Naciones
- CARICOM:** Comunidad del Caribe
- CDI:** Comisión de Derecho Internacional
- CEDH:** Corte Europea de Derechos Humanos
- CIADI:** Centro Internacional para el Arreglo de las Controversias sobre Inversiones
- CIDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CIJ:** Corte Internacional de Justicia
- CPA:** Corte Permanente de Arbitraje
- CPI:** Corte Penal Internacional
- CPJI:** Corte Permanente de Justicia Internacional
- MCCM:** Mercado Común Centroamericano
- Mercosur:** Mercado Común del Sur
- OA:** Órgano de apelación
- OEA:** Organización de Estados Latinoamericanos
- OMC:** Organización Mundial del Comercio
- ONU:** Organización de las Naciones Unidas
- ORD:** Órgano de resolución de controversias
- TIDM:** Tribunal Internacional para el Derecho del mar
- TJCA:** Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
- TJCE/TJUE:** Tribunal de justicia de las Comunidades europeas/Tribunal de justicia de la Unión europea
- TLCAN:** Tratado de Libre Comercio de América del Norte
- TPIR:** Tribunal Penal Internacional para Ruanda
- TPIY:** Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
- SDN:** Sociedad de Naciones
- UE:** Unión Europea

GLOSARIO DE TÉRMINOS EN LATIN

Amicus curae/amici curae: Amigo de la Corte/amigos de la Corte

Bona fides: Buena fe

Erga omnes: Frente a todos

Ex aequo et bono: De acuerdo con lo correcto y lo bueno

Ex officio: Por virtud del oficio

Forum non conveniens: Foro no apropiado

In dubio pro reo: La duda favorece al acusado

In foro domestico: En el foro nacional

Inter alia: Entre otras cosas

Ipsa facto: Por el hecho

Ipsa iure: Por el Derecho

Iura novit curia: El juez conoce el Derecho

Iuris dictio: Decir el Derecho

Ius cogens: Derecho imperativo

Ius commune: Derecho común

Ius gentium: Derecho de naciones

Ius inter gentes: Derecho entre naciones

Ius necessarium: Derecho necesario

Ius voluntarium: Derecho voluntario

Lex posterior derogat legi anteriori: La ley posterior deroga a las leyes anteriores

Lex specialis generalibus derogant: La ley especial deroga a las generales

Lex superior derogat legi inferiori: La ley superior deroga a las leyes inferiores

Litis pendens: Litispendencia

Locus standi: Derecho de audiencia

Modus operandi: Modo de operar

Modus vivendi: Modo de vivir

Nemo iudex in causa sua: Nadie debe ser juez de su propia causa

Non bis in idem: No dos veces por la misma causa

Non liquet: No está claro

Nullus commodum capere de sua iniuria propria: Nadie puede aprovecharse de su propia incorrección

Nullum crimen nulla poena sine lege: Ningún crimen, ninguna pena sin ley previa

Obiter dictum: Dicho de paso

Onus probando actori incumbit: La carga de la prueba incumbe al actor

Pacta sunt servanda: Los pactos deben de ser cumplidos

Prima principiae: Primeros principios

Primus inter pares: El primero entre iguales

Principium: Principio

Proprio motu: Por la propia iniciativa/autoridad

Ratione loci: Por razón del lugar

Ratione materiae: Por razón de la materia

Ratione personae: Por razón de la persona

Recta ratio: Recta razón

Res iudicata: Cosa juzgada

Societas Gentium: Sociedad de las naciones

Stare decisis et non quieta movere: Mantener lo decidido y no perturbar lo ya establecido

Ubi societas, ubi ius: Donde hay sociedad, hay Derecho

Unus testis nullus testis: Un testigo solo, testigo nulo

“Because international society is becoming more decentralized, the need to identify the basic governing principles of international law becomes more evident, since it is this element that insures its integration and coherence.”¹

INTRODUCCIÓN

La multiplicación de los Tribunales internacionales es un fenómeno reciente que sorprendió a muchos estudiosos del Derecho internacional. Hace apenas 8 años, mi eminente profesor de Derecho internacional público, Dominique Carreau, dedicaba una sola clase al estudio de las jurisdicciones internacionales. Según el profesor Carreau, la función de los jueces en el orden jurídico internacional era mucho menos significativa que la de los jueces internos.² En el mismo sentido, para Alexander Hamilton, los Tribunales internacionales eran “el más débil de los tres poderes”³ en el sistema jurídico internacional. En la opinión de Michel Virally, “la debilidad del Derecho internacional” siempre se había relacionado con la ausencia de un juez que resuelva las controversias entre los Estados miembros de la Comunidad internacional.⁴

Estas opiniones doctrinales reflejaban una realidad histórica indiscutible. En efecto, la “debilidad” de los mecanismos judiciales de arreglo de los litigios caracterizó al Derecho internacional por más de 3 siglos.⁵ Durante la mayor parte de su existencia, el sistema jurídico internacional sufría notoriamente de la

¹ Orrego Vicuña, Francisco y Pinto, Christopher, *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century*, Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First International Peace Conference, C.E. Doc. CAHDI (98). El cuadro que aparece en la portada está disponible en <http://galeria.todocuadros.com/exposicion/oleos/paraguas/>.

² Carreau, Dominique, *Droit international public*, ed. Pédone, 2003, p. 584

³ Hamilton, Alexander, The Judiciary Department, *Independent Journal*, 1788, p. 2, citado en Shany, Yuval, No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary, *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, p. 74

⁴ Virally, Michel, *Le droit international en question*, en *Le droit international en devenir*, ed. PUF, 1990, p. 14

⁵ Abi Saab, Georges Michel, The Normalization of International Adjudication: Convergence and Divergence, *International Law and Politics*, vol. 43, 2010, pp. 1-4

escasez, o incluso de la ausencia, de órganos judiciales imparciales.⁶ En consecuencia, muchos de los litigios internacionales se resolvían por medios alternativos (incluyendo el recurso a la fuerza) y el respeto del Derecho internacional carecía de eficacia práctica.

Esta perspectiva cambió radicalmente en las dos últimas décadas. Ahora vivimos en una nueva era: la de la “judicialización” del Derecho internacional.⁷ A partir de la década de los noventa se produjo una multiplicación (o proliferación⁸) sin precedente de Tribunales internacionales. De tal modo que, en la actualidad, en el ámbito internacional, existen más de cincuenta órganos que cumplen con funciones de naturaleza judicial o casi-judicial⁹.

Por su carácter novedoso y complejo, la “judicialización” atrajo muy rápidamente el interés de la doctrina del Derecho internacional. No obstante, a pesar de la existencia de múltiples estudios jurídicos sobre el tema, la organización judicial internacional fue considerada como un objeto autónomo de análisis muy recientemente y, por lo tanto, este ámbito de la investigación jurídica se encuentra todavía en su “infancia”.¹⁰ Además, el carácter polifacético de la “judicialización” vuelve muy pertinente el estudio de sus posibles implicaciones para la evolución del Derecho internacional. En este sentido, la presente investigación constituye una reflexión que aúne y enriquezca el debate sobre dicho fenómeno, en temas poco analizados por los estudiosos del Derecho internacional, particularmente, en México.

⁶ *Ibidem*, p. 5

⁷ Cancado Trindade, Antonio Augusto, *La expansión de la jurisdicción internacional y su importancia para la realización de la justicia*, UN Lecture Series, disponible en http://legal.un.org/avl/ls/Cancado-Trindade_HR_video_2.html

⁸ El término “proliferación”, en mi opinión, es peyorativo y parece subrayar los efectos negativos de la “judicialización” del Derecho internacional. Dicho término es utilizado, por ejemplo, en el ámbito militar para referirse a la proliferación de armas (nucleares, de destrucción masiva, químicas etc.). Por lo tanto, utilizaré el término más neutro de “multiplicación” de las jurisdicciones internacionales.

⁹ Alford, Roger, *The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance*, *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, p. 160, citado en Webb, Philippa, *International Judicial Integration and Fragmentation*, ed. Oxford University Press, 2013, p. 1

¹⁰ Martínez, Jenny, *Towards an International Judicial System*, *Stanford Law Review*, vol. 56, 2003, pp. 432-433, citado en Webb, Philippa, *op. cit.*, nota 9, p. 9

Ahora bien, las preguntas teóricas centrales que me propongo resolver en este trabajo tienen que ver con tres aspectos problemáticos de la “judicialización” del Derecho internacional.

1. ¿Cómo **coordinar** las relaciones entre una multitud de Tribunales internacionales descentralizados?
2. ¿Cómo asegurar la **coherencia** en la interpretación y aplicación del Derecho internacional por parte de una pléyade de Tribunales internacionales?
3. ¿Cómo evitar la “**compartimentación**” excesiva del Derecho internacional por parte de los Tribunales especializados que operan en su ámbito?

Considero necesario aclarar ciertos puntos de mis preguntas teóricas centrales.

I. **Coordinación, coherencia y “judicialización”**

Cabe señalar que la “judicialización” del Derecho internacional condujo a una mayor especialización y descentralización de los Tribunales internacionales. Actualmente, observamos la existencia de una gran multitud de Tribunales internacionales “insulares”¹¹, sin centro ni cima.

La falta de vínculos estructurales de todo tipo entre esta multitud de jurisdicciones internacionales podría crear de inmediato la imagen de un “desorden”, “caos” o incluso “anarquía” en la mente de todo jurista que concibe el Derecho (internacional) como un instrumento ordenador y regulador de las

¹¹ Simma, Bruno, Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner, *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, p. 278

relaciones sociales. Naturalmente, esta imagen es susceptible de provocar una ansiedad¹² o preocupación intelectual, relacionada con la articulación de la actividad de todos estos actores jurídicos. Al fin de cuentas, la descentralización de los Tribunales internacionales incomoda a la visión del Derecho (internacional) como sistema jurídico¹³ que busca (co)ordenar las relaciones entre los actores que intervienen en su ámbito. La coordinación entre los Tribunales internacionales, desde esta óptica, se refiere al establecimiento de cierto tipo de relaciones entre estos últimos, con el fin de organizar su funcionamiento inter-institucional armonioso.

Por su parte, la coherencia en la aplicación e interpretación del Derecho internacional también se deriva de la visión (sistémica) del Derecho (internacional) como un orden jurídico. Aunque los Tribunales internacionales no crean el Derecho internacional¹⁴, éstos desarrollan y consolidan las normas jurídicas internacionales. Así por ejemplo, los jueces determinan si una norma o un principio jurídico internacional han adquirido carácter consuetudinario.¹⁵ El desarrollo continuo y dinámico del Derecho internacional por parte de las jurisdicciones que operan en su ámbito debe hacerse de manera coherente. Dicho en otros términos, para poder funcionar como un todo, el Derecho internacional tiene que basarse en un “entendimiento compartido”¹⁶ por parte de los jueces internacionales. Desde esta perspectiva, la coherencia se refiere a la ausencia de conflictos o contradicciones en la interpretación y aplicación de una misma norma o principio del Derecho internacional por parte de dos (o más) Tribunales internacionales. La coherencia no tiende hacia una armonización, homogeneización o unificación completa de la jurisprudencia internacional, sino hacia su consistencia,

¹² Koskenniemi, Martti y Leino, Paivi, Fragmentation of International Law: Postmodern Anxieties, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 553-579

¹³ Simma, Bruno, Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law, *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, pp. 483-529

¹⁴ Oellers-Frahm, Karin, Multiplication of International Courts- Problems and Possible Solutions, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, p. 72

¹⁵ *Idem*

¹⁶ Charney, Jonathan, Is International Law Threatened by Multiple International Courts and Tribunals?, *Recueil de cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 271, 1998, pp. 115-138

compatibilidad y armonía en los ámbitos centrales de desarrollo del Derecho internacional.

De ahí que las dos primeras preguntas centrales de mi investigación parten de algunos supuestos o presunciones teóricas básicas.

En primer lugar, esta investigación parte de la premisa de que el Derecho internacional constituye un orden jurídico. Como lo señala Simma, el Derecho internacional puede ser un orden jurídico y efectivamente lo es.¹⁷ En términos de Koskenniemi, “esta es una batalla que la teoría europea parece haber ganado. El Derecho es un todo- o en términos de la primera conclusión de la CDI en su reporte sobre la fragmentación del Derecho internacional: “El Derecho internacional es un sistema jurídico.”¹⁸ “La unidad del orden jurídico internacional”, así fue como Pierre-Marie Dupuy intituló su reciente cátedra a la Academia de la Haya.¹⁹ Sabemos que los órdenes jurídicos nacionales se caracterizan por su sistematicidad.²⁰ Sin duda, la sistematicidad existente en un orden jurídico tan descentralizado como el orden jurídico internacional es más minimalista.²¹

En efecto, el orden jurídico internacional es dotado de un carácter particularmente “errático” o difuso. Este carácter errático resulta de una multitud de factores complejos²²: la falta de órganos centralizados²³ en el ámbito internacional, la especialización cada vez más creciente de las normas internacionales, su alcance distinto o su carácter paralelo y/o competitivo. Dicha naturaleza errática es acentuada por los cambios de la nueva “configuración” política, económica y social en el plano global. La nueva “configuración global” se construye sobre la base de: relaciones informales entre los distintos tipos de unidades y actores en el

¹⁷ Simma, Bruno, *Universality of International Law...*, *op. cit.*, nota 11, p. 289

¹⁸ Koskenniemi, Martti, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, *The Modern Law Review*, vol. 70, 2007, p. 17

¹⁹ Dupuy, Pierre-Marie, *L'unité de l'ordre juridique international*, *Recueil de cours de l'Académie de droit international de la Haye*, tome 297, 2002

²⁰ Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, ed. Clarendon Press, 1980

²¹ Simma, Bruno, *Of Planets...*, *op. cit.*, nota 13, p. 499

²² Leathely, Christian, *An institutional hierarchy to combat the fragmentation of international law: has the ILC missed an opportunity?*, *International Law and Politics*, vol. 40, 2007, p. 262; ILC, *Fragmentation of international law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, 2006, disponible en <http://legal.un.org/avl/ha/fil/fil.html>

²³ En particular, la ausencia de un órgano legislativo, ejecutivo o judicial unitario.

ámbito internacional, globalización de la economía, creciente dificultad para separar lo internacional de lo nacional, comunidades políticas cada vez más heterogéneas y con fronteras más porosas, normas internacionales cada vez más fragmentarias, discontinuas, muchas veces *ad hoc* y sin relaciones jerárquicas entre sí.²⁴ Para utilizar una metáfora de Gunther Teubner, parecería que hoy vivimos en una “Bukowina global”.²⁵ Esta “Bukowina Global” se asociaría con un “Estado de la naturaleza” que implica la ausencia de órganos legislativos, ejecutivos o judiciales únicos.²⁶ En términos físicos, la “indeterminación”, “sectorización” e “inestabilidad” del Derecho internacional²⁷ impedirían concebirlo como un sólido y lo asemejarían más a un gas o un líquido.

No obstante, este trabajo considerará que, a pesar de su imagen de “*bric-à-brac*”²⁸, el Derecho internacional sí constituye un sistema jurídico, pero un “sistema jurídico desorganizado”²⁹ y “multipolar” que responde a una definición más pragmática de “sistema”. De acuerdo a esta definición, un sistema requiere solamente cierta estructura y ciertas relaciones entre sus componentes que permiten identificarlo como una entidad existente por sí sola, al distinguirse de un

²⁴ Koskenniemi, Martti y Paivi Leino, *op. Cit.*, nota 12, p. 558

²⁵ Teubner, Gunther, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in Teubner, Gunther, *Global Law Without a State*, ed. Aldershot-Dartmouth, 1997, pp. 3-30, citado en Koskenniemi, Martii, *op. cit.*, nota 12, p. 558. Teubner utiliza el término *Bukowina global*, para referirse a un postulado del filósofo austriaco Eugen Ehrlich. Seguin este autor, una ‘*Global Bukowina*’, es la “*civil society itself that will globalize its legal orders, distancing itself as it does from the political power complex...*” (Teubner, Gunter, *op. cit.*, nota 25, p.1)

²⁶ Carty, Anthony, *The decay of international law: A Reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs*, ed. Melland Shill Studies in International Law, 1996

²⁷ En la opinión de esta autora, la “indeterminación” resulta de procesos de integración, que, al volverse interactivos, se han diversificado y liberado del principio de jerarquía. Por su parte, la “sectorización” resulta de la “fragmentación” orgánica, visto que las organizaciones internacionales se multiplican y se vuelven cada vez más sectoriales (o especializadas, por ejemplo en materia económica, de derechos humanos, de protección del medio ambiente). Finalmente, la “inestabilidad” es consecuencia de las diferentes velocidades de integración que producen disfuncionamientos, tanto entre los propios conjuntos normativos, como entre sus actores respectivos. (Delmas-Marty, Mireille, *Ordering Pluralism, A conceptual framework for Understanding the Transnational Legal Order*, ed. Hart Publishing, 2009, p. 14).

²⁸ Combacau, Jean, *Le droit international: bric-à-brac ou système*, *Archives des philosophies de droit*, 1986, pp. 85-105. El término “*bric-à-brac*” se refiere a un conjunto de elementos desordenados, a la imagen de una “mescolanza”, “ensalada” o “bazar”.

²⁹ Hafner, Gerhard, *Risks Ensuing from the Fragmentation of International Law*, in International Law Commission, *Report on the Work of its Fifty-third Session, Annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-Second Session, Supplement No. 10 (A/55/10) 321*, citado en Simma, Bruno, *Of planets...*, *op. cit.*, nota 13, p. 499

conjunto de elementos desordenados y de otros sistemas.³⁰ Desde esta perspectiva, la existencia de cierto tipo de relaciones entre las normas³¹ e instituciones del orden jurídico internacional se revela de particular importancia para su sistematicidad. Este trabajo considerará que dichas relaciones no son de naturaleza estrictamente unitaria sino más bien “multipolar”. Como lo señala Matthew Craven, un sistema es un sistema en razón de su capacidad de unificar una diversidad de experiencias- debe ser simultáneamente homogéneo y heterogéneo, unificado pero multipolar.³²

En segundo lugar, las dos primeras preguntas centrales son orientadas por la premisa de que la coherencia en las sentencias de los distintos Tribunales internacionales y la coordinación de su actividad judicial son factores deseables y positivos para el desarrollo del Derecho internacional. Esto es así porque, tanto la coordinación entre los Tribunales internacionales, como la coherencia en la interpretación y aplicación del Derecho internacional, promueven un valor jurídico fundamental: el de la seguridad jurídica. La previsibilidad y la certeza son valores que todo Derecho debe poseer para poder cumplir eficazmente con una de sus funciones primarias: ordenar las relaciones sociales.³³ Sin seguridad jurídica, los sujetos de un orden jurídico son incapaces de prever las consecuencias jurídicas de sus actos y, por ende, pueden perder su confianza en las instituciones y en las normas de dicho orden.

La coordinación entre los Tribunales internacionales y la coherencia en la interpretación y aplicación del Derecho internacional promoverían la confianza de sus sujetos en que la “judicialización” constituye un proceso benéfico. En último

³⁰ Hoecke, Marck van, *Law as Communication*, ed. Oxford-Hart Publishing, 2002, pp. 109–110

³¹ En este sentido, según Matz-Lück, las normas internacionales no son independientes unas respecto a las otras. Tanto durante su creación, como durante su vigencia o implementación dichas normas mantienen entre sí distintas relaciones de carácter sistémico. A pesar de que el orden jurídico internacional sea mucho menos estructurado que los órdenes jurídico internos, que los elementos que lo componen sean erráticos, que no existan claras relaciones de subordinación (o supra-ordenación) entre sus distintas normas o que éste no sea dotado de un andamiaje institucional centralizado, no cabe duda que este sea susceptible de regular las complejas relaciones internacionales. (Matz-Lück, Nele, Promoting the Unity of International Law: Standard Setting by International Tribunals, in *International Law Today: New Challenges and the Need for Reform*, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 193, 2008, p. 106)

³² Craven, Matthew, Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 14, 2003, p. 12.

³³ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, ed. Yale University, 1969

grado, se aseguraría la legitimidad del Derecho internacional³⁴ y de sus órganos judiciales. *A contrario*, en ausencia de coordinación y coherencia, los sujetos del orden jurídico internacional se expondrían a múltiples controles judiciales, basados en incoherentes concepciones del Derecho internacional que podrían conducir al establecimiento de derechos y obligaciones contrarias a dichos sujetos³⁵, dependiendo de la institución judicial a la que se acuda para hacerlos valer. Además, se afectaría la imagen de la justicia internacional como una justicia objetiva, visto que se podría pensar que las variaciones en la interpretación y aplicación del Derecho internacional por parte de un determinado Tribunal varían en función de criterios subjetivos.³⁶ Habría entonces una “babelización de voces judiciales”³⁷, un “choque de jurisprudencias”³⁸ y una justicia internacional cacofónica o incluso “balcanizada”.³⁹

En tercer lugar, cabe señalar que mis preocupaciones acerca de la coordinación entre los múltiples Tribunales internacionales y la coherencia de su jurisprudencia se acentúan por las características propias del orden jurídico internacional. En los órdenes jurídicos internos existen muchos más que cincuenta Tribunales y esto no crea ningún tipo de peligros para la previsibilidad jurídica. En estos órdenes existen reglas jurídicas claras que organizan las relaciones inter-institucionales entre dichos Tribunales y promueven la coherencia en la interpretación y aplicación jurisprudencial del Derecho nacional. Muchas veces estas reglas son contenidas en Código(s) (procesales) o incluso en la Constitución. Muchas de estas reglas son de naturaleza vertical o jerárquica. En resumen, los sistemas jurídicos nacionales se caracterizan por la existencia de sistemas judiciales nacionales.

³⁴ Simma, Bruno, *Universality of International Law...*, *op. cit.*, nota 11, p. 279

³⁵ Koskeniemi, Martti, *Fragmentation of International Law: Topic (a): The Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self-Contained Regimes'*, disponible en http://www.un.org/law/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf, p. 2

³⁶ Charney, Jonathan, *op. cit.*, nota 16

³⁷ Higgins, Rosalyn, A Babel of Judicial Voices: Ruminations from the Bench, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2005, pp. 791-804

³⁸ Prost, Mario y Fouret, Julien, La multiplication des juridictions internationales: de la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure, *Revue québécoise de droit international*, vol. 15.2, 2002, p. 122

³⁹ Bennouna, Mohammed, *La prolifération des juridictions internationales: quelle coordination?*, UN Lecture Series, disponible en http://legal.un.org/avl/lis/Bennouna_CT_video_2.html

El sistema jurídico internacional carece de una tal estructura. A diferencia de la previsibilidad de los sistemas internos de impartición de justicia, el Derecho internacional es desprovisto de una organización judicial centralizada. En el orden jurídico internacional no existen reglas unificadas (codificadas o constitucionalizadas) sobre la coordinación entre los Tribunales internacionales o la coherencia en su jurisprudencia. Así por ejemplo, no existe un Tribunal superior o supremo que vele por la coherencia en la aplicación e interpretación del Derecho internacional por parte de los demás órganos judiciales que operan en su ámbito. En el mismo sentido, no se aplican reglas claras de articulación de las competencias procesales entre los distintos Tribunales internacionales y no hay una doctrina parecida a la de la *stare decisis*. En resumen, el sistema jurídico internacional se caracteriza por la notoria ausencia de un sistema judicial internacional.

En cuarto lugar, me resulta muy importante subrayar que mis preguntas teóricas centrales se derivan de acontecimientos muy reales en el ámbito judicial internacional.

La ausencia de coordinación formal entre los múltiples Tribunales internacionales ha suscitado varios casos recientes en los que más de una jurisdicción internacional es llevada a pronunciarse sobre un caso idéntico o similar.

Así por ejemplo, en el caso del *Pez Espada*⁴⁰, la controversia que oponía Chile a la UE⁴¹ fue sometida a la vez al TIDM⁴² y al sistema de arreglo de las diferencias de la OMC⁴³. De la misma manera, en el famoso asunto *MOX Plant*⁴⁴

⁴⁰ The Swordfish Case: Law of the Sea v. Trade, Peter-Tobias Stoll, Silja Vdneky, *Max Planck Institute for International and Comparative Law, UNYB*, 2000

⁴¹ La controversia se originaba en la prohibición, por parte de Chile, del acceso de barcos provenientes de Estados miembros de la UE en los puertos chilenos. Dicha prohibición tenía como objetivo evitar la importación de pez espada en el territorio de este país. Según la Comisión europea, la prohibición chilena violaba no sólo la Convención de las NU sobre el Derecho del Mar sino también varias disposiciones del GATT de 1994. Cabe señalar que los países llegaron a un arreglo extra-judicial de la controversia y los dos procedimientos contenciosos fueron suspendidos.

⁴² TIDM, *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union)*, 20 de diciembre de 2000

⁴³ OMC, *Chile - Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish, Request for the Establishment of a Panel by the European Communities*, 7 de noviembre de 2000

intervinieron tres distintos Tribunales internacionales. En primer lugar, Irlanda solicitó la constitución de un Tribunal arbitral bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar (Anexo VII). Al mismo tiempo fue constituido otro Tribunal arbitral *ad hoc* bajo la Convención para la protección del medio-ambiente marino del noreste del Atlántico (Convención OSPAR). Finalmente, el TJUE resolvió el caso en mayo de 2006, considerando que se trataba de un litigio de Derecho comunitario.

En el mismo sentido, la CIJ tuvo que pronunciarse sobre una alegación por parte de Bosnia y Herzegovina respecto a la comisión, en su territorio, de crímenes de genocidio por parte de Serbia y Montenegro en los años 1990.⁴⁵ Al mismo tiempo, el TPIY examinó la responsabilidad de Slobodan Milosevic⁴⁶ y de Radovan Karadzic⁴⁷, en particular, por la comisión de actos de genocidio en este mismo territorio. Por su parte, el TPIR se ha pronunciado sobre varios casos relativos a actos de genocidio, cometidos en el territorio de Ruanda. Paralelamente, varias demandas interestatales sobre los mismos hechos fueron llevadas ante la CIJ, pero no pudieron reunir las condiciones de admisibilidad.⁴⁸

Los peligros para la coherencia en la interpretación y aplicación del Derecho internacional también se materializaron en varios casos recientes. Como lo señaló la CIDH en su *Opinión consultativa sobre el derecho de información sobre la asistencia consular*, “en todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe

⁴⁴ CPA, *Mox Plant Case*, Irlanda c. el Reino Unido, 23 de junio de 2003; TIDM, *Mox Plant Case*, Irlanda c. el Reino Unido, 13 de noviembre de 2001, TJUE, *Mox Plant Case*, Comisión c. Irlanda, caso C-459/03, 30 de mayo de 2006

⁴⁵ CIJ, *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro, 26 de febrero de 2007, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>

⁴⁶ El caso fue cerrado después de la muerte del Milosevic en la cárcel.

⁴⁷ TPIY, *Prosecutor vs. Radovan Karadzic*, indictment “Srebrenica”, 24 de noviembre de 1995; indictment “Bosnia and Herzegovina”, 24 de Julio de 1995, disponible en <http://www.icty.org/case/karadzic/4>

⁴⁸ CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v Rwanda*, 3 de febrero de 2006, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf>

extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho.”⁴⁹

Así por ejemplo, en el caso “*Tadic*”⁵⁰ el TPIY sostuvo argumentos distintos a los expresados por la CIJ en el asunto *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*⁵¹. Las dos jurisdicciones internacionales llegaron a conclusiones contradictorias respecto al concepto de “control”, exigido para el establecimiento de la responsabilidad internacional de un Estado.⁵² En el mismo sentido, en varias sentencias, la CEDH y el TJUE⁵³ interpretaron y aplicaron la Convención europea de derechos humanos de manera claramente contradictoria.⁵⁴ De igual manera, en 1999, en su *Opinión consultativa sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular*⁵⁵, la CIDH consideró que el derecho individual previsto en el artículo 36-1 b) de la Convención de Viena sobre relaciones consulares formaba parte del “cuerpo del Derecho internacional de los derechos humanos”⁵⁶. En 2001,

⁴⁹ CIDH, *Opinión consultiva OC-16/99*, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, 1 de octubre de 1999, disponible en <http://www.cidh.org/migrantes/Opini%C3%B3n%20Consultiva%2016.htm>, párr. 61

⁵⁰ TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, 7 de mayo de 1997, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>; decisión de la Cámara de apelaciones, 15 de julio de 1999, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

⁵¹ CIJ, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, 27 de junio de 1986, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5>

⁵² En el caso *Tadic* la Cámara de apelaciones del TPIY tuvo que determinar si el conflicto armado que opuso los serbios bosnios a las autoridades centrales de Bosnia y Herzegovina podía ser calificado como “conflicto internacional”. La Cámara de apelaciones se refirió a la solución adoptada por la CIJ en el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*. No obstante, en su sentencia, la Cámara de apelaciones criticó la determinación de la noción de “control” por parte de la CIJ y modificó considerablemente sus alcances.

⁵³ Reinisch, August, *The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes*, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 3, 2004, p. 39

⁵⁴ En particular en la sentencia *Hoechst AG c/ Comisión* (casos 46/87 y 227/88), el TJUE estimó que el derecho a la privacidad protegido por el artículo 8 de la Convención europea de derechos humanos no podía ser extendido a las actividades de negocios. Esta interpretación fue completamente rechazada por la CEDH. En el caso *Niemietz c/ Alemania* (6 de diciembre de 1992) la CEDH estimó que la noción de “vida privada” contenida en el artículo 8 de la Convención europea de derechos humanos incluía las actividades profesionales y de negocios. De la misma manera, en el caso *Orkem c/ Comisión* (caso 374/87) el TJUE consideró que el artículo 6 de la Convención no establecía el derecho de no atestiguar en contra de sí mismo. Por su parte, la CEDH rechazó una tal interpretación y concluyó que el derecho de mantener silencio y no dar testimonios en contra de sí mismo se deducía claramente de las disposiciones del artículo 6 de la Convención (CEDH, *Funke c/ Francia*, 25 de febrero de 1993).

⁵⁵ CIDH, *Opinión consultiva OC-16/99*, cit., nota 49

⁵⁶ CIDH, *Opinión consultiva OC-16/99*, cit., nota 49, párr. 141

la CIJ, en el caso *Lagrand* señaló que no era necesario pronunciarse sobre el carácter de “derecho humano” de lo previsto en dicho artículo.⁵⁷ Unos años después, México se lo volvió a preguntar en el caso *Avena*⁵⁸ y la CIJ afirmó que la consideración del derecho individual previsto en el artículo 36 como un derecho humano no puede deducirse ni del texto del artículo, ni de sus *travaux préparatoires*.⁵⁹

Todos estos casos demuestran la complejidad y la realidad de los problemas derivados de la ausencia de coordinación entre los Tribunales internacionales y de las posibles incoherencias en su jurisprudencia. Como lo enfatizó el TPIY en el caso *Tadic*, al parecer, “en el Derecho internacional, cada Tribunal internacional es un régimen autónomo (“*self-contained regime*”) salvo disposición expresa al contrario”.⁶⁰ En el mismo sentido, en su *Opinión consultativa sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular*, la CIDH se consideró como una “institución judicial autónoma”.⁶¹

Esta investigación no estará de acuerdo con estas dos afirmaciones. En cambio, optaré por una visión más optimista que defiende la capacidad de los propios Tribunales internacionales de lidiar con los retos de la coordinación y de la coherencia. En mi opinión, los mismos Tribunales internacionales están conscientes de las necesidades de coordinación y coherencia en el contexto de la “judicialización”. Al analizar más a fondo su jurisprudencia, claramente puede comprobarse que, a pesar de la existencia de algunos conflictos entre los Tribunales internacionales, dichas jurisdicciones están comprometidas en la misma dialéctica.⁶² Dicho en otros términos, la presente investigación tratará de demostrar que sí es posible promover la coordinación entre los Tribunales internacionales y la coherencia en su jurisprudencia, aún en el contexto de

⁵⁷ CIJ, *Lagrand, Alemania v. Estados Unidos*, 27 de junio de 2001, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>, párr. 77-78

⁵⁸ CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos, México v. Estados Unidos*, 31 de marzo de 2004, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>

⁵⁹ Caso *Avena*, *cit.*, nota 58, párr.30

⁶⁰ TPIY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, 1 de octubre de 1995, *cit.*, nota 50, párr.11

⁶¹ CIDH, OC-16/99, *cit.*, nota 49, párr. 61.

⁶² Charney, Jonathan, *op. cit.*, nota 16

“judicialización” del Derecho internacional. Los propios jueces internacionales aportan indicios acerca de la veracidad de una tal aseveración.

Basta con leer algunas sentencias recientes de los Tribunales internacionales.

El caso *Victor Pey Casado*⁶³ me indujo, por primera vez, a fijar mi atención sobre las relaciones que existen entre los diversos Tribunales internacionales. En dicha sentencia, un Tribunal arbitral del CIADI determinó, en un *obiter dictum*, la obligatoriedad de las medidas cautelares en este sistema de resolución de las controversias. El Tribunal basó esta determinación en varios casos de la jurisprudencia de la CPJI y de la CIJ en la materia.⁶⁴ Pero ¿por qué un Tribunal arbitral “autónomo”, constituido para resolver un litigio particular, tendría que “seguir” la jurisprudencia de la CIJ sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares? Extra-jurídicamente, esto podría explicarse por el hecho de que uno de sus miembros- el argelino Mohammed Bedjaoui- era un antiguo juez de la CIJ. No obstante, si se investigaba más el tema de la obligatoriedad de las medidas cautelares en el Derecho internacional, quedaba claro que la sentencia *Pey Casado* no era una sentencia “aislada”. La primera jurisdicción que estableció el carácter obligatorio de las medidas cautelares en el Derecho internacional fue la CIJ en el controvertido caso *LaGrand*.⁶⁵ La Corte confirmó lo establecido en el caso *LaGrand* en el posterior caso *Avena*.⁶⁶ Poco tiempo después, en el caso *Mamatkulov y Askarov*, la CEDH también proclamó de manera solemne el carácter obligatorio de las medidas cautelares.⁶⁷ Por su parte, la CIDH declaró la

⁶³ *Victor Pey Casado c. Chile*, sentencia del 3 de febrero de 2002, CIRDI/ARB/98/2, disponible en https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC501_Fr&caseId=C1

⁶⁴ Caso *Victor Pey Casado*, párr. 10, 19

⁶⁵ CIJ, *LaGrand*, Alemania c. Estados Unidos, 27 de junio de 2001

⁶⁶ CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos*, (México c. Estados Unidos), 31 de marzo de 2004 y 19 de enero de 2009, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>. No obstante, cabe señalar que los Estados Unidos no respetaron el carácter obligatorio de las medidas cautelares pronunciadas por la Corte en dichos asuntos y procedieron a la aplicación de la pena de muerte a los nacionales mexicanos.

⁶⁷ CEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, 4 de febrero de 2005, <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ECHR,,UZB,42d3ef174,0.html>

obligatoriedad de las medidas cautelares en el caso *Gutiérrez Soler*⁶⁸. No existía ninguna obligación jurídica para todos estos Tribunales internacionales de pronunciarse en el mismo sentido. No obstante, dichas jurisdicciones parecían haberse acordado sobre la aplicación convergente de un mismo principio: el de la obligatoriedad de las medidas cautelares, pronunciadas por un órgano judicial internacional.

De la misma manera, al estudiar la jurisprudencia de los Tribunales internacionales, establecidos en el ámbito de varios sistemas de integración regional, me percaté de las convergencias en su jurisprudencia. Así por ejemplo, al leer un pasaje del primer laudo del primer Tribunal arbitral *ad hoc* constituido en el ámbito del Mercosur⁶⁹ se tiene la clara impresión de estar relejendo uno de los considerandos más famosos del TJUE en la fundamental sentencia *Costa*⁷⁰. En efecto, destacan las convergencias no sólo en la concepción, sino también en la redacción de los postulados del principio de primacía que rige en el ámbito de la integración regional europea.⁷¹ Las mismas similitudes con la jurisprudencia del TJUE pueden constatarse en varias sentencias del Tribunal de justicia de la CAN respecto a la determinación de la responsabilidad de los Estados por la violación del Derecho de la integración.⁷²

Otro ejemplo aún más actual de las relaciones que *de facto* mantienen los Tribunales internacionales es el caso *Diallo*⁷³ de la CIJ. En dicho caso, la CIJ decidió seguir la jurisprudencia del Comité internacional de derechos humanos

⁶⁸ CIDH, *Gutiérrez Soler c. Colombia*, 30 de junio 2011, http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/gutierrez_se_04.pdf

⁶⁹ El primer Tribunal arbitral constituido según las disposiciones del Protocolo de Brasilia de 1991 adoptó su primera sentencia, el 28 de abril de 1999, en un caso que oponía Brasil y Argentina sobre la compatibilidad de ciertas licencias de importación con los compromisos adquiridos por ambos países en virtud del Tratado de Asunción y la normativa Mercosur.

⁷⁰ TJUE, *Costa c. Enel*, 15 de julio de 1964

⁷¹ En particular, el considerando 78 del primer laudo de un Tribunal arbitral *ad hoc* del Mercosur corresponde muy fielmente a lo establecido en las páginas 9 y 10 de la sentencia *Costa* del TJUE (TJUE, *Costa c. Enel*, 15 de julio de 1964).

⁷² Así por ejemplo, en los procesos, 0043-SU-2000 y 117-AI-2004, el TJCA aplicó el principio de responsabilidad de los Estados por violación del Derecho comunitario según criterios idénticos a los establecidos por el TJUE en el caso "*Francovitch y Bonifaci*" (TJUE, 19 de noviembre de 1991). Para más detalles, ver: Petrova Georgieva, Virginia, *La contribución del "juez" al desarrollo de las integraciones regionales: los casos europeo y latinoamericano*, Tesis de Maestría, UNAM, 2011

⁷³ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, República de Guinea c. República democrática de Congo, 30 de noviembre de 2010, <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>

respecto a la interpretación y aplicación del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos. La Corte basó su conformidad con la jurisprudencia del Comité en los siguientes términos: “a pesar de que la Corte no está en absoluto obligada (...) a conformar su propia interpretación del Pacto con la del Comité, estima necesario acordar una gran consideración a la jurisprudencia de este órgano independiente (...). De esto depende la claridad y la indispensable *coherencia* del Derecho internacional; también de esto depende la *seguridad jurídica*...”⁷⁴ En la posterior fase del mismo caso⁷⁵, la CIJ tuvo que pronunciarse sobre la indemnización por acordar a la República Democrática de Congo y fundó su análisis en varias sentencias de otros Tribunales internacionales, competentes en materia de derechos humanos. En su opinión disidente sobre el mismo caso, el juez Christopher Greenwood afirmó que el “Derecho internacional no es una serie de especialistas fragmentados y de cuerpos normativos autónomos (“*self-contained bodies of law*”) que funcionan en aislamiento los unos de los otros, sino un sistema jurídico unificado en el que cada Tribunal internacional puede, y debe, basarse en la jurisprudencia de otros Tribunales internacionales, aún si no está necesariamente obligado a llegar a las mismas conclusiones.”⁷⁶

De estos pocos ejemplos se desprende la premisa principal que guiará a la presente investigación. Los propios Tribunales internacionales coordinan su actividad judicial y velan por la coherencia del Derecho internacional, al esforzarse en adoptar sentencias convergentes en varios ámbitos centrales para el desarrollo de las normas internacionales.

Pero, entonces, *¿cuáles son los **mecanismos jurídicos** que los Tribunales internacionales utilizan para coordinar su actividad judicial y lograr la coherencia en la interpretación y aplicación jurisprudencial del Derecho internacional?*

II. “Compartimentación” y “judicialización”

⁷⁴ CIJ, Caso *Diallo, Ahmadou Sadio Diallo*, República de Guinea c. República democrática de Congo, 19 de junio de 2012, <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/17044.pdf>, párr. 66, citado en Webb, Philippa, *op. Cit.*, nota 9

⁷⁵ *Idem*

⁷⁶ CIJ, Caso *Diallo*, 19 de junio de 2012, Opinión disidente del juez Greenwood, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/17050.pdf>, párr. 8, citado en Webb, Philippa, *op. Cit.*, nota 9

La “judicialización” se desarrolla en un contexto, marcado por la “compartimentación” del Derecho internacional. Esta “compartimentación” resulta de la especialización creciente de las normas internacionales y se refiere a la aparición de múltiples disciplinas jurídicas en el ámbito internacional. Hace apenas algunas décadas el “*label*” de “Derecho internacional” era utilizado para nombrar al Derecho internacional público o al Derecho internacional privado. Esto ha cambiado radicalmente en la actualidad porque asistimos al desarrollo de muchas otras ramas jurídicas internacionales: el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional del mar, el Derecho penal internacional, el Derecho del comercio internacional, el Derecho internacional de las inversiones, el Derecho internacional monetario y financiero, el Derecho internacional de la competencia, el Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional del medio ambiente, el Derecho internacional del espacio ultra-terrestre, el Derecho internacional del trabajo, el Derecho agrario internacional, para mencionar sólo algunos.

Desde esta perspectiva, la “compartimentación” del Derecho internacional designa la tendencia a estudiar, enseñar⁷⁷ y sobre todo aplicar un Derecho internacional particular (o especializado) en “aislamiento clínico” del resto de las disciplinas, y, del Derecho internacional general.⁷⁸ Como lo señala Prost se trata del peligro de “cortar en pedazos” al Derecho internacional a través de una lectura autárquica de sus distintas materias especializadas.⁷⁹

Este fenómeno es particularmente visible en algunos ámbitos.

Así por ejemplo, la especialización y las características intrínsecas de las normas del Derecho comunitario de la UE permitieron al TJUE erigirlo en un

⁷⁷ En este sentido, quiero señalar que mi propia formación jurídica en la Universidad *Paris I, Panthéon-Sorbonne* fue marcada por esta especialización de las disciplinas internacionales. Mi tercer año de estudios jurídicos fue especializado en “Derecho internacional y europeo”, mi cuarto año (Master 1), en Derecho europeo y mi quinto año (Master 2), en Derecho internacional económico.

⁷⁸ Prost, Mario y Fouret, Julien, *op. cit.*, nota 38,, p. 132; Brownlie, Ian, *Problems of specialization*, in Cheng, Bin, *International Law: Teaching and Practice*, ed. Stevens and Sons, 1982, p. 45

⁷⁹ Prost, Mario y Fouret, Julien, *op.cit*, nota 38, p. 132

“nuevo orden jurídico de Derecho internacional”.⁸⁰ Como si la UE no fuera un “club” de Estados⁸¹- una organización internacional, creada por Tratados internacionales y compuesta por Estados soberanos.⁸² En el mismo sentido, la CEDH consideró que la Convención europea de derechos humanos es más que “un tratado internacional clásico” porque no establece simplemente “compromisos recíprocos entre los Estados parte”, sino “obligaciones objetivas” que se benefician de su “aplicación colectiva”.⁸³ De igual manera, a pesar de la ausencia de normas jurídicas vinculantes en la materia, muchos autores se basan en los principios expresados en la Cumbre de la Tierra a Rio para sostener la existencia de un “Derecho internacional del desarrollo sustentable” que incluirá al Derecho internacional del comercio sustentable (*sustainable international trade law*), Derecho sustentable de los derechos humanos y de la erradicación de la pobreza (*sustainable human rights law and poverty eradication*), Derecho internacional sustentable de los recursos naturales (*sustainable international natural resources law*) o Derecho internacional sustentable del cambio climático y de la vulnerabilidad (*sustainable international climate change law and vulnerability*).⁸⁴

Esta “compartimentación” de las disciplinas podría tener un doble efecto negativo en relación con la “judicialización” del Derecho internacional. En primer lugar, dicha “compartimentación” podría hacer que la resolución judicial de las controversias internacionales se haga en un “hermetismo (o *vacuum*) normativo”. En segundo lugar, la “compartimentación” de las disciplinas internacionales podría conducir a una “idiosincrasia” en la interpretación y aplicación del Derecho internacional.

Todos los Tribunales internacionales especializados fueron establecidos para aplicar un conjunto de normas internacionales específicas: los Tribunales,

⁸⁰ TJUE, *Van Gend en Loos*, 5 de febrero de 1963

⁸¹ Carreau, Dominique, *op. Cit.*, nota 2

⁸² Pellet, Allain, Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire, *Recueil de cours de l'Académie de droit européen*, vol. 5, 1994, p. 211

⁸³ CEDH, *Ireland v. UK*, 1 de enero de 1978, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506#{\"itemid\":\[\"001-57506\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506#{\), párr. 239

⁸⁴ En este sentido, consultar los programas de investigación del Centro para el Derecho internacional del desarrollo sustentable, www.cisd.org/programmes.html, citado en Prost, Mario y Julien Fouret, *op. Cit.*, nota 38, p. 121

competentes en materia de derechos humanos aplican el Derecho internacional de los derechos humanos, los Tribunales penales internacionales aplican el Derecho penal internacional, el mecanismo de solución de controversias de la OMC aplica el Derecho de la OMC, el TIDM aplica el Derecho internacional del mar etc.

En primer lugar, en virtud de un “hermetismo normativo”, estos Tribunales internacionales especializados podrían optar por la aplicación exclusiva de las normas especializadas que justificaron su creación. Así por ejemplo, los Tribunales internacionales competentes en materia de derechos humanos aplicarían únicamente el Derecho internacional de los derechos humanos y el mecanismo de solución de las controversias de la OMC aplicaría únicamente el Derecho del comercio internacional.

Este peligro está lejos de ser una exageración teórica.

Basta con leer la sentencia del OA de la OMC en el caso *Hormonas*⁸⁵ para darse cuenta de su realidad. En dicho asunto, el OA tuvo que pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del principio de cautela y consideró que: “algunos consideran que el principio de cautela se ha cristalizado en un principio general del derecho medioambiental internacional consuetudinario (...)” y que su naturaleza de “principio de derecho internacional general o consuetudinario parece menos clara.”⁸⁶ Finalmente, el Órgano de apelación afirmó que “(...) el principio de cautela, por lo menos fuera del ámbito del derecho medioambiental internacional, aún no tiene una formulación autorizada.”⁸⁷ De esta manera, el OA excluyó la aplicación del principio de cautela en el ámbito del Derecho de la OMC. Sin ningún matiz, el OA consideró que, aún si el principio de cautela constituye un principio del Derecho medioambiental internacional consuetudinario, dicho principio no es obligatorio en el ámbito del Derecho de la OMC. La “división” entre el Derecho de la OMC y el Derecho internacional medioambiental parece subrayar la posibilidad para el “juez” de la OMC de funcionar eficazmente en un “hermetismo normativo”, aplicando únicamente las normas especializadas que justificaron su creación.

⁸⁵ OMC, *CE- Medidas que afectan la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, 16 de enero de 1998, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds48_s.htm

⁸⁶ Caso *Hormonas*, *cit.*, nota 85, núm. 123

⁸⁷ Caso *Hormonas*, *cit.*, nota 85, núm. 123

En segundo lugar, la “compartimentación” de las normas internacionales podría afectar su aplicación e interpretación por parte de los múltiples Tribunales internacionales. El mandato de los Tribunales internacionales especializados consiste en aplicar las normas internacionales especializadas de acuerdo a su objeto y fin particular.⁸⁸ La “idiosincrasia”⁸⁹ o “sensibilidad” distinta de los objetivos y fines, propios a un conjunto de normas internacionales especializadas es susceptible de influenciar la manera en la que los Tribunales internacionales aplican no sólo dicho conjunto especializado, sino también el resto de las normas internacionales. Cada Tribunal internacional estaría comprometido en una lucha hegemónica destinada a presentar el interés particular de las normas especializadas que justificaron su creación como el interés general.⁹⁰ Estaríamos entonces en un escenario de “guerra de los Derechos”⁹¹ internacionales. Dicha guerra afectaría la legibilidad del Derecho internacional: es decir, la adopción de una visión conjunta del mismo.⁹²

Así por ejemplo, no es de extrañarse que la CIDH- jurisdicción internacional, competente para la promoción de los fines y objetivos específicos del Derecho internacional de los derechos humanos- consideró que el derecho previsto en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares constituía un derecho humano⁹³, mientras que la CIJ, a través de otra interpretación y aplicación “idiosincrásica” de la misma norma internacional, se negó rotundamente a incluir lo establecido en dicho artículo en la categoría de derechos humanos.⁹⁴

⁸⁸ CDI, *Reporte del grupo de trabajo sobre la fragmentación del Derecho internacional*, op. Cit., nota , párr. 11-16

⁸⁹ Shany, Yuval, *One Rule to Rule them All: Should International Courts be Viewed as Guardians of Procedural Order and Legal Uniformity?*, in Fauchald, Ole Kristian y Nollkaemper, André (eds.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, ed. Hart Publishing, 2012, pp. 29-30

⁹⁰ Koskeniemi, Martti y Paivi Leino, op. cit., nota 12, p. 562

⁹¹ Denys Simon, Afirmación sostenida en el debate sobre « *Les juridictions régionales : renforcement ou émiettement du droit international ?* », Colloque du centre d'études sur le droit international et la mondialisation, « *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?* », Hôtel Crown Plaza, Montréal, 26 mai 2003, citado en Prost, Mario y Julien Fouret, op. Cit., nota 38, p. 125

⁹² Prost, Mario y Julien Fouret, op. Cit, nota 38, p. 131

⁹³ CIDH, *Opinión consultiva OC-16/99*, cit., noa 49

⁹⁴ CIJ, *Lagrand*, cit., nota 57 y CIJ, *Avena*, cit., nota 58

Esta investigación partirá del supuesto de que tanto el “hermetismo”, como la “idiosincrasia” en la aplicación e interpretación del Derecho internacional son perjudiciales para su funcionamiento eficaz. El “hermetismo normativo” podría afectar la eficacia en la resolución de las controversias internacionales. Los “Derechos internacionales” especializados no son susceptibles de dar respuesta a la totalidad de situaciones fácticas que surgen en los litigios internacionales. La presencia de lagunas o contradicciones en estos conjuntos normativos enfrentaría a los Tribunales internacionales que los aplican a problemas jurídicos complejos. Por su parte, la “idiosincrasia” en la aplicación e interpretación del Derecho internacional podría afectar su coherencia. Como lo señalé anteriormente, las interpretaciones y aplicaciones divergentes de las normas y principios del Derecho internacional disminuirían la previsibilidad del sistema jurídico internacional.

Además, tanto el “hermetismo normativo”, como la “idiosincrasia” en la interpretación y aplicación del Derecho internacional podrían conducir al surgimiento de sub-sistemas o regímenes autónomos en el ámbito del Derecho internacional. Dichos regímenes perjudicarían la sistematicidad del orden jurídico internacional. En esta hipótesis, no existiría un solo orden jurídico internacional, sino varios sistemas jurídicos que se auto-regularán a la escala global.⁹⁵ Como lo señala Abi-Saab, este “miríada”⁹⁶ de sistemas o sub-sistemas se asemejaría a un (monstruo de) “Frankenstein jurídico” porque no compartiría las mismas bases de legitimidad y criterios formales de pertenencia.⁹⁷ La “compartimentación” desvincularía tanto las normas internacionales, como los Tribunales que operan en el ámbito internacional. Estaríamos en presencia de varios “feudos”⁹⁸ normativos y judiciales, sin nada en común.

No obstante, esta investigación tratará de demostrar que la práctica judicial de los múltiples Tribunales internacionales no conduce a una “compartimentación” excesiva del Derecho internacional. Los mismos Tribunales

⁹⁵ Teubner, Gunther, *Law as an autopoietic system*, ed. The European University Institute Press Series, 1993; Teubner, Gunther, *Global Law without a state*, ed. Dartmouth, 1997

⁹⁶ Cassese, Antonio, Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dédoulement fonctionnel) in International Law, *European Journal of International Law*, vol. 2, 1990, p. 210

⁹⁷ Abi-Saab, Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks, *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 919-926.

⁹⁸ Dupuy, Pierre-Marie, *op. Cit.*, nota 9

internacionales son conscientes de los riesgos que implican el “hermetismo normativo” y la “idiosincrasia” en la aplicación e interpretación del Derecho internacional. En particular, dichas jurisdicciones logran acomodar la “heterogeneidad de las experiencias jurídicas internacionales” en la vitalidad del Derecho internacional.⁹⁹ Desde esta perspectiva, la presente investigación suscribirá a una visión “sistemática” o “universalista” del orden jurídico internacional, en oposición a las visiones “particularistas” de este último.¹⁰⁰

Los propios Tribunales internacionales parecen suscribir a esta visión “universalista” del orden jurídico internacional. En términos del OA de la OMC, “el Derecho de la OMC no debe leerse en aislamiento clínico del resto del Derecho internacional público”.¹⁰¹ O como lo señaló la CEDH en el caso *Bankovic*, “los principios de la Convención europea de derechos humanos no pueden ser aplicados en un vacuum. La Corte debe tomar en cuenta todas las reglas relevantes del Derecho internacional (...).”¹⁰²

*¿Cuáles son los **mecanismos jurídicos** que los Tribunales internacionales utilizan para contrarrestar algunos efectos negativos de la “compartimentación” del Derecho internacional?*

Sin adelantar mis argumentos y a manera de introducción mencionaré que mi respuesta a las tres preguntas centrales de esta investigación consiste en sostener la existencia de principios comunes a los Tribunales internacionales. La interpretación y aplicación jurisprudencial convergente de “los principios básicos que gobiernan al Derecho internacional asegura la coherencia y la integración de la sociedad internacional descentralizada”¹⁰³. Por medio de sus principios comunes, los Tribunales internacionales desarrollan prácticas de interacción (o integración), en oposición a la descentralización que acompaña su multiplicación.

⁹⁹ Simma, Bruno, *Universality of International Law...*, *op. cit.*, nota 11, p. 267

¹⁰⁰ Simma, Bruno, *On Planets and the Universe...*, *op. Cit.*, nota 13, p. 505

¹⁰¹ OMC, US- Standards for reformulated and conventional gasoline, 20 de mayo de 1996, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/2-9.pdf, p. 16

¹⁰² CEDH, *Bankovic et autres c. Belgique*, 19 de diciembre de 2001, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22099#{\"itemid\":\[\"001-22099\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22099#{\), Párr.

57

¹⁰³ Orrego Vicuña, Francisco y Pinto, Christopher, *op. cit.*, nota 1

III. Metodología

Para responder a las tres preguntas teóricas centrales de la presente investigación operaré un cierre metodológico, consistente en el estudio de la interpretación y aplicación jurisprudencial de seis principios comunes (*compétence de la compétence, nemo iudex in causa sua, iura novit curia, res iudicata* y el principio de *bona fides*, a través de sus concretizaciones en los principios de *estoppel* y *pacta sunt servanda*) por parte de siete Tribunales internacionales (la CIJ, el TIDM, el TPIY, el TPIR, la CEDH, la CIDH y el ORD de la OMC). El objetivo de este análisis será comprobar las convergencias en la interpretación y aplicación de dichos principios por parte de las jurisdicciones internacionales examinadas.

Cabe señalar que esta investigación entenderá por Tribunal internacional un órgano imparcial e independiente (un tercero al litigio) que resuelve una controversia de manera definitiva y obligatoria, basándose en la interpretación y la aplicación del Derecho, aplicable al caso.¹⁰⁴ Desde esta perspectiva, es fácil comprobar la naturaleza judicial o jurisdiccional de la mayoría de los Tribunales, objeto del estudio. La única duda que podría surgir concierne la calidad de “Tribunal internacional” de los órganos que intervienen en el mecanismo de resolución de las controversias de la OMC. En efecto, la resolución de las controversias en el ámbito de dicha organización es de naturaleza híbrida porque combina el arbitraje con un segundo grado de jurisdicción.¹⁰⁵ No obstante,

¹⁰⁴ Abi-Saab, Georges, The International Judicial Function, UN Lecture Series, http://legal.un.org/avl/lis/Abi-Saab_CT_video_1.html; Santulli, Carlo, Qu'est-ce qu'une juridiction internationale?, *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 61 Según Santulli, una jurisdicción es un órgano que pone fin a un litigio, al adoptar una sentencia obligatoria (es decir dotada de la autoridad de cosa juzgada), en aplicación de Derecho. Esta definición se acuerda con lo mencionado en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. En virtud de dicha disposición, la función judicial de la Corte consiste en “resolver, conforme con el Derecho internacional, los litigios que le son sometidos. En el mismo sentido, el artículo 6-1 de la Convención europea de derechos humanos se refiere a la noción de “jurisdicción” en los siguientes términos: “(...) un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley”. En general, se distingue entre los criterios formales y materiales de la jurisdicción.

¹⁰⁵ En efecto, las controversias que surgen de la aplicación e interpretación del Derecho de la OMC son resueltas por paneles arbitrales *ad hoc*, cuyas sentencias pueden ser revisadas por un Órgano

generalmente se considera que, por sus funciones específicas, el mecanismo de solución de las controversias de la OMC es de naturaleza “casi-jurisdiccional”¹⁰⁶ y en constante vía de “jurisdiccionalización”¹⁰⁷. En particular, dicho mecanismo puede considerarse como una jurisdicción internacional porque tanto su estructura orgánica, como las reglas jurídicas que gobiernan su procedimiento contencioso¹⁰⁸ le permiten ejercer una verdadera función judicial a través de su *iuris dictio* (“decir el Derecho”) y adoptar sentencias obligatorias con base a Derecho.¹⁰⁹

Los Tribunales internacionales analizados en la presente investigación constituyen una muestra significativa de la multitud y diversidad de los órganos judiciales que operan en el ámbito del Derecho internacional. Algunas de estas jurisdicciones son permanentes y otras son *ad hoc*- establecidas para un tiempo determinado y con un propósito limitado. Uno de estos Tribunales tiene una competencia material muy amplia, mientras que los demás aplican e interpretan normas internacionales, de carácter (altamente) especializado. Algunas de estas jurisdicciones tienen competencia en el plano global, y, otras intervienen en un ámbito regional, únicamente. Finalmente, algunas de estas jurisdicciones son competentes para resolver litigios que oponen a los Estados miembros de la

permanente de apelación. (para más detalles, ver Lorenzo, Ludovic, Une nouvelle juridiction internationale, le système de règlement des différends interétatiques de l’O. M. C., Thèse, Université Lyon 2, 2003, http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo_l#p=0&a=top)

¹⁰⁶ Carreau, Dominique y Julliard, Partrick, *Droit international économique*, ed. Dalloz, 2006, p. 18; Daillier, Patrick y Pellet, Alain, *Droit international public*, ed. LGDJ, 2005, p. 918; Goutal, Jean-Louis, Le rôle normatif de l’Organisation Mondiale du Commerce, *Petites Affiches*, 1995, p. 25

¹⁰⁷ Ruiz Fabri, Hélène, La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats, *Revue de l’arbitrage*, 2003, pp. 881-901; Ruiz-Fabri, Hélène, *Le règlement des différends au sein de l’OMC: naissance d’une juridiction, consolidation d’un droit*, in Leben, Charles et al., *Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, ed. Litec, 2000, p. 305

¹⁰⁸ Como lo señala Lorenzo, la estructura orgánica y las reglas procesales del mecanismo de arreglo de diferencias de la OMC convergen hacia el establecimiento de una verdadera jurisdicción a través de “órganos especializados, permanentes e independientes, abiertos a los recursos unilaterales de un Estado que ha sido víctima del comportamiento ilegal de otro Estado y que adoptan una sentencia que pone fin al diferendo por medio de un procedimiento contradictorio” (Lorenzo, Ludovic, *op. Cit.*, nota 103, p. 470)

¹⁰⁹ Según Lorenzo, el mecanismo de resolución de las controversias de la OMC supo desarrollar una verdadera *iuris dictio* porque la competencia técnica, en materia jurídica, de los actores de dicho mecanismo fundó una gran toma en consideración del Derecho aplicable a dichas controversias, (...) que no se contenta de utilizarlo únicamente para resolver la controversia, sino también para construir una verdadera jurisprudencia.” Además, la eficacia de dicha función es garantizada a través de la obligatoriedad de sus sentencias. (Lorenzo, Ludovic, *op. Cit.*, nota 103, p. 470)

Comunidad internacional, mientras que otras se pronuncian sobre controversias a las que pueden ser partes tanto Estados, como personas privadas.

Cuatro de los Tribunales internacionales, objeto del análisis, forman parte de la “familia de la ONU”.

En primer lugar, la CIJ- “el principal órgano judicial de las NU”- es la primera jurisdicción internacional permanente, creada desde 1946 para resolver controversias interestatales o adoptar opiniones consultativas a la demanda de los Estados mismos o de algunos órganos de las NU. La CIJ interviene en el ámbito global, visto que sus justiciables son de todas las regiones geográficas del mundo. La Corte es competente para resolver litigios o pronunciar opiniones consultativas, únicamente a la demanda de entidades que cuentan con la personalidad jurídica internacional (Estados miembros de la Comunidad internacional y organizaciones intergubernamentales, exclusivamente).

En segundo lugar, el TPIY es el primer Tribunal penal internacional *ad hoc*, establecido en 1993 por el Consejo de Seguridad de la ONU para el caso de los crímenes cometidos durante los conflictos armados que tuvieron lugar en la ex Yugoslavia a partir de 1991. El TPIY es especializado en la aplicación de las normas del Derecho penal internacional y competente para juzgar a individuos que hayan cometido crímenes en el territorio de la ex Yugoslavia.

El éxito del TPIY influenció la institución del segundo Tribunal penal internacional *ad hoc* de la ONU- el TPIR, creado por el Consejo de Seguridad en 1994, para juzgar a los responsables de los crímenes, cometidos durante el genocidio en Ruanda en 1994. El TPIR es la segunda jurisdicción internacional, competente en materia de Derecho penal internacional y creada para determinar la responsabilidad penal de individuos, implicados en dicho genocidio.

En cuarto lugar, el TIDM- primera jurisdicción internacional permanente, exclusivamente dedicada a la resolución de controversias en materia de Derecho internacional del mar- fue creado por la Convención de las NU sobre el Derecho del mar en 1991. El TIDM es competente para aplicar las normas especializadas del Derecho internacional del mar e interviene en el plano global, visto que sus justiciables pertenecen a varias regiones del mundo. Los justiciables del TIDM son

los Estados miembros de la Comunidad internacional, y, en algunos casos restringidos, ciertos órganos de las organizaciones internacionales intergubernamentales.

Las otras tres jurisdicciones internacionales, objeto de estudio, también son especializadas en ámbitos particulares de aplicación de las normas internacionales.

La CEDH y la CIDH son jurisdicciones competentes en materia del Derecho internacional de los derechos humanos. Ambas intervienen en un ámbito regional estrictamente determinado. La CEDH fue establecida en 1959, bajo los auspicios del Consejo de Europa para asegurar la eficaz tutela de los derechos humanos, protegidos en la Convención europea de derechos humanos, por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa. Por su parte, la CIDH fue creada en 1978, para garantizar el respeto de la Convención interamericana de derechos humanos por parte de los Estados miembros de la OEA que la han ratificado. Las dos jurisdicciones se pronuncian sobre recursos de protección de los derechos humanos, iniciados por individuos en contra de sus Estados de origen.

Finalmente, el mecanismo de solución de las controversias de la OMC fue creado por los acuerdos de Marrakech de 1994 para aplicar el Derecho del comercio internacional y sancionar sus posibles violaciones por parte de los Estados miembros de dicha organización. Este mecanismo es competente a la escala global y se pronuncia sobre litigios de naturaleza interestatal, exclusivamente.

El análisis de la jurisprudencia de estos siete Tribunales internacionales constituye el meollo empírico de la presente investigación. Sus propósitos limitados no permitieron englobar todos los casos de aplicación e interpretación de los principios comunes, objeto de la investigación. No obstante, traté de seleccionar los casos más relevantes y, sobre todo, los casos más recientes, con el objetivo de analizar las convergencias que se presentan en la “vida judicial” de dichos principios. El estudio de los casos será no sólo descriptivo sino también comparativo, es decir se basará en la comparación de la interpretación y aplicación de los principios seleccionados, caso por caso, y Tribunal por Tribunal.

La constatación de convergencias se deducirá de la coherencia y compatibilidad entre las distintas sentencias que aplican un determinado principio común. La convergencia no se basará en la existencia de completa armonía o uniformidad en la aplicación e interpretación de un principio común, sino en un acuerdo general, por parte de los Tribunales examinados, sobre su tenor y alcance normativo.

La opción de los seis principios comunes se explica por su amplia presencia en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales desde el inicio del desarrollo de los métodos judiciales de solución de las controversias en el Derecho internacional. Las sentencias internacionales que los aplican e interpretan tienen un origen factual muy diverso, no obstante, la aplicación y la interpretación de dichos principios por parte de los jueces internacionales se presta fácilmente al análisis comparativo, necesario para los propósitos demostrativos de esta investigación. Además, estos seis principios constituyen principios fundamentales para el ejercicio de la función judicial internacional y subrayan sus características comunes. Por su naturaleza intrínseca al desempeño de esta función, dichos principios se revelan ser, en cierta medida, unos de los principios más comunes a los Tribunales internacionales. El periodo de estudio de su interpretación y aplicación jurisprudencial va del inicio del siglo XX a la actualidad y con esto permite obtener conclusiones relevantes respecto al “*état de lieux*” de su “vida judicial” en el Derecho internacional.

La presente investigación se dividirá en cuatro capítulos.

El capítulo uno será dedicado al análisis del fenómeno de “judicialización” del Derecho internacional. En particular, examinaré su desarrollo actual y posibles causas y destacaré los retos que dicho fenómeno suscita para la evolución del Derecho internacional. El objetivo del Capítulo uno será establecer el punto de partida para la reflexión que se llevará a cabo en los capítulos siguientes.

El capítulo dos se enfocará en el análisis de la naturaleza de los principios comunes a los Tribunales internacionales, con el propósito de demostrar que, por su naturaleza intrínseca, los principios generales del Derecho son susceptibles de constituir tales principios. Dicho capítulo aclarará las principales características de los principios generales del Derecho, como principios comunes a los Tribunales

internacionales, y definirá algunas nociones-clave para los propósitos demostrativos de la investigación.

El capítulo tres es el capítulo central de mi trabajo. En este capítulo se desarrollará un análisis comparativo de la interpretación y aplicación de los principios comunes, objeto del estudio, en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales examinados. Su objetivo será, en primer lugar, demostrar la importancia de dichos principios para el correcto desempeño de la función judicial internacional. En segundo lugar, se comprobará que, por su interpretación y aplicación convergente en la jurisprudencia internacional, los principios generales del Derecho, estudiados en la presente investigación, son efectivamente principios comunes a los Tribunales internacionales.

El capítulo cuatro examinará la función de los principios comunes a los Tribunales internacionales en relación con la “judicialización” del Derecho internacional. El objetivo de este capítulo consiste en obtener algunas conclusiones importantes del estudio comparativo, llevado a cabo en el capítulo 2, para saber cómo la existencia de principios comunes a los Tribunales internacionales permite resolver los aspectos problemáticos de la “judicialización” del Derecho internacional, identificados previamente.

CAPITULO 1: LA “JUDICIALIZACION” DEL DERECHO INTERNACIONAL

El término “judicialización” del Derecho internacional se refiere a la multiplicación de los Tribunales internacionales. En mi opinión, dicha multiplicación es un fenómeno reciente **(1)**, propiciado por una serie de factores complejos **(2)**. Este fenómeno suscita algunos problemas para el funcionamiento del orden jurídico internacional. En particular, a mí me preocupan los problemas relacionados con la creciente especialización de los múltiples Tribunales internacionales **(3)** y con la ausencia de todo tipo de relaciones formales entre dichas jurisdicciones **(4)**. Después de identificar los aspectos problemáticos de la

“judicialización” del Derecho internacional me preguntaré ¿en qué podría consistir su solución?

1. La multiplicación de las jurisdicciones internacionales: un fenómeno reciente

Tradicionalmente se consideraba que la solución judicial de las controversias en el Derecho internacional era incipiente y poco desarrollada. Las vías tradicionales para el arreglo de dichas controversias eran las negociaciones diplomáticas y, excepcionalmente, el arbitraje internacional.¹¹⁰ El contexto actual de la resolución de los litigios internacionales ha cambiado radicalmente.

En efecto, a partir del final de la Segunda Guerra Mundial y, sobre todo, a partir de la década de los 90, el orden jurídico internacional se caracteriza por una multiplicación sin par de los órganos jurisdiccionales que operan en su ámbito. Este fenómeno es generalmente referido en la doctrina como “jurisdiccionalización” o “judicialización”¹¹¹ y afecta a todas las esferas de regulación del Derecho internacional.

Según yo, se pueden distinguir varias etapas históricas en la evolución de los métodos judiciales de solución de controversias en el Derecho internacional.¹¹² Cronológicamente, las tres primeras etapas de su desarrollo se sitúan antes de 1989 y la cuarta etapa cubre el periodo de 1989 a la actualidad.

El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas distingue varios métodos para el arreglo de los litigios internacionales: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos, por ejemplo los buenos oficios. El arreglo judicial de las controversias internacionales es confiado a un órgano jurisdiccional con ciertas características orgánicas y con un funcionamiento

¹¹⁰ En particular porque estos dos métodos se consideraban mucho más respetuosos de la soberanía estatal que el sometimiento de los litigios a órganos judiciales internacionales.

¹¹¹ *La juridictionalisation du Droit International*, Colloque de Lille, Société Française pour le Droit international, 2002, ed. Pédone, Paris, 2003, 545p.

¹¹² Kebede Tiba, Firew, What caused the multiplication of international Courts and Tribunals, *Gonzaga Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, p. 203

procesal estrictamente determinado. Este Tribunal internacional, imparcial e independiente de los intereses de las partes en la controversia, se pronuncia con base a las reglas del Derecho internacional que le son aplicables.¹¹³

La historia moderna de los métodos de resolución de controversias en el Derecho internacional¹¹⁴ comenzó con la adopción del “Tratado Jay” entre los Estados Unidos y Gran Bretaña en 1794.¹¹⁵ Dicho tratado establecía tres comisiones arbitrales mixtas, compuestas por representantes de cada uno de los dos países. La función principal de estas comisiones consistía en resolver las controversias que surgieron como resultado de la Guerra de independencia de los Estados Unidos.¹¹⁶ Los órganos creados por el “Tratado Jay” revivieron el interés por la utilización del arbitraje en el ámbito internacional. Durante todo el siglo XIX los Estados Unidos, Gran Bretaña y muchos otros Estados europeos recurrieron con frecuencia a este método de solución de las controversias.

El arbitraje en el caso *Alabama* de 1872 marcó otro paso decisivo en el desarrollo de los mecanismos de arreglo de las diferencias en el Derecho internacional. En el tratado de Washington, concluido en 1872 por los Estados Unidos y Gran Bretaña, los dos países acordaron someter sus principales

¹¹³ <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=1>

¹¹⁴ La solución de controversias en el Derecho internacional empezó a desarrollarse a partir del siglo XVIII. Como lo afirma Georges Abi-Saab (Abi-Saab, Georges, *The normalization of international adjudication*, *International Law and Politics*, vol. 43, pp. 2-3) previo a esta fecha regía el sistema resultante de la paz de Westphalia que ponía fin a las guerras de religión en Europa. Dicho sistema se caracterizaba por el establecimiento de relaciones horizontales entre los países europeos, basadas en el principio de (formal) igualdad soberana. Los “príncipes” europeos que anteriormente debían obedecer a los Papas o Emperadores, reconocían mutuamente su autoridad suprema para definir la política interna e internacional de sus Estados. Esta estructura horizontal era muy poco favorable al desarrollo de órganos judiciales internacionales. Los soberanos eran muy renuentes a someter sus disputas a un tercero imparcial que les impusiera el respeto de una decisión fundada en reglas (jurídicas), por encima de su voluntad (soberana). Como lo afirma el historiador del Derecho internacional Wilhelm Grewe, el sistema resultante de la paz de Westphalia constituyó el “nadir” (el punto más bajo) de la resolución judicial de las controversias internacionales. (Grewe, Wilhelm, *The epochs of International Law*, ed. Michael Byers, 2000, pp. 363-367, citado en Abi-Saab, Georges, *The normalization...*, *op. cit.*, nota 112, p. 2). Los pocos arreglos pacíficos de los litigios internacionales resultaban de un arbitraje *inter pares*: dos soberanos sometían su controversia a un tercero mediante el recurso a las negociaciones políticas.

¹¹⁵ El Tratado de Amistad, Comercio y Navegación fue concluido el 19 de noviembre de 1794 entre los gobiernos de los Estados Unidos y Gran Bretaña. Dicho Tratado fue nombrado “*Jay Treaty*” por el nombre del juez y ex Ministro de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos John Jay.

¹¹⁶ Dos de las comisiones de reclamación mixtas eran competentes para la resolución de las controversias territoriales entre los Estados Unidos y Gran Bretaña y la tercera comisión fue encargada de las demandas de indemnización presentadas por nacionales de cada uno de los dos países

litigios¹¹⁷ a un Tribunal arbitral. Las disposiciones de dicho Tratado fijaban de manera muy precisa las reglas de funcionamiento del Tribunal y la sentencia que dictó fue estrictamente observada por parte de los dos Estados.¹¹⁸ La eficacia del arbitraje para resolver la importante controversia en el caso *Alabama* demostró las ventajas de este mecanismo para la solución de las controversias internacionales y propició su importante desarrollo durante todo el siglo XIX.

La Conferencia de paz de la Haya, convocada por el Tzar ruso Nikolaï II, marcó el inicio de una segunda fase en la historia moderna de los métodos de arreglo de diferencias en el Derecho internacional.¹¹⁹ Al final de esta conferencia¹²⁰ se adoptó una Convención para la solución pacífica de las controversias internacionales.¹²¹ Dicho Tratado contenía disposiciones innovadoras, relativas al arbitraje y a los demás mecanismos de arreglo de los conflictos internacionales. Para facilitar su funcionamiento concreto, la Convención previó la creación de una Corte permanente de Arbitraje (CPA) que empezó a funcionar a partir de 1902. Dicho órgano reunía un panel de juristas designados por cada país miembro de la Convención que podría ser utilizado para la constitución de los Tribunales arbitrales en las controversias futuras.¹²² Por lo tanto, a diferencia de lo que su nombre indica, la CPA no era un verdadero órgano jurisdiccional. No obstante, su creación constituyó una importante etapa en la

¹¹⁷ Dichas diferencias se referían a la falta de neutralidad de Gran Bretaña durante la Guerra civil estadounidense, en particular, porque la mayoría de los barcos de guerra que intervenían en el conflicto eran construidos y armados en puertos británicos. Este era el caso del famoso barco “*Alabama*”. Cabe señalar que en la actualidad una importante sala en el Palacio de la Haya donde se encuentra la sede de la Corte permanente de arbitraje lleva precisamente este nombre.

¹¹⁸ Dicha observación era algo excepcional en una época en la que las principales controversias internacionales se arreglaban mediante el recurso a la fuerza.

¹¹⁹ Carreau, Dominique, *op. cit.*, nota 2, p. 321

¹²⁰ El objetivo principal de esta conferencia era discutir el establecimiento de la paz y el desarmamiento en el plano internacional. Es interesante notar que en la Conferencia de la Haya por primera vez participaron algunos pequeños Estados de Europa y Asia y México. Todas las conferencias internacionales anteriores contaban con la representación únicamente de las “grandes potencias” del momento.

¹²¹ El nombre mismo de la Convención indica la concepción que se tenía de la resolución de las controversias internacionales. El adjetivo “pacífica” es utilizado para contrastar con el principal método de arreglo de los conflictos en esta época: el recurso a la fuerza. (Abi, Saab, Georges, *The normalization...*, *op. Cit.*, nota 112, p. 2)

¹²² Desde este punto de vista el objetivo de la Convención era facilitar el funcionamiento del arbitraje (o constituir una *arbitration facility*). (Swebel, Stephen, *The Merits (and Demerits) of International Arbitration and Adjudication*, UN Lecture Series, disponible en http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Schwebel_CT_video_1.html)

institucionalización de los métodos de solución de las controversias internacionales y abrió el camino para la consolidación de las reglas jurídicas que los gobiernan.

En la segunda Conferencia de paz de la Haya de 1907 se adoptaron algunas modificaciones a la Convención de 1899 y se presentaron varias propuestas tendientes a mejorar el funcionamiento de la CPA.¹²³ Las sentencias adoptadas por los Tribunales arbitrales, constituidos con recurso a los miembros de la CPA contribuyeron en forma decisiva al desarrollo del Derecho internacional durante la primera mitad del siglo XX.¹²⁴ No obstante, estos Tribunales no lograron desarrollar una jurisprudencia coherente¹²⁵. Además, el carácter meramente opcional del arbitraje interestatal¹²⁶ que la Convención de 1899 establecía, explica porque la CPA desempeña una función modesta en la solución de las controversias en el plano internacional.

Las ideas expresadas durante las dos Conferencias de Paz de la Haya sirvieron de inspiración para el establecimiento del primer Tribunal internacional permanente al final de la Primera Guerra Mundial. Dichas ideas se materializaron en la adopción del Estatuto de la Corte permanente de justicia internacional (CPJI) por la primera Asamblea de la Liga de las Naciones¹²⁷ en diciembre de 1920.

¹²³ En efecto, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Elihu Root, propuso la transformación de la CPA en un verdadero Tribunal internacional permanente. Según Root los miembros de la CPA debían ser jueces y no árbitros, sesionar en forma permanente y resolver los litigios que se les presentaban según los métodos judiciales de solución de conflictos. A pesar de que estas propuestas nunca se materializaron, sus principales puntos sirvieron de inspiración para la adopción del Estatuto de la Corte permanente de justicia internacional (CPJI) algunos años más tarde.

¹²⁴ Algunos de los asuntos tratados por Tribunales *ad hoc* cuyos miembros pertenecían a la CPA tuvieron un gran impacto sobre la evolución del Derecho internacional. Podemos pensar en los asuntos clásicos de *Manouba* (1913), *Fronteras del Timor* (1914) y *Soberanía sobre la isla de las Palmas* (1928).

¹²⁵ Es muy difícil pensar que Tribunales arbitrales, compuestos por distintos miembros, pudieran establecer un cuerpo uniforme de jurisprudencia, al menos en el estado de desarrollo del Derecho internacional a principios del siglo XX.

¹²⁶ Los Estados miembros de la Convención no tenían ninguna obligación positiva de recurrir al arbitraje para la resolución de sus controversias ni tampoco de escoger a los miembros de la CPA para constituir a un Tribunal arbitral *ad hoc*.

¹²⁷ La Liga de las Naciones también denominada Sociedad de las Naciones (SDN) era una organización de Estados, establecida por la iniciativa del Presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson, con el objetivo de evitar futuras guerras internacionales y garantizar la paz mundial. Poco después de su creación la SDN fracasó, y años más tarde dio origen a la actual Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Dicho instrumento entró en vigor definitivamente en septiembre de 1921, fijando las reglas de funcionamiento de la CPJI¹²⁸ y estableciendo su sede en el Palacio de la Paz en la Haya. La creación de la CPJI fue sin duda una etapa muy importante para el desarrollo de los métodos de resolución de conflictos en el Derecho internacional. Por primera vez el orden jurídico internacional fue dotado de una jurisdicción independiente e imparcial de los intereses de las partes en el litigio. Además, su carácter permanente le permitía adoptar jurisprudencia uniforme y obligatoria para todos sus justiciables. Las sentencias pronunciadas por este Tribunal influenciaron en forma decisiva el desarrollo del Derecho internacional sustancial¹²⁹ y consolidaron los aspectos procesales del arreglo judicial de los conflictos internacionales.

El comienzo de la Segunda Guerra Mundial interrumpió la actividad de la CPJI y la solución (pacífica) de las controversias en el Derecho internacional fue suspendida por completo. Después del final de la guerra, en octubre de 1944, en la Conferencia de Dumberton Oaks y Yalta, las cuatro potencias vencedoras¹³⁰ se pusieron de acuerdo sobre los objetivos, la estructura y el funcionamiento de una nueva organización mundial de Estados: la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Posteriormente, durante la Conferencia de San Francisco,¹³¹ en abril de 1945, se decidió crear la Corte internacional de justicia (CIJ) como uno de los órganos principales de la ONU y anexar su Estatuto a la Carta constitutiva de dicha organización. El Estatuto de la CIJ fue basado en el Estatuto de su predecesora, la CPJI¹³², y esta última fue formalmente disuelta en enero de

¹²⁸ En particular, el Estatuto previó que el Tribunal debía ser compuesto por jueces, electos por el Consejo y la Asamblea de la Liga de las Naciones que representen “*las principales formas de civilización y las principales culturas jurídicas del mundo*”.

¹²⁹ Entre 1922 y 1940, la CPJI resolvió 29 casos contenciosos y pronunció 27 opiniones consultativas. Muchas de las sentencias que adoptó aclararon varios aspectos relevantes del Derecho internacional, aplicable en esta época, y permitieron a la Corte desarrollar una verdadera “*técnica judicial*” respecto a las cuestiones de carácter procesal que se le presentaban.

¹³⁰ Los Estados Unidos, el Reino Unido, la Unión Soviética y China.

¹³¹ La Conferencia de San Francisco fue una de las mayores Conferencias internacionales de la época, visto que contó con la participación de 50 Estados.

¹³² Además, la sede de la CIJ también fue fijada en el Palacio de la Paz en la Haya y la CIJ empezó a funcionar con muchos de los antiguos funcionarios de la CPJI, incluyendo el primer Presidente de la CIJ y último Presidente de la CPJI, el salvadoreño José Gustavo Guerrero.

1946.¹³³ La CIJ resolvió su primer caso en 1947 en el asunto *Estrecho de Corfú*.¹³⁴ La jurisprudencia posterior de la Corte tuvo una importancia mayor para el desarrollo del Derecho internacional y sus sentencias aclararon y consolidaron muchos de sus principios fundamentales.

Se puede considerar que la creación de la CIJ en 1946 marcó una tercera etapa en el desarrollo de los métodos de arreglo de diferencias en el Derecho internacional¹³⁵. En efecto, el establecimiento de la primera jurisdicción internacional permanente fue seguido por la creación de otros Tribunales internacionales, con competencia regional o universal. El estatuto de la CIJ sirvió de inspiración para la adopción de varios otros Tratados constitutivos de jurisdicciones internacionales permanentes.

Así, en los años 1950 y 1960, en el ámbito regional europeo fueron creados dos nuevos Tribunales internacionales: el Tribunal de justicia de las Comunidades europeas¹³⁶ (TJCE) y la Corte europea de derechos humanos (CEDH).

Después del final de la Segunda Guerra Mundial todo el continente europeo atravesaba graves problemas políticos, económicos y sociales. La devastación completa de muchos de los países europeos, el caos en el que fueron sumergidos sus pueblos durante el holocausto, las dictaduras totalitarias y la corrupción de los sectores públicos, creaban la urgente necesidad de pensar no sólo en las posibilidades de reconstrucción sino también en cómo evitar el regreso de la guerra en el futuro.¹³⁷ Esta necesidad condujo al establecimiento de dos

¹³³ Una de las principales razones para crear una nueva Corte internacional y no mantener o reformar la CPJI fue la percepción de ésta como parte de un “viejo orden mundial”. En efecto, muchos de los Estados miembros de la Comunidad internacional consideraban que la CPJI representaba un orden mundial en el que los países europeos ejercían su dominación cultural, política, económica etc. En cambio, con la creación de la ONU se intentó poner fin a los viejos imperialismos y se buscó un equilibrio más multipolar de las relaciones internacionales.

¹³⁴ CIJ, *Corfu Channel*, Great Britain vs Albania, 25 de marzo de 1948

¹³⁵ Kebede Tiba, Firew, What caused the multiplication of international Courts and Tribunals, *Gonzaga Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, p. 203

¹³⁶ A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 el TJCE se denomina Tribunal de justicia de la Unión Europea (TJUE).

¹³⁷ *The European Convention on Human Rights*, <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/The+Court/Introduction/Information+documents/>

instituciones internacionales permanentes: el Consejo de Europa¹³⁸ y las Comunidades económicas europeas (CEE), hoy día unificadas en la Unión Europea (UE).

La principal función del Consejo de Europa era garantizar el respeto de los derechos humanos de los individuos, aún en contra de sus gobiernos nacionales. La idea de proteger jurídicamente los derechos humanos nació después del final de la Segunda Guerra Mundial.¹³⁹ Así en 1948, bajo los auspicios de la ONU, fue adoptada la Declaración universal de los derechos humanos. Dicho instrumento jurídico sirvió de inspiración directa para la adopción de la Convención europea de derechos humanos¹⁴⁰ en el ámbito regional europeo. Cabe señalar que la Declaración universal de los derechos humanos también influenció la firma de la Declaración americana de derechos humanos¹⁴¹ entre varios países de la región latinoamericana.

La importancia de la Convención europea de derechos humanos reside no sólo en el gran alcance de derechos humanos que ésta protege sino también en la institución de un mecanismo jurisdiccional específico para su tutela. La Corte europea de derechos humanos fue creada en 1959 para velar por el respeto, por parte de los Estados miembros de la Convención, de las obligaciones que dicho instrumento les impone en materia de protección de los derechos humanos. Sus miembros fueron elegidos por la Asamblea consultativa del Consejo de Europa en

¹³⁸ Cabe señalar que el Consejo de Europa no es un órgano de la Unión Europea, aunque muchas veces la cercanía de su denominación con el Consejo europeo o el Consejo de ministros puede conducir a confusiones.

¹³⁹ La necesidad de proteger los derechos humanos en el plano internacional fue el resultado directo de las atrocidades y crímenes cometidos durante la Segunda Guerra mundial.

¹⁴⁰ La Convención fue elaborada por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953, después de ser ratificada por gran número de países europeos.

¹⁴¹ Los Estados latinoamericanos se reunieron en México en 1948 y decidieron la adopción de una Declaración sobre derechos humanos que podría convertirse posteriormente en una Convención internacional obligatoria. Dicha declaración fue adoptada en mayo de 1948 en Bogotá, Colombia por los Estados miembros de la Organización de estados americanos (OEA). 20 años más tarde en 1968 en una reunión que se celebró en San José, Costa Rica, los representantes de los Estados miembros de la OEA adoptaron la Convención interamericana de derechos humanos. La Convención preveía la creación de una Corte interamericana de derechos humanos pero su establecimiento concreto se logró únicamente después de la entrada en vigor de la Convención, el 18 de julio de 1978. Los miembros de la Asamblea de la OEA designaron a los jueces de la Corte en 1979 y ésta tuvo su primera reunión oficial, el 30 de junio de 1979 en Washington DC. Posteriormente su sede fue trasladada en San José, Costa Rica y a partir de 1980 la Corte adoptó su reglamento interno y su Estatuto. Para más detalles: <http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>

1959. En el mismo año la Corte adoptó su Reglamento y dictó su primera sentencia en el caso *Lawless c/ Irlanda*.¹⁴² A partir de su creación, la CEDH se ha convertido en uno de los Tribunales internacionales más activos y su jurisprudencia desempeña una función sumamente importante para el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos.

Por su parte, el proyecto de crear una Unión de los Estados europeos¹⁴³ inició con la declaración pronunciada el 9 de mayo de 1960 por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Robert Shuman.¹⁴⁴ En su declaración, Shuman preveía el establecimiento de una “*Haute Autorité*” y de un órgano jurisdiccional internacional, competente “para resolver los recursos dirigidos en contra de sus decisiones”. El plan Shuman fue plasmado en el Tratado de la Comunidad europea del Carbón y del Acero (TCECA), firmado por sus seis Estados fundadores¹⁴⁵ en París (Tratado de París) el 18 de abril de 1951¹⁴⁶ y en vigor a partir del 23 de julio de 1952.¹⁴⁷ En este Tratado los Estados miembros de la CECA decidieron crear un Tribunal internacional, con la misión de asegurar el respeto del Derecho comunitario y su aplicación uniforme en el territorio integrado.¹⁴⁸ El Tribunal de justicia de la CECA¹⁴⁹ fue solemnemente instalado en Luxemburgo y, después de haber adoptado su Reglamento interno, pronunció su primera sentencia el 21 de diciembre de 1954.¹⁵⁰ Un desarrollo posterior del sistema jurisdiccional europeo fue iniciado con la firma de los dos Tratados de Roma, el 25 de marzo de 1967, que crearon la Comunidad económica europea

¹⁴² CEDH, *Lawless c/ Irlanda*, 1º de julio de 1961

¹⁴³ O “Los Estados Unidos de Europa” según la expresión utilizada por sus “padres fundadores”.

¹⁴⁴ Dicho discurso fue la expresión del plan económico que Shuman había desarrollado con la ayuda del ilustre economista francés Jean Monnet. El plan Shuman preveía, en particular, la integración de las industrias europeas del carbón y del acero y la creación de una Comunidad económica del carbón y del acero (CECA). Esta integración, según Shuman, constituiría una histórica iniciativa para una “Europa organizada y vital”, indispensable para la “civilización” y para el mantenimiento de la paz en el mundo.

¹⁴⁵ Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda

¹⁴⁶ Borchardt, Klaus-Dieter, *L'ABC du Droit communautaire*, http://ec.europa.eu/publications/booklets/eu_documentation/02/txt_fr.pdf, p. 13

¹⁴⁷ La CECA fue establecida por un periodo de 50 años e incluida en la Comunidad europea a partir de la expiración de su Tratado constitutivo en 2002.

¹⁴⁸ *Cour de justice des communautés européennes, repères historiques, bâtiments et symboles*, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-11/fr_historique.pdf

¹⁴⁹ Este órgano jurisdiccional fue compuesto por siete jueces y dos abogados generales que prestaron sermón el 4 de diciembre de 1952.

¹⁵⁰ *France c/ Haute Autorité (1/54)* e *Italie c/ Haute Autorité (2/54)*

(CEE) y la Comunidad europea de energía atómica (Euratom). Los Tratados de Roma establecieron el Tribunal de justicia de las Comunidades europeas (TJCE), órgano judicial único para las tres Comunidades. El TJCE reemplazó la Corte de justicia de la CECA y muy pronto adquirió una importancia fundamental para el funcionamiento de la integración regional europea.¹⁵¹ Aun en la actualidad, el TJUE es frecuentemente considerado como uno de los Tribunales internacionales “más influyentes del mundo”.¹⁵²

Cabe señalar que el final de la Guerra Fría también creó la necesidad de repensar los problemas económicos y financieros internacionales, con el objetivo de relanzar la reconstrucción económica de los países. En este sentido, fueron concluidos los acuerdos de Bretton Woods que crearon el Banco Mundial y el Fondo monetario internacional.¹⁵³ La recuperación de las relaciones comerciales internacionales en los años siguientes fomentó el desarrollo de las inversiones extranjeras en el plano global. Por lo tanto, fue necesario adoptar una regulación jurídica de los flujos de inversiones en el ámbito internacional. En 1965, bajo los auspicios del Banco Mundial, fue elaborada la Convención de Washington para el arreglo de controversias sobre inversiones.¹⁵⁴ Dicha Convención estableció el Centro internacional para el arreglo de controversias sobre inversiones (CIADI).¹⁵⁵ El CIADI permite la resolución de las controversias entre inversionistas y Estados miembros de la Convención de Washington mediante el recurso al arbitraje

¹⁵¹ Simon, Denis, *Le système juridique communautaire*, Paris, ed. PUF, 3^{ème} ed. 2001, p. 206

¹⁵² La jurisprudencia del Tribunal tuvo una contribución crucial para el desarrollo, tanto de la integración en el orden jurídico comunitario, como de la integración regional europea en su conjunto. En efecto, las sentencias del TJUE establecieron los principios fundamentales del Derecho de la UE, a pesar de que éstos no estaban previstos en los Tratados constitutivos de las CEE.

¹⁵³ Los acuerdos de Bretton Woods son las resoluciones de la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, realizada en el complejo hotelero de Bretton Woods, New Hampshire, entre el 1 y el 22 de julio de 1944. En dicha conferencia se fijaron las reglas económicas y financieras que debían regir las relaciones entre los países industrializados de la época y se optó por el establecimiento de una política económica liberal en el plano internacional.

¹⁵⁴ La Convención fue adoptada por el Banco Mundial el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966 después de haber sido ratificada por 20 Estados. Esta participación creció de manera importante, en particular durante los años 90. En 2002, el número de Estados miembros a la Convención llegó a ser 135.

¹⁵⁵ *History of the ICSID Convention*, http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home

institucional.¹⁵⁶ El funcionamiento concreto del arbitraje CIADI empezó a partir de 1974 y su primer caso, *Holiday Inn c/ Marruecos*, fue resuelto el 14 de mayo de 1974.¹⁵⁷ El arbitraje CIADI se ha convertido en uno de los foros predilectos para la solución de los conflictos que oponen los inversionistas extranjeros a los Estados miembros de la Comunidad internacional.

Así, hasta los principios de los años 1980 el número de jurisdicciones internacionales se había multiplicado considerablemente en comparación con el estado de desarrollo de los métodos de solución de controversias a principios del siglo XX. La principal causa de la creación de nuevos Tribunales internacionales en este periodo fue el establecimiento de un “nuevo orden mundial” al final de la Segunda Guerra Mundial. Las necesidades de reconstrucción económica, garantía a la paz y el restablecimiento de las relaciones internacionales en la época post-guerra propiciaron la creación de nuevas jurisdicciones, competentes para resolver los litigios de Derecho internacional que se presentaban. No obstante, el número de Tribunales internacionales establecidos de 1902 a 1989 no superaba 7.¹⁵⁸ Una aceleración sin par del fenómeno de “judicialización” del Derecho internacional ocurrió en la década de los 90.

La cuarta etapa de desarrollo de los métodos de solución de controversias en el Derecho internacional inició en los años 1990. A partir de 1989 y hasta la actualidad asistimos a una multiplicación sin precedente de los Tribunales internacionales. En este corto periodo de tiempo fueron creadas o completamente reformadas más de 12 jurisdicciones internacionales.¹⁵⁹ En la actualidad, pueden ser identificadas 20 jurisdicciones internacionales (Tribunales o Comisiones)

¹⁵⁶ La institucionalización del arbitraje CIADI tenía por objetivo facilitar la resolución de las controversias en materia de inversiones y, de esta manera, promover un clima favorable para su desarrollo en el plano internacional.

¹⁵⁷ A partir de los años 1990, el número de litigios sometidos al CIADI aumentó drásticamente.

¹⁵⁸ Hasta 1990 en el ámbito internacional operaban únicamente 6 jurisdicciones internacionales: la CIJ, la CEDH, la CIDH, el TJUE, el CIADI y el TJCA.

¹⁵⁹ En particular, el Tribunal penal para la ex-Yugoslavia, el Tribunal penal para Ruanda, la Corte penal internacional, el sistema de solución de las controversias de la OMC, el del TLCAN, el del Mercosur, la Corte de justicia del Caribe, la Corte de justicia de la COMESA, el Tribunal internacional para el Derecho del mar, la Corte especial para Sierra Leona y las jurisdicciones establecidas en el ámbito de: la Comisión africana para los derechos humanos y de los pueblos, la Comisión de compensaciones de las Naciones Unidas, la Asociación europea de libre comercio, la Organización para la seguridad y la cooperación en Europa.

permanentes y, al menos, 17 otras instituciones internacionales que cumplen con funciones de naturaleza judicial o casi-judicial. Podemos pensar en los nuevos Tribunales internacionales competentes en materia de Derecho del comercio internacional o de Derecho internacional de las inversiones, en las jurisdicciones competentes en materia de derechos humanos o en las que aplican el Derecho penal internacional.¹⁶⁰

Aunque sea difícil identificar el número exacto de órganos jurisdiccionales o casi jurisdiccionales que operan a nivel internacional, varios autores han intentado elaborar listas aproximativas. La siguiente tabla sinóptica elaborada por Cesare Romano¹⁶¹ nos ofrece un compendio aproximativo de Tribunales internacionales que existen a la escala global. En otra tabla similar, Karen Alter sintetiza los principales ámbitos de competencia de los Tribunales internacionales permanentes.¹⁶²

¹⁶⁰ Bodack, Jessica, International Law for the Masses, *Duke Journal of Comparative and International law*, vol. 15, p. 364

¹⁶¹ Romano, Cesare, *Project on International Courts and Tribunals*, Center on International Cooperation, New York University. Traducción: Omar Carrasco y Juan Andrés Alvarez, 2004-2005.

¹⁶² Alter, Karen, *The Multiple Role of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review*, Northwestern University School of Law, Workin Paper, 2012, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu>

Esta multiplicación cuantitativa de las jurisdicciones internacionales fue acompañada por un cambio cualitativo en su naturaleza y funciones respectivas. Por ejemplo, en la actualidad, la mayoría de las jurisdicciones internacionales son competentes para resolver controversias no únicamente de carácter interestatal sino también litigios en los que intervienen actores no estatales (organizaciones internacionales gubernamentales o no gubernamentales, personas físicas o morales). De la misma manera, mientras que la mayoría de las jurisdicciones establecidas antes de 1990 tenían competencia universal, hoy día asistimos al desarrollo de jurisdicciones que intervienen en el plano regional y son mucho más influenciadas por los contextos jurídicos propios de cada región.¹⁶³ Además, en los últimos diez años observamos la creación de categorías completamente nuevas de jurisdicciones: los Tribunales penales internacionales o los Tribunales mixtos, a la vez internos e internacionales.¹⁶⁴

¿Cuáles fueron los factores que causaron estos cambios tan importantes en la naturaleza de los métodos judiciales de resolución de las controversias en el Derecho internacional?

2. Los factores que propiciaron la multiplicación de los Tribunales internacionales

¹⁶³ Romano, Cesare, The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle, *International Law and Politics*, vol. 31, 1999 p. 710

¹⁶⁴ En la actualidad existen varios Tribunales mixtos, establecidos para juzgar crímenes y delitos graves, cometidos en el territorio de algunos países. Con este objetivo fueron establecidos el Tribunal internacional para Timor Oriental, el Tribunal para Irak y los Tribunales mixtos para juzgar los khmers rouges de Cambodia. Los Tribunales mixtos “confiscan” la competencia de los Tribunales internos para asegurar la protección de algunos de los intereses fundamentales de la Comunidad internacional.

En mi opinión, la multiplicación sin par de las jurisdicciones internacionales es el resultado de una serie de factores complejos. Sin pretender a la exhaustividad, analizaré algunos de estos factores. En particular, considero que el final de la Guerra Fría **(A)**, la “globalización” y la “regionalización” de la economía mundial **(B)**, la “expansión” del Derecho internacional en nuevos ámbitos de regulación normativa **(C)**, la importancia creciente de los actores no estatales en la esfera de las relaciones internacionales **(D)** y la relativización del carácter consensual de la justicia internacional **(E)** se relacionan estrechamente con la actual “judicialización” del Derecho internacional. Desde un punto de vista más general, todos estos factores contribuyen a la “complejización” del Derecho internacional.¹⁶⁵

A. El final de la Guerra Fría

El final de la Guerra Fría modificó drásticamente el funcionamiento de la Sociedad internacional. El ocaso del bipolarismo y el abandono del marxismo-leninismo que lo fundamentaba crearon una necesidad funcional de establecer nuevas jurisdicciones internacionales.

El final del bipolarismo que caracterizaba la época de la Guerra Fría tuvo un impacto significativo sobre los mecanismos de solución de las controversias en el Derecho internacional. El cambio en el “clima” de las relaciones internacionales propició la adopción de nuevos tratados multilaterales. Dichos tratados tuvieron como objetivo principal la liberalización de los intercambios comerciales internacionales, la creación de nuevas organizaciones internacionales y la reforma

¹⁶⁵ El término “*complejización*” es empleado por la profesora Boisson de Chazournes para referirse a la extensión del campo de regulación del Derecho internacional, a la multiplicación de los Tribunales que operan en su ámbito y a la creciente importancia de los actores privados en la adopción y aplicación de las normas internacionales. (Boisson de Chazournes, Laurence, *Le rôle du juge international dans un contexte de multiplication des procédures de règlement des différends*, UN Lecture Series, disponible en http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Boisson-de-Chazournes_CT_video_1.html). De la misma manera, en la opinión de Mireille Delmas-Marty, la complejidad del mundo (y del Derecho internacional) parece constituir una especie de *bricolage* que intenta, a través de múltiples interacciones (judiciales y normativas, impuestas e instantáneas, directas e indirectas) interconectar los distintos conjuntos jurídicos (nacionales e internacionales). (Delmas-Marty, Mireille, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, ed. Hart publishing, 2009, p. 14)

en el funcionamiento de varias de las organizaciones ya existentes.¹⁶⁶ Estos cambios afectaron la evolución de los mecanismos de solución de las controversias internacionales.

A partir de la desintegración de la Unión Soviética fueron establecidos al menos 10 nuevos Tribunales internacionales.¹⁶⁷ En primer lugar, la creación, en 1993, de un Tribunal penal internacional para juzgar los crímenes de guerra cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia fue el resultado indirecto del final del bipolarismo.¹⁶⁸ El consenso internacional que acompañó su creación y el éxito con el que funciona el Tribunal penal para la ex Yugoslavia influenciaron su reproducción para el caso de los crímenes internacionales cometidos durante el genocidio en Ruanda. Posteriormente, estos dos primeros Tribunales penales internacionales sirvieron de inspiración para la creación de una Corte penal internacional permanente por el Estatuto de Roma en 2003.

Otro ejemplo importante de la influencia que ejerció el final del bipolarismo sobre la multiplicación de los mecanismos de solución de controversias en el Derecho internacional puede ser hallado en materia de derechos humanos. El desarrollo del multilateralismo en la escena internacional propició la adhesión de nuevos miembros al Consejo europeo de derechos humanos¹⁶⁹ y orientó la reestructuración de la Corte europea de derechos humanos en 1994.¹⁷⁰

El final del bipolarismo afectó significativamente el desarrollo de otra jurisdicción importante. En efecto, antes de 1990, el Tribunal internacional para el Derecho del Mar (TIDM) tenía jurisdicción sobre las disputas territoriales que surgían entre una pequeña minoría de Estados.¹⁷¹ Con el final de la Guerra Fría

¹⁶⁶ Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 158, p. 729

¹⁶⁷ *Idem*

¹⁶⁸ El establecimiento de este Tribunal se decidió por un consenso entre todos los Estados miembros del Consejo de Seguridad de la ONU. Además dicha creación fue sin duda propiciada por el cambio radical en la posición de la ex Unión Soviética respecto a la soberanía política de los Estados de Europa del Sur-este.

¹⁶⁹ Principalmente tratándose de los Estados de Europa central y oriental.

¹⁷⁰ La adhesión de nuevos miembros al Consejo de Europa creó la necesidad de modificar varios artículos de la Convención europea de derechos humanos y reformar el funcionamiento del órgano jurisdiccional que ésta establece. En particular, fue necesario ampliar las funciones jurisdiccionales de la CEDH y las vías directas de acceso a su foro.

¹⁷¹ Únicamente 41 Estados habían ratificado la Convención de Montego Bay que establecía el Tribunal.

muchos de los Estados que formaban parte de la ex Unión Soviética y varios de sus Estados-Satélite ratificaron la Convención de Montego Bay, lo que permitió al Tribunal extender su competencia y mejorar considerablemente la eficacia de su jurisprudencia.

Finalmente, el dismantelamiento de la “Cortina de Hierro” marcó la creación de una nueva Corte internacional con competencia regional: la Corte centroamericana de justicia (CCM). En 1991, los Estados de la región centroamericana¹⁷² firmaron el Protocolo de Tegucigalpa que estableció el Sistema de Integración Centroamericana (SICA). Anteriormente, la integración política y económica entre estos Estados había sido obstaculizada por las rivalidades geopolíticas que caracterizaban la región durante la Guerra Fría.¹⁷³

La creación o la remodelación de todas estas jurisdicciones internacionales inmediatamente después de 1989 aceleraron el fenómeno de “judicialización” del Derecho internacional. Dicha aceleración fue propiciada no solamente por el final del bipolarismo en el ámbito internacional sino también por el abandono de las teorías político-filosóficas que lo sostenían.

Las doctrinas marxista-leninistas que se utilizaban como fundamento de las relaciones internacionales en la época de la Guerra Fría constituían un obstáculo considerable para el desarrollo de foros jurisdiccionales en el plano internacional. En la visión marxista-leninista, el Derecho, en general, y el Derecho internacional, en particular, representan un instrumento de la lucha entre las clases. Visto que las relaciones internacionales transponían, en el ámbito internacional, la lucha entre las clases, propia a las relaciones sociales internas, la resolución de los conflictos internacionales no debía ser confiada a un tercero imparcial. Cualquier intento de resolverlos por este medio presentaba el riesgo de perpetrar las divisiones y las luchas entre las clases.¹⁷⁴

A esta visión de la resolución de los conflictos internacionales se sumaba la doctrina de “soberanía restringida” preconizada por Brejnev en los años 1970.

¹⁷² En particular Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Nicaragua.

¹⁷³ Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 158, p. 732

¹⁷⁴ Shabtai, Rosenne, *Law and Practice of the International Court*, citado en Romano, Cesare, *op. cit.*, nota 158, pp. 187-194

Según dicha doctrina, los países socialistas debían mantener relaciones únicamente amistosas entre sí y evitar toda posibilidad de conflictos. Por lo tanto, los únicos conflictos internacionales que podían presentarse opondrían los Estados socialistas a los Estados capitalistas o los Estados capitalistas entre sí. En este último caso era preferible dejar que el capitalismo se destruya a sí mismo, con sus propios argumentos. Debido a esto, los Estados miembros de la Unión Soviética y sus Estados-satélite preferían utilizar las negociaciones diplomáticas como método de resolución de las controversias internacionales y trataban de evitar a todo precio su posible arreglo judicial.¹⁷⁵

Después del final de la guerra Fría, estos Estados aceptaron que sus controversias sean sometidas a los órganos judiciales internacionales. Esta aceptación se tradujo, en primer lugar, en la ratificación de los Estatutos constitutivos de los principales Tribunales internacionales que funcionaban en esta época. En segundo lugar, los Estados ex comunistas empezaron a participar en los distintos foros de discusión donde se negociaba la creación de nuevos Tribunales internacionales.¹⁷⁶

Así, el final de la Guerra Fría tuvo un impacto muy importante sobre los mecanismos internacionales de arreglo de las controversias. Su efecto más inmediato fue la apertura del foro de varios Tribunales internacionales a los países ex comunistas y la participación mucho más activa de éstos en la resolución judicial de los conflictos internacionales.

Otro efecto directo de la caída de la “Cortina de Hierro” fue la imposición del modelo económico-liberal como paradigma dominante en el ámbito internacional. Este modelo permitió la liberalización progresiva de los intercambios comerciales

¹⁷⁵ Caflich, Lucius, *Le Règlement pacifique des différends internationaux a la lumiere des bouleversements intervenus en Europe Centrale et en Europe de l'Est*, *Anuario de Derecho internacional*, 1993, pp. 17-39, citado en Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 158

¹⁷⁶ Como ejemplo, podemos citar la aceptación de la competencia de la CEDH y la de la CIJ por parte de los Estados del ex bloque comunista. En efecto, actualmente Bulgaria, Albania, la República checa, Estonia, Letonia, Moldava, Polonia, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, Macedonia y Rumania han ratificado la Convención europea de derechos humanos y son unos de los principales inculpados por violaciones a los derechos humanos ante la CEDH. A partir de 1992, todos estos Estados también han presentado declaraciones de aceptación de la competencia de la CIJ. Por ejemplo, Bulgaria presentó dicha declaración el 24 de junio de 1992. La CIJ resolvió la primera controversia entre dos Estados ex comunistas (Hungría y Eslovaquia) en 1997 en el caso *Gabcíkovo-Nagymaros*.

internacionales y el incremento de los flujos económicos y financieros en el plano global. En particular, el éxito del capitalismo como modelo económico, contribuyó al desarrollo de dos fenómenos paralelos: la “globalización” y la “regionalización” de la economía mundial. En mi opinión, dichos fenómenos también permiten explicar la multiplicación reciente de las jurisdicciones en el ámbito del Derecho internacional.

B. La “globalización” y la “regionalización” de la economía mundial

La globalización es generalmente considerada como un proceso de integración creciente de la economía mundial, cuyos catalizadores principales son la liberalización de los intercambios internacionales y de los movimientos de capitales, la aceleración del proceso tecnológico y la supresión de las fronteras estatales.¹⁷⁷ En otros términos se trata de un “proceso de internalización del capital financiero, industrial y comercial, resultado del surgimiento de la empresa transnacional, que se basa en el avance y desarrollo de la tecnología porque ha facilitado su extensión en la interacción entre las naciones originando profundas consecuencias económicas, políticas y culturales, tanto a nivel nacional, como internacional.”¹⁷⁸ La globalización provoca reacciones muy divergentes. Para algunos, ésta constituye un proceso benéfico que fomenta el desarrollo económico y el bienestar de los pueblos. Otros son más reticentes e incluso temen a la globalización, considerando que sus efectos agudizan las asimetrías entre y dentro de los países, amenazan el empleo y dificultan el progreso social.¹⁷⁹

Según yo, la “globalización” de la economía mundial tuvo un efecto “catalizador” para la “judicialización” del Derecho internacional. En efecto, la regulación de las nuevas actividades generadas por la globalización exigió la

¹⁷⁷ Frison-Roche, Marie-Anne, Droit international économique et mondialisation, *Les grandes questions du droit économique*, Paris, ed. Quadriga/PUF, 2005, p. 69

¹⁷⁸ Segrelles, José Antonio, Integración regional y globalización, *Terra livre*, vol. 18, Sao Paolo 2002, p. 68

¹⁷⁹ FMI, La mondialisation, faut-il s'en réjouir ?, *IFM issue Brief n°00/1F*, avril 2000, janvier 2002, p. 12

adopción de normas internacionales específicas. Posteriormente, la aplicación e interpretación de estas normas fue confiada a Tribunales internacionales especializados.

Así por ejemplo, la regulación del comercio internacional, iniciada con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1994, necesitó el establecimiento de un mecanismo original de solución de las controversias para interpretar y aplicar las Convenciones relativas a las relaciones comerciales multilaterales.¹⁸⁰ Por su parte, el desarrollo del comercio internacional fomentó la multiplicación de los flujos de inversiones en el plano global. La adopción de las normas que fundamentan el Derecho internacional de las inversiones favoreció la creación de foros jurisdiccionales internacionales, competentes para resolver los litigios en esta materia. Podemos pensar en el arbitraje bajo los auspicios del Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones (CIADI), en el arbitraje internacional *ad hoc*, en el arbitraje bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial internacional (CNUDMI) o en el arbitraje organizado por la Cámara del Comercio Internacional (CCI) de París.

El desarrollo de la globalización propició el surgimiento de un proceso paralelo de “regionalización” o “regionalismo”. Este proceso se basa en la proximidad geográfica de sus integrantes y tiene como objetivo principal la promoción de las relaciones comerciales entre los países vecinos. En términos económicos, las integraciones regionales son procesos dinámicos mediante los cuales diversas economías nacionales incrementan su complementariedad en búsqueda de beneficios mutuos. En términos jurídicos, las integraciones regionales promueven la elaboración de una política económica supranacional a través de una institucionalización política y de una expansión del mercado.¹⁸¹ Las

¹⁸⁰ El sistema de solución de conflictos en el ámbito de la OMC inició como un arbitraje comercial confiado a paneles *ad hoc* y evolucionó hacia un verdadero sistema jurisdiccional, en particular, después de la creación de un segundo grado de jurisdicción, confiado al órgano de apelación. La importancia de algunos asuntos tratados por el mecanismo de solución de controversias de la OMC le atribuye una función creciente en el funcionamiento eficaz del sistema comercial multilateral.

¹⁸¹ Van Klaveren, Alberto, Regionalismo y multilateralismo: una convergencia necesaria, en *El futuro del Libre Comercio en el Continente Americano. Análisis y Perspectiva*, López Ayllón, Sergio (coord.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 56

integraciones regionales son a la vez un paliativo y un complemento¹⁸² de la globalización.

Un punto común indudable que comparten las integraciones regionales consiste en haberse dotado de un mecanismo específico para la solución de las controversias que surgen de la interpretación o aplicación del Derecho regional. La creación de dichos mecanismos se explica por la necesidad de garantizar el cumplimiento uniformizado de las normas comunes y reforzar el respeto de las obligaciones adquiridas por parte de los Estados miembros de la organización.¹⁸³

Así por ejemplo, desde la creación de las Comunidades europeas, actualmente unificadas en la Unión europea, se consideró necesario establecer un Tribunal independiente e imparcial para la interpretación y la aplicación del Derecho comunitario: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). La creación del Tribunal europeo influyó la concepción de los mecanismos de solución de controversias en las integraciones regionales vigentes en otras áreas geográficas.

Posteriormente, en el ámbito geográfico latinoamericano fueron establecidos Tribunales internacionales, competentes para resolver las controversias suscitadas por el funcionamiento de las integraciones regionales que rigen en dicho contexto.¹⁸⁴ Así por ejemplo, el arreglo de las controversias en la

¹⁸² El regionalismo es un paliativo de la globalización porque permite a los Estados involucrados coordinar sus economías nacionales con el fin de lograr una inserción más competitiva en la economía mundial. De esta manera, los Estados integrados proyectan frenar o por lo menos modular los efectos negativos que la globalización genera en sus territorios respectivos. Crear regiones económicamente interdependientes permite a las economías nacionales enfrentar mejor la competencia internacional incrementada por la liberalización de los flujos comerciales "globalizados". Así concebido como respuesta a la globalización, el regionalismo se convierte al mismo tiempo en complemento de esta última. En efecto, la interconexión de economías y políticas nacionales vecinas es un factor que contribuye a la desaparición de las fronteras regionales y conduce a la intensificación de los intercambios intrarregionales. Desde un punto de vista general, este aumento del comercio intrazona fomenta el nivel global de comercio en la región. La cooperación que puede existir no solo dentro de los mismos bloques regionales sino también a través de las relaciones inter-bloques, es decir entre las diferentes integraciones regionales, también incrementa el nivel global de flujos comerciales y, de esta manera, complementa el desarrollo de la globalización.

¹⁸³ Scaglione, Marcelo, *L'intégration régionale comme stratégie du développement en Amérique du Sud : l'expérience du Mercosur*, mémoire, ENA, 2003, pp. 24-35

¹⁸⁴ Las integraciones regionales latinoamericanas son: la Comunidad Andina de Naciones (CAN) que integran Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR o Mercosur) entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (cabe señalar que a partir de 2006 Venezuela se retiró de la CAN e inició su procedimiento de adhesión al Mercosur), la Comunidad

Comunidad Andina de Naciones (CAN) es confiado al Tribunal de justicia de la Comunidad Andina (TJCA), la Corte del Caribe es competente para resolver las disputas entre los Estados miembros de la Comunidad del Caribe (CARICOM) y la Corte centroamericana de justicia para las del Mercado común centroamericano (MCCM). Además de la creación de una Corte permanente, en las integraciones latinoamericanas también pueden ser hallados ejemplos de órganos arbitrales *ad hoc*, especialmente constituidos para el arreglo de las diferencias entre los Estados miembros de la integración. En particular, el régimen de solución de controversias, vigente en el Mercado Común del Sur (Mercosur) es de naturaleza arbitral.¹⁸⁵ El mismo carácter intergubernamental caracteriza la resolución de las controversias en el ámbito del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).¹⁸⁶

Otro ejemplo de Tribunales internacionales especialmente establecidos para regular el funcionamiento jurídico de las integraciones regionales es el del contexto africano de integración.¹⁸⁷ En el continente africano operan dos Tribunales internacionales con competencia regional: la Corte de Justicia del

del Caribe (CARICOM) conformada por 15 Estados de la región caribeña (Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago) y el Mercado Común Centroamericano (MCCA) que reúne Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. Todas estas integraciones son dotadas de un mecanismo específico de resolución de las controversias que surgen entre sus Estados miembros.

¹⁸⁵ El marco normativo de dicho régimen prevé la constitución de un Tribunal arbitral *ad hoc* compuesto por tres árbitros, representantes de los Estados miembros de la organización. Como su nombre lo indica, cada Tribunal arbitral *ad hoc* es competente para resolver el litigio concreto que le es sometido. Además, las reformas recientes del mecanismo de solución de controversias del Mercosur condujeron a la creación de un Tribunal permanente de revisión (TPR) compuesto por 5 árbitros y competente para reexaminar, en segundo grado, las sentencias adoptadas por los Tribunales arbitrales *ad hoc*.

¹⁸⁶ En el TLCAN se han previsto tres sistemas para la solución de controversias: el sistema general (capítulo XX del Tratado), aplicable a todas las controversias entre las partes, relativas a la aplicación o interpretación del Tratado; el sistema particular para el arreglo de diferencias en materia de antidumping (Capítulo XIX) y cuotas compensatorias y el mecanismo específico (capítulo XI), relativo a la solución de controversias sobre inversiones. El recurso a un Tribunal arbitral *ad hoc* (panel) es presente en cada uno de estos mecanismos, caracterizándose con algunos rasgos específicos, propios a la materia litigiosa en cuestión.

¹⁸⁷ En el ámbito africano existen dos integraciones regionales: el Mercado Común de África Austral y Oriental (COMESA por su abreviación en inglés) entre 20 países africanos (Burundi, Comoras, República Democrática de Congo, Yibuti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Kenia, Libia, Madagascar, Malawi, Ruanda, Seychelles, Sudán, Sudán del Sur, Uganda, Suazilandia, Zambia, Zimbabue) que, contrariamente a lo que su nombre indica, constituye una simple unión aduanera y la Unión del Magreb Árabe (*Arab Maghreb Union*) entre Marruecos, Argelia, Túnez, Mauritania y Libia.

Mercado Común de África Austral y Oriental y la Corte de justicia de la Unión del Magreb Árabe. A pesar de su carácter permanente, dichas jurisdicciones no desempeñan una función activa en el desarrollo de sus integraciones regionales respectivas.

En la actualidad existe una sola región integrada que no cuenta con un mecanismo judicial para la solución de las controversias que surjan entre sus países miembros. En efecto, la mayoría de los países asiáticos son miembros de la Asociación de los Estados del Sureste Asiático (ASEAN por sus siglas en inglés) que todavía no se ha dotado de un Tribunal internacional permanente.

Desde mi perspectiva, la creación de Tribunales en el ámbito de las integraciones regionales y el desarrollo de nuevas jurisdicciones internacionales, competentes para regular los conflictos que surgen como resultado de la globalización económica, acentúan de manera importante la “judicialización” del Derecho internacional. Estos fenómenos se relacionan muy estrechamente con otro factor que impulsa la multiplicación de las jurisdicciones internacionales: la “expansión” reciente del Derecho internacional en nuevos ámbitos de regulación normativa.

C. La ampliación del ámbito de aplicación material del Derecho internacional

El Derecho internacional es generalmente visto como el resultado de una producción normativa de origen interestatal. Dicho en otros términos, se considera que la mayoría de las normas internacionales provienen de un consentimiento que los Estados miembros de la Comunidad internacional expresan en varios instrumentos jurídicos de naturaleza intergubernamental (tratados, convenios, líneas directrices, etc.). No obstante, en la actualidad, esta constatación ya no es válida. Como atinadamente lo afirma Rao¹⁸⁸ el alcance y la estructura del Derecho internacional han cambiado. Las normas internacionales son susceptibles de crear

¹⁸⁸ Rao, Pemmaraju Sreenivasa, Multiple Judicial Forums: a Reflections of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 939

derechos y obligaciones para los Estados miembros de la Comunidad internacional sin o incluso en contra de su voluntad. Además, los Estados ya no son los únicos actores que pueden crear normas internacionales.¹⁸⁹

Por otra parte, las nuevas actividades generadas por la globalización exigen la adopción de normas internacionales para regular sus distintos campos de desarrollo. Por más de 400 años el Derecho internacional constituía un cuerpo normativo relativamente “pobre”. Las normas internacionales regulaban algunos problemas en el ámbito de las relaciones internacionales: por ejemplo la conducta de los diplomáticos, los conflictos marítimos o la integridad territorial de los Estados.¹⁹⁰ En la actualidad, existen muy pocas esferas de las relaciones internacionales, fuera del alcance de las normas jurídicas internacionales. Esta “juridización” de las relaciones internacionales vuelve el campo regulatorio del Derecho internacional casi “omnipresente”. Además, no sólo se ha incrementado la producción de las normas internacionales. Su contenido también se vuelve cada vez más heterogéneo. El surgimiento de nuevos ámbitos de desarrollo de las relaciones internacionales contribuyó a la creación de regímenes normativos especializados.

Así por ejemplo, la necesidad de proteger los derechos humanos de los individuos de las distintas violaciones cometidas en el plano nacional o transnacional condujo a la adopción de múltiples normas internacionales en esta materia. Dichas normas son aplicables tanto en el ámbito regional, como universal y su importante desarrollo en las últimas décadas permitió el surgimiento de un verdadero sistema internacional de protección de los derechos humanos.

A la protección de los derechos humanos en tiempos de paz se suma su cautela en tiempos de guerra. La necesidad de salvaguardar los derechos de las

¹⁸⁹ El desarrollo de organizaciones de Estados, especializadas en distintas materias del Derecho Internacional (económico, humanitario, cultural etcétera) implica la aparición de nuevos centros de producción normativa. La importancia de los actores no estatales (individuos o empresas transnacionales) en la esfera de las relaciones internacionales se suma a este fenómeno. La *lex mercatoria* y la diversidad de normas internacionales adoptadas para regular la actividad de los miembros de la Sociedad civil internacional favorece la aparición de una “inflación normativa” en el Derecho Internacional. En consecuencia, la construcción del sistema normativo del Derecho Internacional se torna polícentrica y multi-niveles.

¹⁹⁰ Burke-White, William, International Legal Pluralism, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 967

víctimas de crímenes y delitos, cometidos durante los conflictos armados exigió la adopción de normas penales internacionales. Las normas que forman parte del Derecho penal internacional adquieren cada vez mayor madurez y conducen a la consolidación de otro régimen normativo especializado en el ámbito internacional: el Derecho penal internacional.

Esta ampliación del campo de regulación material del Derecho internacional también puede observarse en el ámbito económico. La liberalización cada vez mayor de los intercambios comerciales internacionales y la internalización del capital financiero crean nuevas actividades en la esfera internacional. Su regulación exige la adopción de normas internacionales, especializadas en materia económica. El desarrollo fulminante de este nuevo campo regulatorio creó el cuerpo normativo autónomo del Derecho internacional económico.¹⁹¹

En mi opinión, tanto el Derecho internacional de los derechos humanos, como el Derecho penal internacional y el Derecho internacional económico son ejemplos de la creación de conjuntos normativos especializados y distintos (a primera vista) unos de los otros y *vis-à-vis* del Derecho internacional general.¹⁹² Es de pensarse que, tal vez por primera vez en su historia, el orden jurídico internacional se enfrenta a problemas de interacción (colisión y/o acoplamiento) de conjuntos normativos.

Estos nuevos campos de regulación normativa del Derecho internacional orientaron la creación de órganos jurisdiccionales, competentes para aplicar sus regímenes especializados. Como lo señala Pierre-Marie Dupuy¹⁹³ la expansión del Derecho internacional puede ser explicada conforme a las leyes físicas: a más densidad normativa corresponden más conflictos internacionales y, por ende, se incrementa la necesidad de crear instituciones jurisdiccionales, competentes para resolverlos. Dicho en otros términos, cuanto más complejo y sofisticado se vuelve

¹⁹¹ Por su parte, el Derecho internacional económico puede dividirse en varios subsistemas normativos: Derecho del comercio internacional, Derecho internacional de las inversiones, Derecho internacional de la competencia y Derecho internacional financiero. En los años recientes todas estas materias se imparten como disciplinas autónomas en muchas de las universidades del mundo.

¹⁹² Este término será discutido en el capítulo 2.

¹⁹³ Dupuy, Pierre-Marie, The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice, *International Law and Politics*, 1999, p.792

el orden jurídico internacional, tanto más sus integrantes necesitan de la intervención de un tercero imparcial para resolver sus controversias.¹⁹⁴

La naturaleza cada vez más específica de los campos de aplicación *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione loci* de las normas internacionales exige conocimientos aún más especializados por parte de las instituciones que las aplican e interpretan. La falta de “*expertise*” de los Tribunales internacionales “clásicos”, como por ejemplo la CIJ, justificó el establecimiento de nuevas jurisdicciones especializadas en los distintos nuevos ámbitos de producción de normas internacionales.¹⁹⁵ Como lo afirma la juez Higgins, la especialización creciente de las normas internacionales y la descentralización de algunas de sus materias exigió la creación de Tribunales internacionales, altamente especializados, cuyos miembros son expertos en relación con los problemas complejos que se presentan en los litigios internacionales.¹⁹⁶

Así, el desarrollo del sistema internacional de protección de los derechos humanos se relaciona con la institución de Tribunales internacionales cuya misión exclusiva se refiere precisamente a la protección de estos derechos que forman parte del patrimonio jurídico de todo individuo. La creación de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en los años 1960 fue seguida por la creación de la Corte Inter-americana de los Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y, en la actualidad, se proyecta la creación de una Corte Árabe de los Derechos Humanos. De la misma manera, el desarrollo del Derecho penal internacional fue a la vez el resultado y el vector del establecimiento de las nuevas jurisdicciones penales internacionales. Las primeras dos jurisdicciones penales internacionales creadas en los años 90 fueron el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal penal internacional para Ruanda (TPIR), ambos competentes para juzgar asuntos penales relacionados con los conflictos armados que tuvieron lugar en esos dos

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 806

¹⁹⁵ Cabe señalar que estas críticas son dirigidas, en especial, a la CIJ que se considera como “insuficiente” para resolver las controversias cada vez más complejas que oponen a los sujetos del orden jurídico internacional.

¹⁹⁶ Higgins, Rosalyn, *Respecting the Sovereign States and the Running a Tight Court-room*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 122

países. Dichas jurisdicciones son *ad hoc* y su competencia es circunscrita a un tiempo y espacio determinados. No obstante, la necesidad de asegurar el respeto del principio de legalidad en el Derecho internacional orientó la creación de la Corte penal internacional, jurisdicción penal permanente, encargada de la impartición de la justicia penal internacional.

Otro ejemplo muy significativo de multiplicación de las jurisdicciones internacionales como resultado de la extensión del campo de regulación material del Derecho internacional consiste en la creación reciente de las jurisdicciones internacionales, competentes en materia económica. El sistema de solución de las controversias de la OMC, los Tribunales arbitrales competentes en materia de inversiones o los que resuelven las controversias en materia de comercio internacional son otros ejemplos significativos de multiplicación de los órganos jurisdiccionales especializados en el Derecho internacional.

Así, la “judicialización” del Derecho internacional se relaciona estrechamente con la ampliación de su campo de aplicación material. Cabe señalar que la aceleración de la globalización económica, la creación de integraciones regionales de Estados y la descentralización en la adopción del Derecho internacional después de la Guerra Fría ampliaron no sólo el ámbito de aplicación *ratione materiae*, sino también el ámbito de aplicación *ratione personae* del Derecho internacional. Los Estados ya no son los únicos afectados por las normas internacionales.¹⁹⁷ La actual Sociedad internacional se caracteriza por una participación cada vez más creciente de los actores no estatales en la aplicación y desarrollo del Derecho internacional. En mi opinión, dicha participación es otro factor que permite explicar la multiplicación de las jurisdicciones en el ámbito internacional.¹⁹⁸

D. La importancia de los actores no estatales en la esfera de las relaciones internacionales

¹⁹⁷ Reed, Lucy, Great Expectations: Where Does the Proliferation of International Dispute Resolution Tribunals Leave International Law?, *American Society of International Law and Procedure*, vol. 19, 2002, pp. 219-221

¹⁹⁸ Bodack, Jessica, *op. Cit.*, nota 52, p. 365

Los actores no estatales adquieren una importancia creciente en el funcionamiento de la actual Sociedad internacional.¹⁹⁹ La evolución del Derecho internacional en las últimas décadas se caracteriza por una pérdida del monopolio estatal sobre las relaciones internacionales.²⁰⁰ Como atinadamente lo afirma Mireille Delmas-Marty, la visión (moderna) del orden jurídico internacional como un orden, compuesto exclusivamente por Estados²⁰¹, está cediendo ante una nueva concepción (post-moderna) de dicho orden.²⁰² En este orden, los Estados han sido “atacados” en sus atributos principales: el estado (legislador) “centralizado” ha sido afectado por la descentralización de los centros internacionales de producción normativa, el “estado-nación” como expresión de una “comunidad” de intereses, ha sufrido “erosiones” de soberanía por su participación en la(s) “comunidad(es) internacional(es)” y, finalmente, el estado de las “esferas públicas” ha sido debilitado por la “privatización” del Derecho internacional.²⁰³ En la opinión de Delmas-Marty, el término “privatización” (*privatisation*)²⁰⁴ se refiere a la distinción entre los sujetos del Derecho público (en particular los Estados y/o sus representantes, encargados de defender y promover el interés público general) y

¹⁹⁹ Como lo afirma Klabbers, el orden jurídico internacional se está “verticalizando”: ya no se trata de un orden horizontal que regula las relaciones mutuas entre Estados (únicamente) sino de un orden “vertical” de múltiples sistemas y sub-sistemas en los que intervienen múltiples actores. (Klabbers, Jan et. Al., *The Constitutionalization of International Law*, ed. Oxford University Press, 2011, p. 14).

²⁰⁰ No obstante, cabe señalar que la función cada vez más importante de los actores no estatales en el funcionamiento de la actual Sociedad internacional no pone fin a la participación estatal en el ámbito de las relaciones internacionales. Los Estados siguen siendo los sujetos *prima facie* del Derecho internacional y su función en la construcción y consolidación del sistema jurídico internacional es muy relevante.

²⁰¹ Como lo señala Klabbers, la visión tradicional del orden jurídico internacional consideraba a éste como una mesa de billar sobre la que interactuaban los Estados, a la imagen de bolas de billar, transparentes e iguales. (Klabbers, Yan et. Al, *op. cit.*, nota 196, p. 14).

²⁰² Como lo afirmaba Friedmann, estamos pasando de un Derecho internacional de coordinación (entre los Estados) a un Derecho internacional de cooperación (entre los distintos miembros de la Comunidad internacional). (Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, 1964, p. 60, citado en Shany, Yuval, *One Law to Rule Them All*, *op. cit.*, nota 89, p. 18)

²⁰³ En la opinión de esta autora, el Estado ya no es “el único capitán al bordo” del orden jurídico internacional. Además, cabe preguntarse si hay un “capitán” del todo. (Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 165, pp. 149-150)

²⁰⁴ Otros autores utilizan el término de “*pluralization*” para referirse a la multiplicidad de actores y normas jurídicas internacionales. (en particular, Klabbers, Jan et al., *op. cit.*, nota 198, p. 14)

los sujetos del Derecho privado (que defienden sus intereses privados particulares).

Estos recientes cambios se acompañaron por una importante extensión del ámbito de aplicación *ratione personae* del Derecho internacional. En la actualidad, el orden jurídico internacional cuenta con sujetos tanto públicos, como privados.²⁰⁵ En particular, el desarrollo de cuerpos normativos especializados ha vuelto a las personas privadas y/o empresas transnacionales actores activos en el ámbito de las relaciones internacionales. Los actores privados son sujetos de la aplicación de las normas internacionales (en particular, de las relativas a la protección de los derechos humanos, al Derecho penal internacional o al Derecho internacional económico) pero también autores de estas normas (por ejemplo, las pertenecientes a la *lex mercatoria* o a algunas categorías del *soft law*).

Desde mi punto de vista, esta importancia creciente de los actores no estatales en la “escena internacional” también se hace palpable en el surgimiento y resolución de las controversias internacionales.

En efecto, tanto las organizaciones internacionales, como los actores privados (individuos o empresas transnacionales) participan de manera cada vez más activa en los mecanismos de solución de las controversias en el ámbito internacional y contribuyen así al desarrollo y a la diversificación de los Tribunales internacionales.

La ampliación de la competencia de las jurisdicciones internacionales y la posibilidad para los actores no estatales de acceder a su foro es uno de los desarrollos más recientes e interesantes del sistema jurídico internacional. Anteriormente, los mecanismos de solución de controversias en el Derecho internacional eran exclusivamente reservados a los Estados miembros de la Comunidad internacional. Actualmente, casi todos los integrantes de la Sociedad internacional pueden hacer valer sus derechos ante un Tribunal internacional y al mismo tiempo promover el respeto de las normas jurídicas internacionales.²⁰⁶ Aunque las reglas de competencia difieren de una jurisdicción a otra, existen

²⁰⁵ Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 165, p. 102

²⁰⁶ Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 158, p. 739

varios ejemplos de jurisdicciones internacionales que resuelven con frecuencia las controversias que involucran, tanto personas privadas, como organizaciones internacionales.

En primer lugar, a través de sus órganos, las organizaciones internacionales tienen *locus standi* ante casi todos los Tribunales internacionales. En muchos de los casos, los Tribunales internacionales son competentes para pronunciarse sobre demandas de opinión u otros tipos de consultas no contenciosas presentadas por los órganos representativos de una organización internacional.

Así por ejemplo, la Asamblea General de la ONU o cualquier otro órgano o agencia específica, autorizada por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad puede solicitar una opinión consultativa a la CIJ.²⁰⁷ De la misma manera, podemos encontrar varios otros ejemplos de órganos de una organización internacional, competentes para presentar una demanda de opinión consultativa a las jurisdicciones que forman parte de dicha organización²⁰⁸: la Asamblea General o el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marítimos al TIDM²⁰⁹, el Consejo y la Comisión europea al TJUE²¹⁰, el Comité de ministros a la CEDH²¹¹, varios órganos de la organización de Estados americanos a la Corte interamericana de derechos humanos²¹², varios órganos del sistema de integración centroamericano a la Corte centroamericana de justicia²¹³ y la Autoridad de la COMESA y su Consejo a la Corte de justicia de la COMESA²¹⁴.

²⁰⁷ Carta de la ONU, artículo 96 o Estatuto de la CIJ, artículos 65-68

²⁰⁸ Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 158, p. 740

²⁰⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, artículos 159-10 y 191.

²¹⁰ Ex artículo 300 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), artículo 188 N del Tratado de Lisboa.

²¹¹ Artículo 47 del Protocolo 11 de revisión a la Convención europea de protección de los derechos humanos.

²¹² Artículo 64 del Estatuto de la Corte interamericana de derechos humanos. Según este artículo, los órganos competentes para solicitar la opinión consultativa son: la Asamblea General, la Reunión de los ministros de asuntos exteriores, el Comité Judicial interamericano, la Comisión interamericana de derechos humanos, la Secretaría General, Conferencias especializadas y organismos especializados.

²¹³ Artículo 22 del Estatuto de la Corte centroamericana de justicia. Los órganos habilitados por esta disposición para solicitar la opinión consultativa son: la reunión de los Presidentes, el Consejo de Ministros, el Comité ejecutivo y la Secretaría General.

²¹⁴ Artículo 32 del Tratado de COMESA.

En otros casos, el acceso de los órganos de las organizaciones internacionales al foro de los Tribunales que operan en su ámbito es limitado a simples funciones de mediación.²¹⁵ Así por ejemplo, la Corte interamericana de derechos humanos es competente para pronunciarse sobre demandas individuales referentes a violaciones de la Convención interamericana de derechos humanos únicamente si éstas son previamente sometidas a la Comisión interamericana de derechos humanos.²¹⁶

En muchos otros casos, los órganos de las organizaciones internacionales pueden ser parte a los litigios presentados ante los Tribunales internacionales.²¹⁷ Así por ejemplo, el TIDM es competente para resolver las controversias que se presentan entre los Estados miembros de la Convención de Montego Bay y la Autoridad Internacional de los Fondos Marítimos.²¹⁸ De la misma manera, en los dos Tribunales penales *ad hoc* y en la Corte penal internacional los asuntos y las demandas correspondientes son presentados por el Procurador (un órgano del mismo Tribunal).²¹⁹ En otros esquemas, varios órganos de las organizaciones de integración regional pueden participar plenamente en los mecanismos regionales de resolución de controversias.²²⁰ Este es el caso de los sistemas de integración de la Unión Europea²²¹, la Comunidad Andina²²² o la COMESA.²²³

Actualmente, casi todos los regímenes jurídicos especializados que rigen en el ámbito internacional admiten la participación de los órganos de las organizaciones internacionales en sus mecanismos de resolución de controversias. El acceso de las organizaciones internacionales a los foros

²¹⁵ Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 158, p. 741

²¹⁶ Artículo 61-1 de la Convención interamericana de derechos humanos

²¹⁷ Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 158, p. 741

²¹⁸ Artículo 187 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

²¹⁹ Artículo 11 b) del Estatuto del Tribunal penal para la ex Yugoslavia; artículo 10 b) del Estatuto del Tribunal penal para Ruanda; artículos 13 y 34 c) del Tratado de Roma

²²⁰ Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 158, p. 742

²²¹ Tanto la Comisión, como el Consejo de Ministros de la Unión Europea pueden participar en las acciones de anulación, incumplimiento y omisión previstos por los artículos del TCE.

²²² Según el artículo 23 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad andina, la Junta directiva puede iniciar una acción por incumplimiento en contra de un Estado miembro de la CAN.

²²³ Según los artículos 24 y 41 del Tratado COMESA el Consejo puede ser objeto de una acción por incumplimiento u omisión.

jurisdiccionales transnacionales garantiza un cierto grado de equilibrio en el funcionamiento de dichos regímenes.²²⁴

En mi opinión, el ejercicio del *locus standi* de las organizaciones internacionales ante los Tribunales internacionales impulsa su actividad judicial y de esta manera contribuye al desarrollo de su jurisprudencia. La participación de las organizaciones internacionales en los litigios sometidos a los Tribunales internacionales se convierte en un pretexto valioso para el establecimiento de sus principios jurisprudenciales. Gracias a los recursos iniciados por dichas organizaciones se crean los casos internacionales. Y mientras más casos internacionales se generen, más palpable se hará la necesidad de confiar su resolución a Tribunales imparciales, competentes en la materia particular. Como atinadamente lo señala Karen Alter²²⁵, desde el punto de vista sociológico, la interacción de los jueces internacionales con los actores no estatales de la Sociedad internacional se convierte en un estímulo no sólo para la actividad judicial internacional, sino también para la multiplicación de los foros jurisdiccionales internacionales.

Desde mi perspectiva, la misma constatación es válida para la participación de las personas privadas en la resolución de las controversias internacionales. La función creciente que desempeñan las personas privadas en los mecanismos de resolución de las controversias internacionales propicia en diferentes maneras la “judicialización” del Derecho internacional.

En primer lugar, las personas privadas (físicas o morales) son parte a los conflictos internacionales. En efecto, éstas desempeñan actividades cada vez más complejas en el ámbito internacional. Así por ejemplo, los actores no estatales intervienen activamente en el comercio internacional, en las inversiones directas o indirectas que se realizan en el plano global, en las actividades relacionadas con el Derecho internacional de la propiedad intelectual etc. Estas actividades los

²²⁴ Si el acceso a los Tribunales internacionales fuera reservado únicamente a los Estados, éstos ejercerían los recursos judiciales internacionales para obtener la satisfacción de sus propios intereses políticos y/o nacionales. Además, en este caso se propiciaría el arreglo extra-judicial de las diferencias internacionales.

²²⁵ Helfer, Laurence y Alter, Karen, Nature or Nurture? Judicial Law-Making in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice, (2010), *Duke Law Working Papers*, Paper 3, p. 2, disponible en http://scholarship.law.duke.edu/working_papers/3

sitúan en relaciones complejas con los Estados miembros de la Comunidad internacional y en relaciones complejas entre sí. Dichas relaciones son fuente posible para el surgimiento de conflictos internacionales. A través de los conflictos de distinta índole que sus actividades internacionales generan, las personas privadas crean una “demanda” para el establecimiento de jurisdicciones internacionales, competentes para resolverlos.

En segundo lugar, las personas privadas pueden comparecer ante la gran mayoría de jurisdicciones internacionales con competencia regional. El *locus standi* de los litigantes privados (individuos y/o empresas transnacionales) es uno de los temas más debatidos en la actualidad. Por mucho tiempo, las normas internacionales no eran susceptibles de crear derechos y obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares.²²⁶ Por lo tanto, los individuos no tenían un “*intérêt à agir*” ante los Tribunales internacionales y su única vía para hacer valer sus intereses en el plano internacional era la protección diplomática²²⁷ que les podría otorgar su Estado nacional. El carácter restrictivo de este mecanismo no permitía obtener una protección jurisdiccional plena de los derechos de los individuos en el ámbito internacional. Los individuos eran considerados sujetos del Derecho interno de los Estados²²⁸ y justiciables de los jueces nacionales y no internacionales.

Esta constatación ha cambiado radicalmente en las últimas décadas. Actualmente, muchas de las normas internacionales son susceptibles de crear derechos y/u obligaciones en el patrimonio jurídico de los individuos. En particular, con el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos se han

²²⁶ Para que una norma internacional sea susceptible de crear derechos y/u obligaciones en el patrimonio jurídico de los particulares ésta debe ser dotada de “efecto directo”. Para gozar de efecto directo y, por lo tanto, poder ser invocada por los particulares, la norma internacional debe ser “recibida” en el Derecho Nacional, en particular, a través del mecanismo de la “ratificación”. (Carreau, Dominique, *Droit international public*, ed. Pedone, Paris, 2004, pp. 487-511).

²²⁷ Cuando un Estado ejerce la protección diplomática, ese Estado hace respetar el Derecho internacional en la persona de sus ciudadanos.

²²⁸ A *contrario*, existen algunas opiniones doctrinales que consideran a los Estados como entidades, compuestas por individuos. Así por ejemplo para Sir Hersch Lauterpacht, “a pesar de todo, los Estados son individuos” (Lauterpacht, Hersch, *Grotian Tradition in International Law*, 1946, p. 27, citado en Klabbers, Jan et. Al., *op. cit.*, nota 196, p. 201). Por lo tanto, el objetivo de los Estados, tanto en el ámbito interno, como en el internacional, sería defender a los derechos de los individuos y promover su bienestar. (Peters, Anne, *The Membership in the Global Constitutional Community*, in Klabbers, Jan et. Al., *op. cit.*, nota 196, p. 201).

reconocido muchos de los derechos individuales de las personas físicas, independientemente de su nacionalidad.²²⁹ El Derecho internacional moderno reconoce a los individuos un catálogo de derechos básicos que los protegen del actuar de los Estados.²³⁰ Otro ejemplo de normas que afectan directamente el patrimonio jurídico de las personas privadas son las normas del Derecho internacional económico. Las normas del Derecho internacional de las inversiones o del Derecho del comercio internacional generan importantes expectativas para las empresas multinacionales o para los inversionistas (personas físicas). La capacidad de las normas internacionales de crear derechos y/u obligaciones en el patrimonio jurídico de las personas privadas pone en tela de juicio el tradicional rechazo del acceso de los individuos a los foros de los Tribunales internacionales.²³¹ En efecto, si las normas internacionales crean derechos y/u obligaciones para las personas privadas, es necesario que éstas sean dotadas de mecanismos jurídicos que les permitan hacerlos valer en el ámbito internacional.

Por consecuencia, en las últimas décadas, el acceso de los litigantes privados a los foros internacionales se ha ido abriendo paulatinamente y éstos desempeñan una función cada vez más importante en el funcionamiento ecléctico de los sistemas de solución de controversias en el Derecho internacional. Los recursos presentados por los individuos y/o empresas transnacionales a los distintos jueces internacionales permiten a estos últimos afirmar su autoridad jurisdiccional y desarrollar sus doctrinas jurisprudenciales. Además, la participación cada vez más activa de los litigantes privados en la resolución de los conflictos internacionales crea la necesidad de instituir órganos jurisdiccionales, competentes para responder a las exigencias específicas que presentan los litigios a los que son parte individuos y/o empresas transnacionales.

Sin pretender a la exhaustividad, citaré varios ejemplos de la ampliación del *locus standi* de las personas privadas ante los Tribunales internacionales. Aunque esta ampliación puede observarse en todos los foros judiciales transnacionales, existe una clara dicotomía entre el acceso de las personas privadas a los

²²⁹ Reed, Lucy, *op. Cit.*, nota 194, p. 222

²³⁰ *Idem*

²³¹ Bodack, Jessica, *op. Cit.*, nota 52, p. 365

Tribunales internacionales con competencia universal y a los que tienen competencia regional.

Así por ejemplo, los litigantes privados pueden promover recursos ante el TJUE²³², ante el Tribunal de justicia de la Comunidad andina²³³ y ante el Tribunal de justicia de la COMESA.²³⁴ Además, los individuos tienen un acceso particularmente amplio al foro de las dos jurisdicciones regionales competentes en materia de derechos humanos. En efecto, la Convención europea de derechos humanos²³⁵ reconoce la capacidad no sólo de los particulares, sino también de las organizaciones no gubernamentales o de otros grupos de particulares de acudir ante la CEDH para que ésta sancione las violaciones de sus derechos humanos, en virtud de la Convención. A pesar de que esta apertura del foro de la CEDH a los individuos es reciente²³⁶, éste se ha vuelto uno de los mecanismos más exitosos de protección de los derechos de los litigantes privados en el plano internacional. La misma constatación es igualmente válida para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En efecto, a pesar de que, en principio, los individuos no tienen acceso directo a la CIDH²³⁷, las reformas recientes les han permitido participar de manera activa en sus procedimientos contenciosos.²³⁸

²³² Según el artículo 173-4 del TCE, los individuos pueden presentar un recurso en anulación de un acto comunitario que les causa daños y perjuicios directos; también pueden participar en los recursos ante el Tribunal de la función pública y demandar la revisión de las multas que les son impuestas por un acto comunitario (en particular en Derecho comunitario de la competencia).

²³³ Artículo 19 del Tratado del TJCA.

²³⁴ Artículo 26 del Tratado de COMESA.

²³⁵ Artículo 34 de la Convención europea de derechos humanos

²³⁶ Hasta la adopción del *Protocolo 11*, el 11 de mayo de 1994, las demandas de violación de los derechos humanos presentadas por los individuos debían ser sometidas a la aprobación de la Comisión europea de derechos humanos. Después de la entrada en vigor de dicho instrumento, el “filtro” de la Comisión se suprimió y los individuos fueron dotados de un derecho de acceso directo a las audiencias ante la CEDH.

²³⁷ Los individuos no pueden presentar sus demandas directamente a la CIDH y deben someterlas a un examen preliminar por parte de la Comisión interamericana de derechos humanos. En principio, sólo la Comisión y los Estados miembros de la Convención interamericana de derechos humanos pueden presentar recursos directos ante la Corte.

²³⁸ El reglamento de la Corte fue modificado en 2001 y su artículo 37 dispone que: “Notificada la demanda a la presunta víctima o sus representantes debidamente acreditados, estos dispondrán de un plazo improrrogable de 2 meses, contado a partir de la recepción de este escrito y sus anexos, para presentar autónomamente a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas.”

La aceptación del *locus standi* de los individuos ante los Tribunales internacionales con competencia regional demuestra la importancia creciente de estos actores en el ámbito internacional. No obstante, a pesar de la necesidad de asegurar una eficaz protección internacional de los derechos de los individuos, la mayoría de las jurisdicciones internacionales, competentes universalmente, permanece cerrada para las demandas individuales.²³⁹

En primer lugar, los individuos son completamente excluidos de las audiencias ante la CIJ. Fiel a la concepción tradicional de la justicia internacional como justicia interestatal, el arreglo de las controversias por parte de la CIJ es reservado a los Estados miembros de la Comunidad internacional²⁴⁰, a excepción de la participación, en algunos casos, de los órganos de las organizaciones internacionales. La única manera para los particulares de obtener un juicio por parte de la CIJ es a través de la activación del mecanismo de la protección diplomática.²⁴¹ Otro ejemplo de jurisdicción con competencia universal que no admite el acceso de los particulares a su foro es el sistema de arreglo de diferencias de la OMC. Los Estados son los únicos justiciables del órgano de solución de controversias de la OMC y los particulares pueden participar en este mecanismo únicamente en la calidad de *amicus curae*. De la misma manera, los individuos no pueden comparecer ante el TIDM excepto en algunos casos muy limitados.²⁴² Finalmente, cabe señalar que los individuos son los principales justiciables de las jurisdicciones penales internacionales, pero participan en los juicios únicamente en la calidad de acusados.

La comparecencia de los individuos ante las jurisdicciones internacionales con competencia universal es muy restringida. Por lo tanto, existen muy pocas posibilidades para los individuos de hacer valer sus intereses ante estos

²³⁹ Romano, Cesare, *op.cit.*, nota 158, p. 744

²⁴⁰ Artículo 34-1 del Estatuto de la CIJ.

²⁴¹ Muchos de los asuntos sometidos a la Corte son de origen privado. Podemos pensar en los famosos casos *Nottebohm* (CIJ, 6 de abril de 1955) y *Barcelona Traction* (CIJ, 24 de julio de 1960) que se originaron en peticiones de protección diplomática y tuvieron una importancia innegable para el desarrollo del Derecho internacional.

²⁴² Según el artículo 187 c) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, los particulares pueden comparecer únicamente en los asuntos de naturaleza contractual, relativos a actividades en las áreas marítimas (las áreas marinas y del fondo marino que se encuentran fuera de los límites de la competencia nacional).

Tribunales. Las jurisdicciones internacionales con competencia regional que admiten el *locus standi* de las personas privadas no son suficientes para resolver el gran número de controversias en las que las personas privadas se involucran. En efecto, como lo señalé anteriormente, la globalización ha generado nuevas actividades en el ámbito internacional y ha conducido a la adopción de nuevas y originales regulaciones jurídicas de las mismas. Muchas de estas normas internacionales crean derechos y/u obligaciones para los individuos. La protección que les ofrecen sus jueces nacionales a veces se revela insuficiente para dar cuenta de la complejidad de los conflictos a los que éstos se enfrentan. La necesidad de tener un juez internacional, competente para resolver los litigios que oponen los particulares a los Estados miembros de la Comunidad internacional o a otros particulares permite explicar el desarrollo reciente de múltiples Tribunales arbitrales internacionales. El acceso, todavía restringido, de las personas privadas a los foros internacionales con competencia universal, justifica la búsqueda de vías alternativas para el arreglo de las diferencias en las que éstas son parte. Estas vías alternativas muchas veces consisten en desarrollar los mecanismos arbitrales²⁴³ de solución de las controversias pero otras veces se trata de establecer nuevos Tribunales internacionales que admiten el *locus standi* de las personas privadas.

Así, junto con los demás factores complejos, la creciente importancia de las personas privadas en el ámbito de las relaciones internacionales propicia la “judicialización” del Derecho internacional. Finalmente, estimo que existe otro factor complejo que intensifica dicho fenómeno. Este factor se relaciona con la pérdida de importancia del carácter consensual de la justicia internacional y su concepción progresiva como una “justicia obligatoria”.

E. La relativización del carácter consensual de la justicia internacional

²⁴³ Así por ejemplo, podemos pensar en el arbitraje internacional en materia de inversiones confiado a los paneles del CIADI o de la CNUDMI. Además, muchos de los Tratados internacionales que crean derechos y/u obligaciones para los individuos incluyen una cláusula de arbitraje *ad hoc* para la resolución de las controversias que surjan de su interpretación o aplicación.

Tradicionalmente se consideraba que la justicia internacional era una justicia consentida (o consensual) y, por lo tanto, no obligatoria para los sujetos del Derecho internacional. Como lo afirmó la CPJI en el caso *Carelia del sur-este*²⁴⁴, la resolución de controversias entre Estados soberanos se basa siempre y necesariamente en su consentimiento previo. En dicha sentencia, la Corte consideró que “ningún Estado puede, sin su consentimiento, ser llevado a someter sus disputas...a un arbitraje o cualquier otro método de solución pacífica de los diferendos”.²⁴⁵

Mientras que la competencia de los Tribunales internos es obligatoria, la de los Tribunales internacionales es históricamente considerada como consensual. En el ámbito interno todos los jueces gozan de una jurisdicción obligatoria, lo que implica que una parte puede iniciar los procedimientos contenciosos unilateralmente y la otra es obligada a comparecer, sin necesidad de obtener su acuerdo previo. En el caso de la justicia internacional se trata de una jurisdicción consensual, en el sentido de que las partes a una controversia deben expresar su voluntad de participar en su resolución judicial. Este principio es un corolario del principio de soberanía e igualdad (soberana) de los Estados. Por mucho tiempo el principio de soberanía se consideraba como “la doctrina constitucional básica del Derecho de las naciones, que regulaba una comunidad, compuesta principalmente de Estados que tienen una personalidad jurídica uniforme” (o igual).²⁴⁶ Por lo tanto, el consentimiento a ser “juzgado” internacionalmente se consideraba como una cesión de soberanía.

Como lo señala Romano, durante todo el siglo XX el principio de consentimiento a la competencia de los Tribunales internacionales siguió muy vigente y lo expresado por la CPJI en el asunto *Carelia del Este* se convirtió en

²⁴⁴ CPJI, Opinión consultativa, *Estatus de Carelia del este*, 23 de Julio de 1923, citada en Romano, Cesare, *The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent*, *International Law and Politics*, vol. 39, 2007, p. 792

²⁴⁵ *Ibidem*, párr. 19

²⁴⁶ Brownlie, Ian, *Principles of International Law*, 6th ed., 2003, p. 287, citado en Romano, Cesare, *op. cit.*, nota 158, p. 793

uno de los dogmas del Derecho internacional.²⁴⁷ Este principio fue raramente cuestionado, tanto en la teoría, como en la práctica del Derecho internacional.²⁴⁸ Sus principales modificaciones ocurrieron en el ámbito regional.²⁴⁹ No obstante, a partir de la década de los noventa y en la actualidad, el paradigma consensual ha perdido parte de su importancia.

Desde mi punto de vista, la “judicialización” del Derecho internacional se acompañó (y también se benefició) por el desarrollo del principio de competencia obligatoria de los Tribunales internacionales. Tanto en la teoría, como en la práctica del Derecho internacional, la justicia internacional es cada vez más considerada como una justicia obligatoria y no consensada. El consentimiento a la justicia internacional no fue suprimido, pero su importancia para el funcionamiento de los Tribunales internacionales es, en la actualidad, mucho menor. Como atinadamente lo afirma Romano, su significado fue cambiando paulatinamente, convirtiéndolo en un “espectro muy pálido” de su expresión pasada.²⁵⁰

En efecto, el funcionamiento de la mayoría de los Tribunales internacionales ya no exige la expresión de un consentimiento previo a la iniciación de cada procedimiento contencioso. El consentimiento a la competencia de muchas jurisdicciones internacionales puede ser presumido o considerado como tácito

²⁴⁷ Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 244, p. 793

²⁴⁸ El primer intento de poner en tela de juicio el carácter consensual de la justicia internacional se manifestó en los Trabajos preparatorios del Estatuto de la CPJI. En efecto, el Comité de juristas preconizó el establecimiento de la competencia obligatoria de la Corte. Según los miembros del Comité, la jurisdicción obligatoria era característica de un verdadero Tribunal y de una resolución verdaderamente judicial de las diferencias. No obstante, esta propuesta encontró la oposición de la mayoría de los Estados miembros de la Liga de Naciones y fue considerada como un cambio demasiado drástico en el paradigma soberanista y consensual que dominaba el “clima” de las relaciones internacionales en esta época. Finalmente, en las negociaciones que acompañaron la adopción del Estatuto de la CPJI se logró un compromiso con la inclusión en este instrumento de la denominada “cláusula opcional”. (Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 244, pp. 806-808)

²⁴⁹ En este sentido, cabe señalar que la primera jurisdicción internacional cuya jurisdicción fue considerada como obligatoria fue el TJUE. En efecto, desde la creación de las Comunidades europeas, el TJUE fue dotado de una competencia obligatoria para interpretar y aplicar las normas del Derecho comunitario europeo. El éxito de la UE como sistema de integración influyó en el establecimiento de jurisdicciones similares al TJUE en otros ámbitos geográficos. Todas funcionan principalmente sobre la base del principio de jurisdicción obligatoria. Así por ejemplo, tanto la Corte del Caribe, como la Corte de la COMESA, o el Tribunal permanente de revisión del Mercosur y el Tribunal de justicia de la Comunidad andina tienen una competencia obligatoria para aplicar las normas del Derecho regional. La misma evolución hacia el abandono del paradigma consensual puede ser observada en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. (Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 244, pp. 809-811)

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 795

porque resulta de la ratificación de sus Estatutos constitutivos o de los Tratados constitutivos de las organizaciones internacionales de las que dichas jurisdicciones forman parte.²⁵¹ De la misma manera, en la práctica judicial concreta de los Tribunales internacionales, el consentimiento es relegado a un papel secundario y los procedimientos son *de facto* iniciados unilateralmente.²⁵²

En la actualidad, en casi todos los mecanismos especializados de resolución de las controversias en el plano internacional ya no es necesario demostrar el consentimiento de las partes antes de iniciar un procedimiento contencioso. No obstante, persisten algunas excepciones a esta regla.

En particular, la competencia jurisdiccional de tres importantes jurisdicciones internacionales: la CIJ, la CIDH y, en parte, el TIDM, sigue basada en la regla del consentimiento. En efecto, en los tres casos, los Estados-principales justiciables de estos Tribunales- tienen que manifestar expresamente su aceptación de la competencia jurisdiccional obligatoria (mediante una declaración *ad hoc* o una convención *ad hoc*).²⁵³

²⁵¹ Este es el caso de la competencia de la CEDH y del órgano de resolución de las controversias de la OMC. En efecto, hasta 1994, el mecanismo de resolución de las controversias del antiguo GATT era basado en las negociaciones diplomáticas. A partir de 1994, con la creación de la OMC, se estableció el nuevo mecanismo para la solución de las controversias en el ámbito de esta organización. El consentimiento a la competencia de los paneles de la OMC se deriva directamente de la ratificación de sus acuerdos constitutivos. (para más detalles ver Pauwelyn, Joost, *The Transformation of World Trade*, *Michigan Law Review*, núm. 104, 2005, p. 1, citado en Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 244, p. 812). Podemos considerar que el consentimiento a la jurisdicción de los dos Tribunales penales internacionales *ad hoc* (el TPIY y el TPIR) también entra en esta categoría. (Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 244, pp. 813-814). Finalmente, la misma consideración también es válida para la competencia de la CPI. En efecto, de acuerdo al artículo 12-1 de su Estatuto constitutivo (Estatuto de Roma): “El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte (...)”.

²⁵² Este es el caso, por ejemplo, del establecimiento de la competencia de la CPI. La CPI fue creada por un tratado internacional- el Estatuto de Roma. Por lo tanto, de acuerdo al principio de *pacta tertiis* dicha jurisdicción sólo tendría jurisdicción obligatoria para los Estados que hayan ratificado su Estatuto. En este sentido, cabe señalar que muchos de los Estados siguen sin ratificar el Estatuto de Roma, precisamente con este objetivo (los dos ejemplos más significativos son, tal vez, los Estados Unidos e Israel). El Estatuto de Roma también establece la posibilidad de aceptar la competencia de la Corte por una declaración *ad hoc* y sin necesidad de ratificar su Estatuto.

²⁵³ Los mecanismos de aceptación de la competencia obligatoria de estos Tribunales son establecidos en los artículos: 36 del Estatuto de la CIJ, 282 de la Convención de las UN sobre el Derecho del mar y 62 de la Convención interamericana de derechos humanos.

Sin embargo, la práctica jurisprudencial concreta de estos tres Tribunales atribuye una importancia poco significativa al consentimiento estatal para el establecimiento de la competencia contenciosa.²⁵⁴

En mi opinión, la relativización del paradigma consensual permite concebir la justicia internacional como una justicia cada vez más obligatoria. Las múltiples posibilidades para establecer el consentimiento a la competencia de los Tribunales internacionales les permiten afirmar su autoridad respecto a sus principales justiciables: los Estados miembros de la Comunidad internacional. La justicia internacional que estos órganos imparten obliga a los Estados a sujetarse a su “*iurisdictio*” (a su “decir el derecho”) y a respetar su jurisprudencia.²⁵⁵ Aunque el control estatal sobre el actuar de los Tribunales estatales no ha desaparecido por completo, este último adquiere, en la actualidad, formas mucho menos rígidas.²⁵⁶

Es de considerarse que la concepción cada vez más compartida de la justicia internacional como una justicia obligatoria (y no consensual) contribuye al desarrollo e intensificación del fenómeno de “judicialización” del Derecho internacional en varios aspectos.

En primer lugar, la creciente posibilidad de iniciar los procedimientos internacionales contenciosos sin el acuerdo previo de los Estados y aún en contra de su voluntad, refuerza su eficacia. El recurso a Tribunales internacionales, sin necesidad de demostrar el consentimiento de las partes en la controversia,

²⁵⁴ En efecto, tanto la CIJ, como la CIDH aceptan en muy raras ocasiones las contestaciones (preliminares) a su competencia para pronunciarse sobre un asunto. Las dos Cortes tienden a estimarse competentes en la gran mayoría de los casos. En particular, la CIDH ha desarrollado una doctrina jurisprudencial muy consolidada que permite reconocer su competencia aún cuando todo consentimiento por parte de los Estados, involucrados en una controversia, parece ausente. Por su parte, la CIJ también se ha pronunciado incompetente en muy raras ocasiones. De los 38 casos que le fueron sometidos unilateralmente, la Corte declinó su competencia en 8 asuntos únicamente (Romano, Cesare, *op. Cit.*, nota 244, pp. 830-834).

²⁵⁵ Como lo afirman Helfer y Alter, los Estados deciden voluntariamente someterse a la jurisdicción cada vez más obligatoria de los Tribunales internacionales, motivados por un importante equilibrio entre los costos y beneficios de dicha operación. Según estas autoras, los principales beneficios que los Estados obtienen de su sometimiento a Tribunales independientes consisten en una garantía judicial de la eficacia, credibilidad y cumplimiento uniforme de los compromisos jurídicos adquiridos en virtud del Derecho internacional. (Para más detalles de la teoría de “*constraint Independence*” (independencia limitada) de los Tribunales internacionales, ver Helfer, Laurence and Anne-Marie Slaughter, *Why States Create Independent Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, *California Law Review*, vol. 93, 2005, pp. 1-57.)

²⁵⁶ En particular, se trata de controles políticos, formales y discursivos *ex ante* o *ex post* (Helfer, Laurence and Anne Marie Slaughter, *op. Cit.*, nota 255, pp. 44-57)

aumenta el alcance práctico de la resolución judicial de los litigios internacionales. La supresión de las restricciones relativas a la noción de consentimiento, vuelve dicha resolución casi automática. Cuanto más automática y libre de “frenos” sea la justicia internacional, tanto más ésta se vuelve terreno fértil para el desarrollo y diversificación de órganos (judiciales) de solución de las controversias.

En segundo lugar, la relativización del paradigma consensual permite lograr una mayor legitimidad de las funciones contenciosas de los Tribunales internacionales. Visto que no es necesario demostrar la aceptación expresa de su competencia por parte de sus justiciables, los Tribunales internacionales se vuelven verdaderos jueces. Su competencia sobre las controversias internacionales ya no depende de la voluntad de los sujetos (soberanos) del Derecho internacional. Los Tribunales internacionales se convierten en actores independientes de los intereses de las partes en el litigio y verdaderos terceros imparciales, cuya función primordial consiste en velar por el respeto de las normas jurídicas en el ámbito de las relaciones internacionales. Cuanto más legítima se considere la función judicial internacional, tanto más libre y múltiple sería el desarrollo de los Tribunales internacionales. La justicia internacional (obligatoria), así como el orden jurídico que ésta protege se objetivizan. Este es sin duda un elemento de fundamental importancia para apreciar la existencia de un Estado de Derecho internacional.

En tercer lugar, la independencia de la competencia de los Tribunales internacionales de un consentimiento estatal expreso se convierte en un importante estímulo para el desarrollo de su jurisprudencia. Cuanto más institucionalizada y automática sea la resolución judicial de las controversias internacionales, tanto más se promoverá el recurso a sus mecanismos específicos. Mediante dichos recursos los Tribunales internacionales consolidan sus doctrinas jurisprudenciales en los distintos ámbitos de desarrollo del Derecho internacional. Según los datos obtenidos por un estudio reciente llevado a cabo por Karen Alter²⁵⁷, más del 80% del total de la actividad judicial de los Tribunales

²⁵⁷ Alter, Karen, *Delegation to International Courts: Why, How, and Problems in Doing So* (May 3-4, 2002) (paper prepared for the Conference on Delegation to International Organizations, Park City, UT, May 3-4, 2002), citado en Helfer, Laurence y Slaughter, Anne-Marie, *op. cit.*, nota 255, p. 17

internacionales (14 946 del total de 18 277 de casos decididos por Tribunales internacionales) fue desarrollada en los últimos 13 años. De esta manera se promueve la “juridización” de las controversias internacionales y, por ende, la “judicialización” del Derecho internacional.

La intensificación reciente de este fenómeno ha provocado una serie de importantes cambios en la Sociedad internacional.

En primer lugar, según yo, la multiplicación de los Tribunales internacionales permite consolidar el arreglo judicial de las diferencias y promover así su resolución pacífica. La existencia de múltiples foros judiciales internacionales propicia la “juridización” de las controversias y evita el recurso a la fuerza en el ámbito de las relaciones internacionales. Como atinadamente lo afirma Abi Saab, esta “normalización” de los métodos pacíficos de solución de controversias es tal vez el mayor efecto positivo de la “judicialización” del orden jurídico internacional.²⁵⁸ Dicho en otros términos, el desarrollo de métodos jurisdiccionales para la resolución de las controversias disminuye los conflictos armados y las distintas crisis internacionales que éstos provocan. El recurso a Tribunales internacionales evita los efectos devastadores de los conflictos armados y permite reparar algunos de los daños que éstos causan.²⁵⁹

En segundo lugar, en mi opinión, la multiplicación de los órganos judiciales internacionales aumenta la eficacia de las normas internacionales y la correcta ejecución de los derechos y/u obligaciones que éstas generan para sus destinatarios.²⁶⁰ En efecto, en la actualidad, todo el sistema internacional se caracteriza por el surgimiento de un complejo sistema de control.²⁶¹ La multiplicación de las instituciones judiciales o casi-judiciales en la escena

²⁵⁸ Como lo afirma este autor, la multiplicación de los métodos pacíficos de arreglo de los conflictos demuestra la madurez del orden jurídico internacional que, desde sus orígenes, fue criticado a causa de la falta de mecanismos de impartición de justicia por parte de un tercero imparcial. (Abi Saab, Georges, *The normalization...*, *op. Cit.*, nota 5, pp. 3-4)

²⁵⁹ En particular, las jurisdicciones internacionales, competentes en materia penal o en materia de protección de los derechos humanos pueden juzgar a los crímenes cometidos durante los conflictos armados que surgen en el ámbito nacional o internacional.

²⁶⁰ Dupuy, Pierre-Marie, The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice, *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, p. 796

²⁶¹ Dupuy, Pierre-Marie, International Courts and State Responsibility, in *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und Politischer Realität Festschrift für Karl Zemanek*, ed. 1994, p. 307

internacional propicia el sometimiento de casi todas las actividades que existen en dicho ámbito a un control legal por parte de un tercero imparcial.²⁶² En efecto, como atinadamente lo afirma Dupuy²⁶³, la “judicialización” del orden jurídico internacional permite aumentar la “juridicidad” o “justiciabilidad” de los litigios internacionales. La “juridicidad” de la resolución de conflictos es, en sí, un criterio frecuentemente utilizado para apreciar la existencia de un orden jurídico y de un Estado de Derecho.²⁶⁴

En tercer lugar, la eficacia del control legal que ejercen los Tribunales internacionales sobre el respeto de las normas internacionales “objetiviza” el Derecho internacional. Visto que la interpretación y la aplicación de las normas internacionales son confiadas a un tercero imparcial, los miembros de la Comunidad internacional ya no pueden determinar su alcance de manera subjetiva. El alcance y el sentido de las normas internacionales son directamente determinados por el juez internacional.

De esta manera, la multiplicación de las jurisdicciones internacionales conduce indudablemente a un mayor desarrollo jurisprudencial del Derecho internacional. Al resolver las controversias que les son sometidas, las jurisdicciones internacionales no sólo aplican e interpretan el Derecho internacional. Los Tribunales internacionales desarrollan las normas y los principios que deben guiar la resolución del fondo de los litigios.²⁶⁵ Cuantas más jurisdicciones deciden casos basados en el Derecho internacional, tanto más las normas pertenecientes a este último podrán ser aclaradas y consolidadas.²⁶⁶

Finalmente, desde mi punto de vista, la multiplicación de los foros que aplican el Derecho internacional es susceptible de mejorar su entendimiento por parte de los integrantes de la Comunidad internacional. Cada vez que los miembros de la Sociedad internacional someten la resolución de sus litigios a un órgano jurisdiccional, este último, al “decir el Derecho”, lo vuelve mucho más claro

²⁶² Dupuy, Pierre-Marie, *op. Cit.*, nota 257, p. 796

²⁶³ *Idem*

²⁶⁴ *Idem*

²⁶⁵ Bodack, Jessica, *op. Cit.*, nota 192, p. 366

²⁶⁶ Sang Wook, Daniel Han, Decentralized proliferation of international judicial bodies, *Journal of transnational law and policy*, vol. 16-1, 2006, p. 106

y comprensible. A través de la aclaración jurisprudencial de las normas internacionales se promueve el respeto del Derecho internacional por parte de sus sujetos y, por ende, se fomenta la resolución pacífica y la “judicialización” de las controversias que surgen en el ámbito internacional.

Pero, a pesar de estos aspectos positivos, la “judicialización” del Derecho internacional genera, al mismo tiempo, una serie de importantes problemas para el funcionamiento del orden jurídico internacional. Como lo mencioné anteriormente, para mí, los problemas más serios se derivan de la consecuente especialización de los Tribunales internacionales y de la ausencia de vínculos estructurales de todo tipo entre dichas jurisdicciones.

3. La especialización de los Tribunales internacionales: principal característica de la “judicialización” del Derecho internacional

En mi opinión, la especialización de los Tribunales internacionales es la principal característica de la “judicialización” del Derecho internacional. Dicha especialización produce una serie de cambios en el funcionamiento de los mecanismos judiciales de impartición de justicia en el ámbito internacional. En primer lugar, la especialización de las jurisdicciones internacionales se relaciona con la actual “compartimentación” del Derecho internacional **(A)**. En segundo lugar, dicha especialización podría desvincular la actividad judicial de los múltiples Tribunales internacionales y convertirlos en “*self-contained regimes*” **(B)**.

A. La especialización de los Tribunales internacionales y su relación con la “compartimentación” del Derecho internacional

Como lo señalé anteriormente, la extensión del campo de regulación material del Derecho internacional explica la creación de una multitud de Tribunales internacionales especializados. Sus miembros son considerados como

expertos en relación con los problemas jurídicos, suscitados por la aplicación de las normas internacionales especializadas.

La especialización de los múltiples Tribunales internacionales es una consecuencia directa de la “judicialización” del Derecho internacional y, según yo, constituye su característica principal. En este sentido, la “judicialización” del Derecho internacional consiste en la multiplicación de jurisdicciones internacionales especializadas en los nuevos ámbitos de desarrollo de las normas internacionales. Desde un punto de vista general, la especialización de los Tribunales internacionales podría asimilarse con la división del trabajo y la sectorización de las actividades en una Sociedad determinada. Dicha especialización responde a una necesidad del desarrollo mismo del Derecho como instrumento regulador y ordenador de las relaciones sociales. Es de estimarse que el surgimiento de instituciones judiciales especializadas en el ámbito internacional no traduce más que la necesidad de adaptar el Derecho internacional a las nuevas y específicas necesidades de la Sociedad internacional. Por lo tanto, la multiplicación de los Tribunales internacionales especializados no debería generar problemas para la operación eficaz del Derecho internacional. Al contrario, dicha especialización debería mejorar la eficacia práctica en la interpretación y aplicación de este último.

No obstante, en la actualidad, el debate acerca de la “judicialización” del Derecho internacional concibe la consecuente especialización de los Tribunales internacionales como un peligro grave para el funcionamiento del orden jurídico internacional. Según muchos autores, la especialización de los Tribunales internacionales y el carácter específico de las normas que éstos aplican e interpretan conducen a una pérdida de la unidad y coherencia del Derecho internacional.

Así por el ejemplo, según varios ilustres jueces de la CIJ, la multiplicación y la especialización de los Tribunales internacionales representan un grave riesgo para la unidad y coherencia del Derecho internacional.²⁶⁷ Según el juez Oda, la

²⁶⁷ En este sentido, cabe señalar que el descontento de los jueces de la CIJ respecto a la “fragmentación” del Derecho internacional no es nada nuevo. Desde 1944, Manley Hudson, un antiguo juez de la CPJI, expresó su oposición a la creación de una Corte interamericana de justicia

creación de jurisdicciones especializadas, distintas de la CIJ, pone en peligro la unidad del orden jurídico internacional. En una opinión expresada a la ocasión de la creación del TIDM, el juez Oda estimó que la aplicación del Derecho del mar no debía ser confiada a una jurisdicción distinta de la CIJ, puesto que dicho conjunto normativo siempre había formado parte del Derecho internacional general y su respeto siempre había sido asegurado por la CIJ. Según Oda, si se creara una jurisdicción internacional, exclusivamente competente en asuntos marítimos, “se destruiría la base misma del Derecho internacional”.²⁶⁸ De la misma manera, uno de los Presidentes de la CIJ, el juez Gilbert Guillaume, expresó su preocupación acerca de la multiplicación de las jurisdicciones que operan en el ámbito internacional. En uno de sus discursos ante la Asamblea de la ONU en 2000, Guillaume consideró que los conflictos y divergencias entre los distintos Tribunales internacionales podrían afectar seriamente la unidad del Derecho internacional.²⁶⁹

En este sentido, cabe señalar que las preocupaciones acerca de la pérdida de la unidad y coherencia del Derecho internacional generalmente se asocian con el debate actual acerca de su “compartimentación” y “fragmentación”. Me resulta muy importante distinguir ambos fenómenos, aunque la indeterminación que caracteriza a los dos términos se presta fácilmente a la confusión.

Existen varias posibles aceptaciones del término “fragmentación” del Derecho internacional. Según la primera, la “fragmentación” se relaciona estrechamente con la distinta interpretación de las normas internacionales y la distinta participación de los Estados en su formación respectiva. Como lo afirma Rao²⁷⁰, existen múltiples concepciones, tanto respecto a la formación del Derecho internacional, como respecto a su aplicación e interpretación por los Estados

para evitar un desarrollo “particularista” del Derecho internacional. En la opinión de este juez, en el ámbito de la impartición de justicia es necesario preservar la primacía del Derecho internacional general, proteger la universalidad de su aplicación y asegurar la uniformidad de su ejecución. (Hudson, Manley, *International Law: Past and Future*, 1944, p. 179, citado en Brown, Chester, *A Common Law of International Adjudication*, ed. Oxford University Press, 2009, p. 27)

²⁶⁸ Oda, Shigeru, Dispute settlement prospects in the law of the sea, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, 1995, pp. 863, citado en Rao, Pemmaraju, Multiple Judicial Forums: a Reflections of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 937

²⁶⁹ Dichas opiniones son muy bien narradas y severamente criticadas por Martti Koskenniemi (Koskenniemi, Martti y Paivi Leino, *op. Cit.*, nota 12, pp. 554-556)

²⁷⁰ Rao, Pemmaraju, *Op. Cit.*, nota 265, p. 930

miembros de la Comunidad internacional.²⁷¹ En otra percepción doctrinal, se considera como “fragmentación” el fenómeno derivado de la mundialización que se manifiesta en la expansión y diversificación de redes globales de cooperación, con un alto grado de especialización técnica.²⁷²

En mi opinión, por el término “fragmentación” del Derecho internacional se entiende la multiplicación de normas e instituciones internacionales y su alto grado de especialización. Esta multiplicación y especialización de las normas y de las instituciones internacionales se combina con la descentralización característica del Derecho internacional y sugiere la posibilidad de conflictos normativos e institucionales. La “judicialización” del Derecho internacional se sitúa en el corazón del debate sobre la “fragmentación” del Derecho internacional, precisamente porque atañe a estos dos posibles conflictos: entre las instituciones jurisdiccionales que operan en el ámbito internacional y entre las normas que estas instituciones aplican e interpretan. Desde esta perspectiva, la “fragmentación” del Derecho internacional, combinada con su “judicialización”, representaría graves peligros para su funcionamiento eficaz (y no conflictual).

Vista la complejidad de los problemas suscitados por la “fragmentación” del Derecho internacional, la Comisión de Derecho internacional (CDI) decidió reunir un grupo de trabajo para estudiar este tema. El grupo de trabajo presentó su reporte final de 14 páginas y éste fue adoptado por la CDI en su sesión número 58 en 2006. Dicho reporte se divide en 42 puntos relativos, en particular, a la existencia de un sistema jurídico internacional, a las relaciones entre sus normas (relaciones de interpretación o relaciones de conflicto), a la función y el campo de

²⁷¹ En la opinión de este autor, la unidad del orden jurídico internacional se basaría en su universalidad. Esta universalidad se traduciría en la participación de todos los Estados de la Comunidad internacional en la adopción de las normas y en su interpretación y aplicación uniforme. Respecto a la adopción de las normas, el autor considera que, aún bajo los auspicios de las Naciones Unidas, la participación de los países desarrollados no es la misma que la de los países en vía de desarrollo o de los países del “tercer mundo”. De la misma manera, no existe una aplicación o interpretación de las normas internacionales que sea universalmente válida.

²⁷² Reporte de la CDI, *Fragmentation du droit international*, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_l682.pdf, párr. 481-483, citado en Rodiles, Alejandro, La fragmentación del Derecho internacional: riesgos u oportunidades para México, *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. IX, 2009, p. 382

aplicación de la regla de *lex specialis*²⁷³, así como su relación con los *self-contained regimes*, a la interpretación sistémica de los tratados acorde con el artículo 31 (3) de la Convención de Viena, a los conflictos entre normas sucesivas sobre la misma materia, al principio *lex anterior derogat legi priori* y a la jerarquía entre las normas internacionales, en relación con el concepto de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y lo establecido en el artículo 103 de la Carta de la ONU.

Las conclusiones del grupo de trabajo tratan únicamente el aspecto sustancial de la fragmentación del Derecho internacional e intentan proponer reglas claras²⁷⁴ para la resolución de los conflictos normativos que podrían surgir en el ámbito internacional. No obstante, el grupo de trabajo no define lo que se entiende por “fragmentación” del Derecho internacional y no examina su segundo aspecto institucional. En particular, dicho reporte no analiza las relaciones que existen entre las distintas instituciones internacionales, encargadas de interpretar y aplicar las normas internacionales. Parecería que la relación entre la “fragmentación” del Derecho internacional y su actual “judicialización” fue ignorada por parte de la CDI.²⁷⁵

²⁷³ Según el reporte, la regla de *lex specialis* puede ser un instrumento jurídico para la interpretación de las normas o para la resolución de los conflictos que las pueden oponer. En este sentido, la *lex specialis* puede servir para aclarar, modificar o derogar a la ley general. No obstante, algunas leyes generales no son susceptibles de ser derogadas por una *lex specialis*. Este es el caso en particular de las normas de *ius cogens*. La aplicación del principio de *lex specialis* se justifica por el hecho de que las normas específicas pueden ser más adaptadas a los contextos concretos que deben regir. (Reporte del grupo de trabajo de la CDI, op. Cit., nota 269, párr. 5-10, *The function and scope of the lex specialis rule and the question of self-contained regimes*, pp. 5-8, disponible en www.untreaty.un.org/ilc/.../fragmentation_outline.pdf)

²⁷⁴ En particular a través de la aplicación de las reglas de *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi anteriori*, la utilización de las reglas de interpretación contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena, el establecimiento de jerarquías en relación con el concepto de *ius cogens* o lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de la ONU.

²⁷⁵ Podemos considerar que existen varias razones que justifican la decisión del grupo de trabajo de la CDI de no pronunciarse sobre el fenómeno de “judicialización” del Derecho internacional y su relación con la “fragmentación” de este último. En primer lugar, podemos considerar que esta exclusión se justificó por la complejidad de este problema y sus aspectos políticos. Además, el grupo de trabajo tal vez consideró que el establecimiento de jerarquías normativas podría ayudar a la coordinación de la actividad jurisprudencial de los Tribunales internacionales y evitar posibles contradicciones en sus sentencias respectivas. Finalmente, otra razón para evitar el estudio de este tema podría ser hallada en la postura doctrinal de su Presidente respecto a la “fragmentación” del Derecho internacional. En efecto, según el profesor Koskenniemi, la existencia de una multitud de Tribunales internacionales que aplican e interpretan el Derecho internacional no causa problemas para la certeza y la coherencia de sus normas. (Koskenniemi, Martti, *Address to the New York University School of Law*, 4 de abril de 2006, citado en Leathely, Christian, *op.cit.*, nota 22, p. 268)

Considero que es necesario matizar el significado del término “fragmentación”. En efecto, para sostener que el Derecho internacional es susceptible de ser fragmentado es preciso considerar que este es dotado de una naturaleza unitaria. Muchas veces los estudiosos del Derecho internacional pretenden dotarlo de algunas características, propias de los órdenes jurídicos (constitucionales) internos.²⁷⁶ En los sistemas jurídicos nacionales existe una organización jerarquizada de normas e instituciones. No obstante, en el ámbito internacional no hay una clara jerarquía normativa y/o institucional. Las normas internacionales y las instituciones jurisdiccionales que las aplican e interpretan se sitúan todas al mismo nivel. Esta “descentralización” podría fácilmente confundirse con una “fragmentación” y provocar preocupaciones acerca de la unidad del Derecho internacional.

Según Martti Koskenniemi, estas preocupaciones constituyen una “ansiedad post-moderna”. En la opinión de este autor, el miedo a la “fragmentación” del Derecho internacional es directamente relacionado con la ansiedad que provocan las incertidumbres, conflictos y paradojas que genera la post-modernidad.²⁷⁷ Para Koskenniemi, el miedo a la “fragmentación” del Derecho internacional es un miedo al pluralismo, a lo múltiple. Dicho miedo expresa una ficción que ocupa la mente de muchos juristas: la de un Derecho estructurado y controlado. Como lo afirma Mireille Delmas-Marty, el Derecho tiene pavor de lo múltiple. Su vocación es el orden unificado y jerarquizado, unificado porque jerarquizado. Esta necesidad de ordenar y jerarquizar es característica de un pensamiento moderno, generalmente geométrico.²⁷⁸

²⁷⁶ Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, Regime-collisions: the vain search for unity in the fragmentation of global law, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, p. 1002. En el mismo sentido, ver Koskenniemi, Martti, The Fate of International Law: Between Technique and Politics, *European Journal of International Law*, vol. 1, 1999, p. 1

²⁷⁷ Koskenniemi, Martti y Paivi Leino, *op. Cit.*, nota 12, pp. 566-567

²⁷⁸ Delmas-Marty, Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, ed. Seuil, 1998, p. 104, citada en Koskenniemi, Martti y Paivi Leino, *op. cit.*, nota 12, p. 557 Como lo afirma Bauman, “geometry is the archetype of modern mind. The grid is its ruling trope...Taxonomy, classification, inventory, catalogue and statistics are paramount strategies of modern practice, in the practice of thought and in thought of practice. Paradoxically it is for this reason that ambivalence is the main affliction of modernity and the most worrying of its concerns.” (Bauman, Zygmunt, *Modernity and Ambivalence*, ed. Polity Press, 1991, citado en Koskenniemi, Martti, Hierarchy in International Law: A Sketch, *European Journal of International Law*, vol. 8, 1997, p. 566).

El mismo término “fragmentación” presume una aspiración a la unidad ordenada del Derecho internacional. Como atinadamente lo señala Leathley²⁷⁹ el término “fragmentación del Derecho internacional” presupone que el Derecho internacional constituía un cuerpo sólido que actualmente está roto en múltiples partes, algo ya “construido” que se está descomponiendo. No obstante, el Derecho internacional siempre ha representado un “cuerpo amórfico” de complejas y cambiantes inter-relaciones y obligaciones.

Siguiendo en esto a Romano, puedo decir que, “el Derecho internacional ha estado fragmentado durante la mayor parte de su historia, quizá desde siempre”. En la opinión de Romano, “la integridad del derecho internacional ha sido siempre más un postulado, un supuesto conveniente, que un hecho empíricamente comprobable. En realidad, la “fragmentación” es inevitable en un mundo integrado por cientos de estados soberanos con intereses, agendas y políticas muy distintas. A medida que el campo de aplicación del derecho internacional se expande, éste tiene inevitablemente la necesidad de adaptarse a distintos desafíos y circunstancias.”²⁸⁰ En el mismo sentido, según Mireille Delmas-Marty, los términos “jerarquía” o “autonomía” son inadecuados respecto a la “indeterminación”, “sectorización” e “inestabilidad” del Derecho internacional.²⁸¹ En términos físicos, el Derecho internacional no constituiría un cuerpo sólido sino un gas o un líquido. Según Gerhard Hafner²⁸², el Derecho internacional es formado por elementos erráticos con distinta estructura. En la opinión de este autor, el Derecho internacional es desprovisto de una naturaleza unitaria u homogénea.

²⁷⁹ Leathely, Christian, *op. Cit.*, nota 22, p. 266

²⁸⁰ Romano, Cesare, El lado oscuro de la luna: fragmentación de instituciones que aplican reglas jurídicas internacionales, *Puente @ Europa*, año V, núm. 2, junio 2007, p. 29

²⁸¹ En la opinión de esta autora, la “indeterminación” resulta de procesos de integración, que, al volverse interactivos, se han diversificado y liberado del principio de jerarquía. Por su parte, la “sectorización” resulta de la “fragmentación” orgánica, visto que las organizaciones internacionales se multiplican y se vuelven cada vez más sectoriales (o especializadas, por ejemplo en materia económica, de derechos humanos, de protección del medio ambiente). Finalmente, la “inestabilidad” es consecuencia de las diferentes velocidades de integración que producen disfuncionamientos, tanto entre los conjuntos normativos, como entre los actores del sistema jurídico internacional. (Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 27, p. 14).

²⁸² Comisión de Derecho internacional, *Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U.N. Doc. A/CN.4/L.682, (Apr. 13, 2006), par. 144 (anexo)

Por lo tanto, es de estimarse que la “fragmentación”, en sí, no representa un peligro para el Derecho internacional, sino una característica inherente al mismo. El sistema jurídico internacional no podría ser dotado de una unidad semejante a la de los órdenes jurídicos internos. La “fragmentación” institucional y la “fragmentación” sustancial del Derecho internacional no son más que una respuesta jurídica a la diversificación y extensión del ámbito de aplicación *ratione materiae* y *ratione personae* del Derecho internacional. La regulación jurídica de la nueva “configuración global”²⁸³ se adapta a sus retos a través de una multiplicación y especialización creciente de los Tribunales internacionales y de las normas que éstos aplican e interpretan. Desde mi punto de vista, la descentralización y la especialización de las normas internacionales y de las instituciones, encargadas de su interpretación y aplicación, constituyen evoluciones actuales del Derecho internacional que no generan, *per se*, un problema.

No obstante, según yo, lo que verdaderamente puede crear un peligro para la operación eficaz de las normas internacionales es la “compartimentación” excesiva del Derecho internacional. Como lo señalé anteriormente, la “compartimentación” se refiere al surgimiento de disciplinas autónomas en el ámbito internacional y a su aplicación “autárquica” por parte de los Tribunales internacionales. Si la “fragmentación” del Derecho internacional se refiere más a su “atomización”, es decir a su diversificación y descentralización, la “compartimentación” concierne su división en materias completamente separadas y autónomas unas *vis-à-vis* de las demás. Como lo mencioné en la introducción, la “compartimentación” de las disciplinas internacionales se relaciona estrechamente con la aparición de sub-sistemas o regímenes normativos especializados en el ámbito internacional que generalmente se denominan “*self-contained regimes*” (en inglés) o “*régimes se suffisant à soi-même*” (en francés). La completa autonomía de dichos regímenes podría conducir a una “feudalización” del Derecho internacional que representaría graves problemas en el contexto de la “judicialización”. Desde mi perspectiva, la multiplicación de los Tribunales

²⁸³ Ver introducción, p. 14

internacionales es un resultado directo y un vector probable de la “compartimentación” del Derecho internacional.

En efecto, casi todos los nuevos Tribunales internacionales fueron establecidos para regular el funcionamiento jurídico de regímenes normativos especializados y, *a priori*, autónomos unos *vis-à-vis* de los demás. Por lo tanto, los Tribunales podrían “emparejarse” con la especialización de las normas internacionales y constituir ellos mismos “*self-contained regimes*”. La existencia de “*self-contained regimes*” (de normas o instituciones judiciales) podría tener por efecto la pérdida de coherencia e interrelación entre las normas internacionales y las instituciones que las aplican e interpretan. En este caso, la “judicialización” del Derecho internacional lo dividiría en normas y Tribunales que no tienen nada en común. De esta manera se afectaría tanto la coherencia, como la legibilidad del orden jurídico internacional, en detrimento de su necesaria seguridad jurídica.

B. Los Tribunales internacionales especializados: ¿“*self-contained regimes*”?

Antes de poder responder a esta pregunta me parece necesario aclarar el significado del término “*self-contained regimes*”.

Un “*self-contained regime*” constituye una *lex specialis* muy desarrollada²⁸⁴ que pretende excluir la aplicación de las *legi generali*. En el Derecho internacional, los “*self-contained regimes*” se basarían en la existencia de conjuntos sistematizados de normas jurídicas primarias y secundarias que no necesitarían de la aplicación de otras normas (externas) para funcionar eficazmente. Como lo afirma Koskenniemi²⁸⁵, un “*self-contained regime*” es un conjunto de normas primarias (que establecen derechos y/u obligaciones sustanciales) y secundarias (que regulan la adopción o la modificación de las normas primarias) aplicables a una materia determinada. Desde la perspectiva teórica del positivismo de H. L. A. Hart, los “*self-contained regimes*” constituirían un sistema, entendiendo a este

²⁸⁴ Simma, Bruno, *Of the Planets and the Universe...*, *op. cit.*, nota 14, p. 490

²⁸⁵ Koskenniemi, Martti, *Fragmentation of International Law, Topic a*), *op. Cit.*, nota 263, p. 9

como “la unión de normas primarias y normas secundarias”. Dichos sistemas o regímenes pretenden ser “*self-contained*” porque son susceptibles de desvincularse (por completo) de las normas generales aplicables a la materia regulada (o fungir como *lex specialis*).

Cabe recordar que el término “*self-contained regime*” fue utilizado por primera vez por parte de la CPJI en el caso *S.S. Wimbledon*²⁸⁶. En dicho asunto, la Corte tuvo que determinar si las disposiciones del Tratado de Versalles, relativas a la regulación jurídica de las corrientes de agua alemanas, eran aplicables de la misma manera a una corriente particular: el canal de Kiel. La Corte notó que los redactores de dicho Tratado habían reservado una atención particular al régimen jurídico del canal de Kiel debido a sus particularidades. En este sentido, la CPJI consideró que “las disposiciones del Tratado de Versalles, relativas al Canal de Kiel eran “*self-contained*”; si tuvieran que ser supletadas o interpretadas con la ayuda de las que se refieren a las corrientes de agua navegables de Alemania (...) perderían su “*raison d’être*.” Según la Corte, las disposiciones específicas respecto al Canal de Kiel no se basaban en una analogía con las demás disposiciones del Tratado, sino en un argumento a *contrario*, que tenía por objetivo excluir la aplicación de estas últimas.²⁸⁷ Como lo afirma Simma, en el caso *S. S. Wimbledon*, la CPJI aplicó el concepto de “*self-containment*” para resolver, a través de la interpretación de un Tratado, un conflicto referente a la aplicación de dos normas internacionales primarias (que establecen obligaciones).²⁸⁸

Por su parte, la CIJ utilizó la noción de “*self-contained regimes*” en el caso *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos a Teherán*²⁸⁹ para referirse

²⁸⁶ CPJI, *S.S. Wimbledon*, Reino Unido, Francia, Italia y Japón c. Alemania, 17 de agosto de 1923, disponible en http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm

²⁸⁷ En términos de la Corte: “*The provisions relating to the Kiel Canal in the Treaty of [p24] Versailles are therefore self-contained; if they had to be supplemented and interpreted by the aid of those referring to the inland navigable waterways of Germany in the previous Sections of Part XII, they would lose their “raison d’être” (...).The idea which underlies Article 380 and the following articles of the Treaty is not to be sought by drawing an analogy from these provisions but rather by arguing a contrario, a method of argument which excludes them.*” (caso *S.S. Wimbledon*, cit. nota , párr. 32-33).

²⁸⁸ Simma, Bruno, *op. Cit.*, nota 14, p. 491

²⁸⁹ *Cit.*, nota 283

a la aplicación “preferencial” de normas internacionales secundarias (que establecen sanciones). En particular, la Corte consideró que el régimen normativo de sanciones específicas, contenido en la Convención de Viena sobre relaciones consulares era “*self-contained*” respecto a las normas generales del Derecho internacional de la responsabilidad internacional. En consecuencia, en la opinión de la Corte, en caso de violación de la Convención de Viena, no era necesario aplicar las sanciones, establecidas en el Derecho internacional general, porque el Derecho de las relaciones diplomáticas contenía su propio conjunto de sanciones por los actos ilícitos cometidos por miembros de misiones diplomáticas y consulares. Después de examinar las sanciones previstas en la Convención de Viena (como por ejemplo la declaración de un diplomático como *persona non grata*), la CIJ concluyó que: “las reglas del Derecho de las relaciones diplomáticas (*Diplomatic Law*) constituyen, en breve, un “*self-contained regime*” que, por un lado, determina las facilidades que el Estado receptor debe proveer para las misiones diplomáticas y consulares en su territorio, y por el otro, contempla sus posibles violaciones por parte de los miembros de dichas misiones, al establecer las medidas que el Estado receptor puede adoptar para sancionarlas”.²⁹⁰

La utilización del término “*self-contained regime*” en la jurisprudencia de la CIJ y de la CPJI parece subrayar la autonomía de un régimen normativo especializado. A este sentido, resulta revelador que el término inglés “*self-contained regime*” se traduce en francés como “*régime se suffisant a lui-même*”²⁹¹ (régimen auto-suficiente).

El término “*self-contained regime*” es muy discutido en la doctrina del Derecho internacional y fue objeto de una atención particular por parte de la CDI en su reporte sobre la *Fragmentación del Derecho internacional*.²⁹²

²⁹⁰ En términos de la Corte: “*The rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained régime which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse. (...)*” (Caso *Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, cit., nota 282, párr. 86).

²⁹¹ Término utilizado en la versión francesa del Caso *Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán* (cit., nota 282, párr. 86)

²⁹² Cit., nota 269

Según el reporte del grupo de trabajo de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional, un “*self-contained regime*” es constituido por un grupo de normas o principios relativos a una materia específica. En términos del reporte, los “*self-contained regimes*” son susceptibles de constituir *lex specialis* e incluyen instituciones particulares que aplican e interpretan sus normas. De acuerdo a los autores del reporte de la CDI existen tres tipos de “*self-contained regimes*”. El primero está estrechamente relacionado con el principio de responsabilidad de los Estados por violación del Derecho internacional y consiste en el establecimiento de reglas (secundarias) específicas para la reparación de los daños que resultan de la violación de un cierto tipo de reglas (primarias). Por su parte, el segundo tipo de “*self-contained regimes*” es compuesto por un grupo de normas específicas que regulan una materia determinada. Dichas normas pueden tener un campo de aplicación territorial (por ejemplo el régimen jurídico aplicable a la protección de un río) o material (por ejemplo un tratado sobre la utilización de un determinado tipo de armas) específico, resultando de la aplicación de un tratado, varios tratados o de un tratado y otras normas internacionales (en particular consuetudinarias). Finalmente, un tercer tipo de “*self-contained regime*” se refiere a todas las normas jurídicas aplicables a un problema concreto. Los términos “Derecho del mar”, “Derecho humanitario”, “Derecho de los derechos humanos”, “Derecho del comercio”, “Derecho del medio-ambiente” se refieren a este tipo de “*self-contained regimes*”. El carácter específico de un “*self-contained regime*” reside en la unidad del fin y del objetivo que expresan sus normas. Por lo tanto, las normas de los “*self-contained regimes*” deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo a sus objetivos y fines específicos.²⁹³

Es en este último sentido que utilizaré la noción de “*self-contained regime*”. La aparición de normas jurídicas, específicamente destinadas a regular problemas concretos que surgen en el ámbito internacional condujo al surgimiento de “Derechos internacionales”: el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho penal internacional, el Derecho del comercio internacional, el Derecho

²⁹³ Reporte del grupo de trabajo sobre la fragmentación del Derecho internacional, *op. Cit.*, nota 269, párr. 11-16

internacional del mar etc. El “*self-containment*” de estos Derechos se refiere precisamente al objetivo y a los fines específicos de un conjunto de normas internacionales especializadas. Así por ejemplo, el Derecho del comercio internacional tiene por objetivo la liberalización del comercio en el plano global, el Derecho internacional de los derechos humanos tiene por objetivo la protección de los derechos humanos de todo individuo, el Derecho penal internacional tiene por objetivo prevenir y sancionar la comisión de crímenes graves en el plano internacional etc.

El fin específico de un conjunto de normas especializadas pre-determina su interpretación y aplicación por parte de los Tribunales internacionales. La propia creación de una multitud de Tribunales internacionales se explica por la necesidad de interpretar estos cuerpos normativos especializados de acuerdo a los fines y objetivos que expresan²⁹⁴. De ahí, que el órgano de solución de controversias de la OMC tiene como objetivo velar por el respeto de las normas del Derecho del comercio internacional para que no se frustre su objetivo específico, los Tribunales regionales, competentes en materia de derechos humanos controlan el respeto de las normas internacionales, adoptadas en la materia, con el fin de asegurar la cautela de los derechos humanos que forman parte del patrimonio jurídico de todo individuo etc. Todos estos Tribunales internacionales parecerían cumplir con una función judicial autónoma y estrictamente determinada por la promoción de los fines u objetivos específicos del “*self-contained regime*” en el que operan.

En este sentido, estimo que los Tribunales internacionales que aplican e interpretan las normas pertenecientes a un “*self-contained regime*” podrían convertirse ellos mismos en un “*self-contained regime*”, desde el punto de vista institucional. Muy reveladora en este sentido es la afirmación que hizo el TPIY en el caso *Tadic*.²⁹⁵ En efecto, en dicho asunto el Tribunal afirmó que: “en el Derecho

²⁹⁴ Como ya fue expuesto anteriormente, muchos de los Tribunales internacionales forman parte de un *self-contained regime*. Además, muchas jurisdicciones internacionales fueron establecidas para resolver problemas jurídicos, relacionados con situaciones políticas específicas. Así por ejemplo el Tribunal penal para la ex Yugoslavia y el Tribunal penal para Ruanda fueron establecidos para juzgar a los crímenes cometidos en el territorio de estos dos países durante los conflictos armados que tuvieron lugar en sus territorios respectivos.

²⁹⁵ Cit., nota 60

internacional, cada Tribunal es un “*self-contained regime*”, salvo disposición expresa al contrario.”

En mi opinión, la especialización de los Tribunales internacionales y la orientación de su función judicial por los fines y objetivos específicos de un “*self-contained regime*” normativo podría aislar y desvincular su actividad judicial (y sobre todo jurisprudencial) de la de las demás jurisdicciones internacionales especializadas. En efecto, la multitud dispersa de órganos de solución de controversias podría “emparejarse” con su propio “*self-contained regime*”, tanto en términos de organización y funcionamiento, como en términos de auto-percepción. Este “encierro” de los Tribunales internacionales en su régimen especializado los convertiría en instituciones judiciales altamente especializadas y completamente autónomas unas *vis-à-vis* de las demás.²⁹⁶ La autonomía y especialización de las normas internacionales haría que los jueces internacionales que las aplican e interpretan se desvincularan por completo.

Como atinadamente lo afirma Leathely, al determinar su competencia o ejercerla, los Tribunales internacionales necesitan actuar en conformidad con su propio Tratado constitutivo o con los Tratados constitutivos de la organización internacional en la que operan. Los jueces internacionales deben respetar el “mandato” que les fue asignado por dichos instrumentos, tanto para poder lograr y preservar su legitimidad política, como para garantizar la aceptación de sus sentencias. Por lo tanto, a la hora de resolver un caso específico que les es sometido, los jueces internacionales aplicarían, en primer lugar, la *lex specialis* de su “*self contained regime*” antes de recurrir a la aplicación de otras normas internacionales. En muchos de los casos, dichas normas serán interpretadas de manera extensiva.²⁹⁷ En el mismo sentido, según Shany, en el ejercicio concreto de su función judicial, los Tribunales internacionales especializados apoyan a los regímenes normativos que los instituyeron y se convierten en *regime-supporting*

²⁹⁶ Hafner, Gerhard, Pro and Cons Ensuing the Fragmentation of Global Law, *Michigan Journal of International Law*, vol. 45, 2004, p. 857, citado en Fauchald, Ole Kristian y Nollkaemper, André (eds.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, ed. Hart Publishing, 2012, p. 4

²⁹⁷ Así por ejemplo, a través del uso de los métodos de interpretación de las normas (recurso a los trabajos preparatorios, interpretación teleológica etc.), los jueces internacionales logran extender el campo de aplicación de las mismas.

Courts. De ahí que el objetivo principal de estas jurisdicciones especializadas consiste en sostener el equilibrio contractual e institucional entre los Estados miembros y las instituciones de dicho régimen y promover la cooperación entre sus depositarios políticos (*stakeholders*) relevantes.²⁹⁸

Es de considerarse que la pertenencia de un Tribunal internacional a un “*self-contained regime*” determinaría la manera en la que éste aplica e interpreta al Derecho internacional. En efecto, en la resolución concreta de las controversias, los Tribunales internacionales tratarían de promover únicamente los intereses (fines u objetivos) específicos de su propio “*self-contained regime*”.

En primer lugar, esta “lealtad” hacia el propio “*self-contained regime*” podría conducir a un “hermetismo normativo” en la aplicación e interpretación del Derecho internacional. En particular, un Tribunal internacional especializado consideraría que el “*self-contained regime*” en el que opera podría funcionar eficazmente en un *vacuum* o “aislamiento clínico” del resto del Derecho internacional. En segundo lugar, dicha lealtad haría que un Tribunal internacional especializado aplique e interprete el Derecho internacional, influenciado por la “idiosincrasia” de su propio régimen normativo especializado. Siguiendo en esto a Shany, pienso que esta “idiosincrasia” se deriva de las diferencias en la agenda política de cada “*self-contained regime*”.²⁹⁹ La “idiosincrasia” distinta (y a veces contradictoria) de un “*self-contained regime*” podría conducir a interpretaciones y aplicaciones judiciales “idiosincrásicas” del Derecho internacional.

Según yo, estos son unos de los problemas más graves que suscita la “judicialización” del Derecho internacional. El “aislamiento” funcional de los Tribunales internacionales y su “encierro” en un “*self-contained regime*” podrían afectar la coherencia en la aplicación e interpretación de las normas internacionales. Si los jueces internacionales se consideran a sí mismos como actores únicamente del “*self-contained regime*” del que forman parte y no de un sistema más global de Derecho internacional, se afectaría la coherencia, previsibilidad y certeza en la aplicación e interpretación de este último.

²⁹⁸ Shany, Yuval, *op. Cit.*, nota 12, p. 16

²⁹⁹ Shany, Yuval, *One rule...*, *op. Cit.*, nota 12, pp. 29-30

El “hermetismo normativo” perjudicaría el funcionamiento del sistema jurídico internacional como un todo, visto que se constituirían varios (sub)sistemas jurídicos internacionales con reglas de funcionamiento específicas y autónomas. En la hipótesis de visiones “idiosincrásicas” del Derecho internacional, sería posible tener interpretaciones y aplicaciones de sus normas y principios, correspondientes al número de Tribunales internacionales especializados. Cada juez internacional interpretaría y aplicaría las normas y principios internacionales bajo el prisma de su propio “*self contained regime*”. Así, por ejemplo, si los paneles de la OMC o los Tribunales competentes en materia de derechos humanos aplicaran la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para reforzar su propia competencia o las características específicas del régimen convencional en el que operan, en detrimento de su interpretación común, se debilitaría la autoridad (general) de la Convención y se promoverían los intereses u objetivos (particulares) del panel de la OMC o del Tribunal competente en materia de derechos humanos.

Además, como lo señale anteriormente, el “encierro de un Tribunal internacional en su propio “*self-contained regimes*” conduciría a su aislamiento del resto de los Tribunales internacionales. La falta de coordinación y organización entre las distintas instituciones judiciales que operan en el ámbito internacional constituye otro problema resultante de la “judicialización” del Derecho internacional. Se trata de un reto de naturaleza institucional relacionado con la ausencia de vínculos estructurales de todo tipo entre los múltiples Tribunales internacionales. Para utilizar una metáfora, se puede considerar que la “judicialización” del Derecho internacional edificaría varias “torres de marfil” o “feudos” jurisdiccionales sin relación alguna entre sí. ¿Cómo asegurar el funcionamiento armonioso de una pléyade de jurisdicciones internacionales que no mantienen ninguna relación formal entre sí?

4. La ausencia de vínculos formales entre los Tribunales internacionales: reto fundamental de la “judicialización” del Derecho internacional

Desde mi punto de vista, la ausencia de vínculos formales entre los Tribunales internacionales es el reto fundamental de la “judicialización” del Derecho internacional. La falta de todo tipo de relaciones estructurales entre las jurisdicciones internacionales suscita una serie de importantes problemas para la operación eficaz de las normas internacionales y de las instituciones judiciales que las aplican e interpretan **(A)**. En mi opinión, existen dos principales vías para solucionar estos problemas **(B)**. Una de estas vías implica la identificación de “principios comunes” a los Tribunales internacionales.

A. Los problemas suscitados por la descentralización de las jurisdicciones internacionales

La “judicialización” del Derecho internacional se caracteriza por la creación de múltiples Tribunales internacionales situados todos al mismo nivel. Esta descentralización de los Tribunales internacionales es susceptible de generar conflictos de distinta índole. Como lo mencioné anteriormente, la multiplicación de los Tribunales internacionales es una evolución normal de todo orden jurídico. Dicha multiplicación responde a la necesidad de adaptar las instituciones jurídicas al desarrollo de las normas que éstas deben aplicar. No obstante, es de estimarse que esta multiplicación de las jurisdicciones internacionales implica la institución de reglas claras para la organización de sus relaciones interinstitucionales. En particular, se trata de definir las reglas aplicables a los posibles conflictos que los opondrían.

En los órdenes jurídicos internos los conflictos entre las distintas jurisdicciones nacionales son fáciles de resolver debido a que éstas mantienen entre sí relaciones de naturaleza vertical.³⁰⁰ En el orden internacional no existe

³⁰⁰ En el ámbito nacional, los sistemas de impartición de justicia se caracterizan por la existencia de reglas de repartición vertical de las competencias entre las distintas jurisdicciones. Dicho en otros términos, existe una estricta jerarquía entre los distintos Tribunales nacionales. Así por ejemplo, la Corte suprema de justicia de los Estados Unidos es superior a los Tribunales de distrito o circuito. De la misma manera, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ocupa un grado jerárquico superior en relación con los Tribunales de distrito o circuito.

una jerarquía entre los foros judiciales internacionales y sus relaciones son generalmente de carácter horizontal.³⁰¹ Los distintos Tribunales internacionales y las distintas normas jurídicas que éstos aplican e interpretan se sitúan al mismo nivel. Además, los Tribunales internacionales no están sujetos a ninguna obligación de coordinación o cooperación en el desempeño de sus funciones judiciales.

En efecto, a diferencia de los sistemas nacionales de impartición de justicia, en el Derecho internacional no existen un sistema judicial pre-establecido ni una obligación para los Estados miembros de someter sus diferencias a jurisdicciones internacionales pre-determinadas.³⁰² La descentralización de las normas internacionales se traduce en una descentralización de los órganos judiciales que las aplican e interpretan. Las jurisdicciones internacionales funcionan, *a priori*, con completa independencia y autonomía unas respecto a las otras. Como lo expuse anteriormente, las distintas jurisdicciones internacionales regulan el funcionamiento de regímenes normativos especializados. Sólo existe una jurisdicción internacional (la CIJ) con competencia universal, abierta a todos los Estados miembros de la Comunidad internacional y competente para pronunciarse sobre todo tipo de litigios internacionales. Todos los demás Tribunales internacionales son generalmente especializados en un campo material específico del Derecho internacional y muchas veces intervienen en un ámbito regional determinado.

Esta completa autonomía e independencia de los Tribunales internacionales no permite la aplicación, en el ámbito internacional, de las reglas utilizadas en el ámbito interno para evitar y solucionar los conflictos entre las distintas jurisdicciones nacionales. En efecto, muchos de los sistemas judiciales internos se caracterizan por la aplicación de los principios de *stare decisis*, de *litis pendens*, de *fórum non conviniens* y de *res judicata*.

³⁰¹ Graewert, Tim, Conflicting Laws and Jurisdiction in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 1, núm. 2, 2008, p. 290

³⁰² Oellers-Frahm, Karin, Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction- Problems and Possible Solutions, *Max Planck Institute for International and Comparative Law, UNYB*, vol. 5, 2001, p. 74

La tesis de que respuestas similares deben darse a cuestiones similares aunque éstas surjan con posterioridad, es conocida en el Derecho de los países del *Common Law* como "la doctrina de los precedentes" o del "*stare decisis*". Esta última frase es una abreviación de la expresión latina "*stare decisis et non quieta movere*", que significa mantener lo decidido y no cambiar las cuestiones establecidas. Esencialmente, esas cuestiones establecidas o decisiones tomadas, configuran precedentes que deben servir de guía normativa para resolver casos similares a aquéllos que fueron resueltos en el pasado y cuyas sentencias constituyen precisamente los precedentes. La falta de vínculos estructurales entre las distintas jurisdicciones internacionales impide la aplicación de este principio en el Derecho internacional. Una jurisdicción internacional decide el caso que le es sometido refiriéndose a las reglas de Derecho que le son aplicables y, algunas veces, tomando en cuenta sus propios precedentes, pero no refiriéndose a precedentes establecidos por otras jurisdicciones internacionales.³⁰³ La ausencia de una obligación de aplicar (o conocer) las sentencias de otros Tribunales internacionales, incluso si éstos ya se han pronunciado sobre un caso similar o idéntico, permite el surgimiento de conflictos de jurisprudencia entre los distintos Tribunales internacionales.

Por su parte, el principio de *litis pendens* es característico de casi todos los sistemas jurídicos nacionales. En virtud de dicho principio una jurisdicción debe declararse incompetente para pronunciarse sobre un litigio particular si éste es pendiente ante otro Tribunal interno. La ausencia de jerarquía entre las distintas jurisdicciones internacionales vuelve este principio difícil de aplicar en el ámbito internacional.³⁰⁴ Aunque algunas jurisdicciones internacionales utilizan otras reglas para evitar resolver asuntos pendientes ante otros Tribunales internacionales³⁰⁵, la

³⁰³ Oellers-Frahm, Karin, *op.cit.*, nota 299, p. 76

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 76

³⁰⁵ Así por ejemplo, en muchos de los estatutos constitutivos de Tribunales internacionales se incluyen cláusulas que exigen a las partes en una controversia haber agotado los recursos disponibles en su Derecho nacional antes de recurrir a la competencia del Tribunal internacional. En particular, en el arbitraje CIADI, las partes en la controversia deben haber agotado todos los recursos disponibles de Derecho nacional antes de acceder al arbitraje internacional. En otros casos, la *litis pendens* puede ser evitada mediante el establecimiento de la jurisdicción exclusiva de un Tribunal internacional sobre cierta categoría de asuntos. En este sentido, el Derecho de la UE

inaplicación³⁰⁶ del principio de *litis pendens* vuelve más probable la hipótesis de conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones internacionales.

Los sistemas jurídicos internos, en particular los del *Common Law*, también cuentan con la aplicación del principio pragmático de *fórum non conveniens*.³⁰⁷ En virtud de este principio, una jurisdicción interna puede pronunciarse incompetente si considera que existe otra jurisdicción más apropiada para la resolución del litigio que le es sometido. Debido a la ausencia de cualquier tipo de relaciones estructurales entre las distintas jurisdicciones internacionales, este principio tampoco se aplica en el orden jurídico internacional. La inaplicación del principio de *fórum non conveniens* es otro factor que explica porque la multiplicación de las jurisdicciones internacionales genera más casos de conflictos de competencia entre estas últimas.

Finalmente, cabe señalar que en el orden jurídico internacional es difícil utilizar el principio de *res judicata* entre los distintos Tribunales internacionales.³⁰⁸ La *res judicata* o “autoridad de cosa juzgada” impide a una jurisdicción pronunciarse sobre un caso ya resuelto por ella misma o por otra jurisdicción. El principio de *res judicata* únicamente se aplica si se reúnen tres condiciones cumulativas: si las partes a la (segunda) controversia son las mismas; si el objeto de la demanda (el *petitum*) es el mismo; si la acción tiene la misma causa (*causa petendi*).³⁰⁹ En el Derecho internacional esta tercera condición es muy difícil de satisfacer debido al carácter específico de cada mecanismo de solución de las controversias. Como fue expuesto anteriormente, los distintos Tribunales internacionales aplican regímenes normativos especializados. Por lo tanto, la causa de la demanda generalmente se refiere a la violación de normas internacionales específicas. Otro Tribunal internacional podría pronunciarse sobre

prevé la competencia exclusiva del TJUE para la resolución de todas las controversias que surgen de la interpretación o aplicación de las normas comunitarias.

³⁰⁶ Al menos aparente.

³⁰⁷ Este principio también es utilizado para la resolución de los conflictos entre jurisdicciones, nacionales o internacionales, en el ámbito del Derecho internacional privado.

³⁰⁸ Reinisch, August, The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 3, 2004, pp. 37-77

³⁰⁹ Pauwelyn, Joost y Luiz Eduardo Salles, Forum shopping before international Tribunals: (Real) Concerns, (Im)possible solutions, *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009, p. 73

un litigio con el mismo objeto (basado sobre los mismos hechos), entre las mismas partes, pero con una demanda causada por violaciones de otra norma internacional específica.³¹⁰ La inaplicación del principio de *res judicata* entre los distintos Tribunales internacionales vuelve los conflictos de competencia y/o jurisprudencia aún más inevitables.

Los conflictos de competencia surgen cuando dos o más jurisdicciones internacionales son igualmente competentes para resolver la totalidad o parte de un litigio internacional. Muchas veces las mismas partes pueden ser tentadas de acudir, para la misma causa, ante dos foros internacionales distintos. Esta hipótesis de conflictos se agudiza cada vez más, visto que los Tratados que instituyen jurisdicciones internacionales muchas veces tratan de materias similares o idénticas. Además, como lo mencioné anteriormente el contenido de las normas que los Tribunales internacionales aplican e interpretan se vuelve cada vez más heterogéneo. Así por ejemplo, las normas relativas al comercio internacional muchas veces contienen aspectos de Derecho del medio-ambiente, de Derecho internacional de la competencia o de Derecho marítimo internacional. De la misma manera, las normas relativas a la protección de los derechos humanos pueden incluir aspectos de Derecho internacional humanitario o de Derecho penal internacional etc.

En la actualidad hay muchos ejemplos de conflictos de competencia que se presentaron en la resolución concreta de los litigios internacionales. Así en el caso del "*Pez Espada*"³¹¹, la controversia que oponía Chile a la UE³¹² fue sometida a la

³¹⁰ Así por ejemplo, si el TIDM haya decidido un caso entre las mismas partes y sobre los mismos hechos, no habrá impedimento para que este mismo caso sea de nuevo presentado al sistema de solución de controversias de la OMC. En el primer caso, la causa de la demanda sería la violación de la Convención de las NU sobre el Derecho del Mar y, en el segundo, se trataría de apreciar una posible violación de uno de los acuerdos multilaterales de la OMC.

³¹¹ The Swordfish Case: Law of the Sea v. Trade, Peter-Tobias Stoll, Silja Vdneky, *Max Planck Institute for International and Comparative Law, UNYB*, 2000

³¹² La controversia se originaba en la prohibición, por parte de Chile, del acceso de barcos provenientes de Estados miembros de la UE en los puertos chilenos. Dicha prohibición tenía como objetivo evitar la importación de pez espada en el territorio de este país. Según la Comisión europea, la prohibición chilena violaba no sólo la Convención de las NU sobre el Derecho del Mar sino también varias disposiciones del GATT de 1994. Cabe señalar que los países llegaron a un arreglo extra-judicial de la controversia y los dos procedimientos contenciosos fueron suspendidos.

vez al TIDM³¹³ y al sistema de arreglo de las diferencias de la OMC³¹⁴. Otro ejemplo de conflicto de competencia entre los distintos Tribunales internacionales concierne el sistema de solución de controversias de la OMC y los sistemas de arreglo de diferencias previstos en los acuerdos regionales de libre comercio, concluidos por sus Estados miembros.³¹⁵ Casi todos los Tratados de libre comercio (TLC) prevén una cláusula específica, relativa a la resolución de las controversias que surgen de la interpretación o aplicación de sus disposiciones. Muchas veces, tanto los Tribunales establecidos por los TLC, como el mecanismo de arreglo de controversias de la OMC son competentes para resolver los litigios que oponen a sus miembros. Podemos pensar en la larga controversia de la “*madera blanda*” que opuso los Estados Unidos a Canadá. En efecto, dicha diferencia fue sometida a la vez a los paneles del TLCAN y a los de la OMC.³¹⁶ Finalmente, cabe destacar que los conflictos de competencia pueden involucrar no sólo dos, sino también tres o más jurisdicciones internacionales.³¹⁷

Por su parte, los conflictos de jurisprudencia ocurren cuando una o más jurisdicciones internacionales llegan a conclusiones opuestas sobre un caso similar o idéntico. Dichos conflictos son considerablemente acentuados por la “judicialización” del orden jurídico internacional. La multiplicación de los Tribunales internacionales ha vuelto el arreglo judicial de los litigios internacionales casi

³¹³ ITLOS, Case 7: *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union)*, order 2/2003 of 20 December 2000.

³¹⁴ OMC, *Chile - Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish, Request for the Establishment of a Panel by the European Communities*, 7 de noviembre de 2000

³¹⁵ En la actualidad, casi todos los Estados miembros de la OMC han concluido un gran número de tratados bi o multilaterales de libre comercio que coexisten con el sistema de liberalización comercial de esta organización. Podemos pensar en las distintas integraciones regionales de Estados (Mercosur, TLCAN, UE, MCCM, CARICOM, CAN, COMESA etc.) pero también en los Tratados de libre comercio entre los distintos Estados miembros de la OMC (TLC Estados Unidos-Nicaragua, TLC México-Israel etc.).

³¹⁶ OMC, *United States-Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada, Recourse by Article 25.1 of the DSU by Canada-Report by Panel*, 9 de Mayo de 2006; *Re Matter of Certain Softwood Lumber Products from Canada (opinion and Order)*, NAFTA, Extraordinary Challenge Committee, 10 de agosto de 2005. En 2005, las dos jurisdicciones adoptaron fallos contradictorios sobre el mismo asunto. El mismo tipo de conflicto de competencia ocurrió en 2005 en el caso *Mexico-Soft Drinks* que fue sometido a la vez a un panel del TLCAN y al mecanismo de solución de las controversias de la OMC.

³¹⁷ Así por ejemplo, en el caso “*MOX Plant*” (Irlanda c/ Reino Unido) intervinieron tres distintos Tribunales internacionales. (*cit.*, nota 44)

rutinario. Por lo tanto, cada vez más jurisdicciones internacionales son llevadas a pronunciarse sobre problemas jurídicos que fueron objeto de controversias, previamente resueltas por otros Tribunales internacionales.³¹⁸

En la actualidad, existen varios ejemplos concretos de conflictos de jurisprudencia entre los distintos Tribunales internacionales. Así por ejemplo, en el caso “*Tadic*”³¹⁹ el TPIY sostuvo consideraciones contrarias a las expresadas por la CIJ en el asunto *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*³²⁰. Las dos jurisdicciones internacionales llegaron a conclusiones contradictorias respecto al mismo concepto de “conflicto (armado) internacional”.³²¹ Otro ejemplo de conflictos de jurisprudencia puede ser identificado en varias sentencias de la CEDH y del TJUE.³²² En varias decisiones, el TJUE interpretó las disposiciones de la Convención europea de derechos humanos de manera mucho más restrictiva que la CEDH y las jurisprudencias de ambas jurisdicciones contenían aspectos claramente contrarios.³²³ Otros casos de conflictos de jurisprudencia resultan de las sentencias de los Tribunales arbitrales del CIADI.³²⁴ Frecuentemente puede

³¹⁸ Kingsbury, Benedict, Foreword: is the proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem, *International Law and Politics*, vol. 31, 2003, p. 684

³¹⁹ TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, 7 de mayo de 1997; decisión de la Cámara de apelaciones, 15 de julio de 1999

³²⁰ CIJ, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, 27 de junio de 1986, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5>

³²¹ En el caso *Tadic* la Cámara de apelaciones del TPIY tuvo que determinar si el conflicto armado que opuso los serbios bosniacos a las autoridades centrales de Bosnia y Herzegovina podía ser calificado como “conflicto internacional”. La Cámara de apelaciones se refirió a la solución adoptada por la CIJ en el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*. No obstante, en su sentencia, la Cámara de apelaciones criticó la determinación de la noción de “control” por parte de la CIJ y modificó considerablemente sus alcances.

³²² Reinisch, August, *op. Cit.*, nota 305, párrafo 8

³²³ En particular en la sentencia *Hoechst AG c/ Comisión* (casos 46/87 y 227/88, 1989), el TJUE estimó que el derecho a la privacidad protegido por el artículo 8 de la Convención europea de derechos humanos no podía ser extendido a las actividades de negocios. Esta interpretación fue completamente rechazada por la CEDH. En el caso *Niemietz c/ Alemania* (6 de diciembre de 1992) la CEDH estimó que la noción de “vida privada” contenida en el artículo 8 de la Convención europea de derechos humanos incluía las actividades profesionales y de negocios. De la misma manera, en el caso *Orkem c/ Comisión* (caso 374/87, 1989) el TJUE consideró que el artículo 6 de la Convención no establecía el derecho de no atestiguar en contra de sí mismo. Por su parte, la CEDH rechazó una tal interpretación y concluyó que el derecho de mantener silencio y no dar testimonios en contra de sí mismo se deducía claramente de las disposiciones del artículo 6 de la Convención (*Funke c/ Francia*, 25 de febrero de 1993).

³²⁴ Reinisch, August, *op. Cit.*, nota 305, párrafo 7

ocurrir que dos o más Tribunales arbitrales *ad hoc* lleguen a conclusiones completamente opuestas sobre litigios similares o idénticos.³²⁵

Desde mi perspectiva, tanto los conflictos de competencia como los conflictos de jurisprudencia entre los Tribunales internacionales son susceptibles de perjudicar la operación eficaz del Derecho internacional.

Los conflictos de competencia se originan en la falta de coordinación de los aspectos procesales del funcionamiento de los Tribunales internacionales. La existencia de múltiples procedimientos sucesivos o paralelos sobre la misma causa podría provocar varios problemas para la pronta y eficaz resolución de las controversias internacionales. La resolución de dichos problemas necesita la adopción de reglas alternativas para la articulación de las competencias de las jurisdicciones internacionales. Las consecuencias negativas de la “judicialización” del Derecho internacional en esta materia son analizadas en una brillante tesis doctoral por parte del profesor Yuval Shany. En *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*³²⁶ Shany propone la aplicación de principios alternativos en materia de conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones internacionales. En particular, el autor preconiza el uso en la materia de los principios que componen la “cortesía judicial” (*judicial comity*) o la doctrina de “abuso de derechos”.³²⁷ Así por ejemplo, una de las (múltiples) Cortes a las que se presente un asunto idéntico o similar podría iniciar su resolución mientras que la(s) otra(s) congele(n) el procedimiento iniciado ante su foro.³²⁸ En el mismo sentido, Shany sugiere que los Tribunales internacionales deben respetar lo

³²⁵ Así por ejemplo en los casos *SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan* (Objections to Jurisdiction; CIADI, caso núm. ARB/01/13) y *SGS Société Générale de Surveillance SA v Philippines* (Objection to Jurisdiction; CIADI, caso núm., 2005) dos Tribunales arbitrales del CIADI llegaron a conclusiones contrarias respecto a la interpretación de unas cláusulas muy similares contenidas en los Tratados bilaterales de inversión aplicables al caso. Otro ejemplo muy significativo de conflictos de jurisprudencia son los casos *Lauder v. the Czech Republic* (3 de septiembre de 2001) y *CME Czech Republic v. The Czech Republic* (13 de septiembre de 2001). En dichos asuntos, dos diferentes Tribunales arbitrales de la UNCITRAL llegaron a conclusiones claramente opuestas sobre un asunto completamente idéntico.

³²⁶ Shany, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford University Press, 2006

³²⁷ *Ibidem*, p. 165, citado en Shany, Yuval, *One Law...*, *op. cit.*, nota 12, p. 22)

³²⁸ Shany, Yuval, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003, p. 147, citado en Shany, Yuval, *One Law...*, *op. cit.*, nota 12, p. 22

establecido en las sentencias de otras jurisdicciones internacionales respecto a casos idénticos o similares.³²⁹

Los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones internacionales sin duda constituyen un efecto negativo de la “judicialización” del Derecho internacional. Consecuentemente, esta problemática debe ser sujeta a más análisis para buscar respuestas (jurídicas) a los retos que suscita.

No obstante, a mí me preocupan más los conflictos de jurisprudencia, es decir las divergencias en la aplicación e interpretación judicial del Derecho internacional. A diferencia de los conflictos de competencia, los conflictos de jurisprudencia entre los múltiples Tribunales internacionales no conciernen la articulación procesal entre dichas jurisdicciones sino la manera de interpretar y aplicar las normas internacionales. Los conflictos de jurisprudencia son de carácter sustancial y se refieren a la solución jurídica del fondo de un litigio. Estos conflictos entre las sentencias internacionales son, en mi opinión, una consecuencia muy negativa de la “judicialización” del Derecho internacional.

Las interpretaciones y aplicaciones contradictorias de las normas internacionales podrían conducir a la imposición de obligaciones contradictorias y/o contrarias a los Estados miembros de la Comunidad internacional. Por ejemplo, la interpretación y la aplicación judicial de una misma norma o de un mismo principio impondrían obligaciones divergentes a un mismo Estado, dependiendo del Tribunal internacional al que éste acuda. Así, un Estado podría ser sancionado por una violación del principio de buena fe por parte de una sentencia del ORD de la OMC. El mismo Estado (u otro Estado en una situación jurídica similar o idéntica) podría acudir a otro Tribunal internacional y, mediante una interpretación y aplicación distinta del principio de buena fe, este juez podría considerar que el Estado no cometió una violación a dicho principio.

La variación en la aplicación e interpretación del Derecho internacional por parte de los múltiples Tribunales internacionales provocaría una multitud de problemas fácticos para el control judicial de los compromisos internacionales y para el balance entre los derechos y obligaciones que se derivan de las normas y

³²⁹ *Idem*

principios internacionales. En particular, los litigantes en el ámbito internacional perderían la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de sus actos y se expondrían a múltiples controles judiciales, basados en distintas concepciones jurisprudenciales del Derecho internacional. Además, si los Tribunales internacionales aplican e interpretan las normas internacionales de manera divergente, se pondría en tela de juicio su propia legitimidad. Los actores de la Comunidad internacional (estatales o no estatales) perderían su confianza en los jueces internacionales y en la credibilidad de su jurisprudencia. Esta situación sería sin duda perjudicial para la operación coherente y eficaz del Derecho internacional.

Desde mi perspectiva, el surgimiento de conflictos de jurisprudencia entre los distintos Tribunales internacionales constituye un peligro muy real en el ámbito de un Derecho internacional cada vez más “judicializado”. Estos conflictos son propiciados por la falta de relaciones formales de todo tipo entre las múltiples jurisdicciones internacionales. La independencia y completa autonomía de los Tribunales internacionales les permiten adoptar sentencias contradictorias a las ya pronunciadas por otras jurisdicciones internacionales. Esta falta de coordinación de la actividad jurisprudencial de los distintos Tribunales internacionales es terreno fértil para el desarrollo de otro fenómeno estrechamente relacionado con la “judicialización” del Derecho internacional. En efecto, la multiplicación de los Tribunales internacionales incrementa la posibilidad para sus justiciables de librarse al *fórum shopping*.

El *fórum shopping* consiste en la posibilidad que tienen los litigantes de escoger entre los distintos mecanismos que pueden resolver su controversia, el que estimen más favorable para la defensa de su causa.³³⁰ El *fórum shopping* es un fenómeno reciente en el Derecho internacional. Mientras que en los años

³³⁰ Cabe señalar que el *fórum shopping* es generalmente considerado como un concepto de Derecho internacional privado y se utiliza para determinar los motivos por los que una persona decide presentar su litigio a un determinado Tribunal, nacional o internacional. Dichas motivos pueden depender de múltiples factores, como por ejemplo del Derecho aplicable al caso. Un litigante puede escoger un foro judicial específico porque las reglas jurídicas que éste aplica le son más favorables.

anteriores a 1989³³¹, los litigantes podían escoger entre 2 o 3 Tribunales competentes para resolver su controversia, en la actualidad pueden acudir a más de 20. Este incremento de los foros disponibles para la resolución de las controversias internacionales es sin duda benéfico para los litigantes en el Derecho internacional.³³² La existencia de múltiples foros permite obtener la resolución satisfactoria de las controversias “multifacéticas”.³³³ El *fórum shopping* también es susceptible de promover la existencia de un cierto grado de competencia “sana” entre las distintas jurisdicciones internacionales.³³⁴ Dicha competencia podría promover la eficacia y mejorar el funcionamiento concreto de los distintos Tribunales internacionales. A pesar de sus beneficios, el *fórum shopping* representa una serie de peligros importantes para la solución de las controversias en el Derecho internacional. Dicho fenómeno propicia el surgimiento de nuevos conflictos de competencia y de jurisprudencia entre las distintas jurisdicciones internacionales. Además, el *fórum shopping* puede conducir a la obstrucción de algunas jurisdicciones internacionales que los justiciables consideren más favorables para la resolución de sus conflictos. De la misma manera, el *fórum shopping* puede afectar la prontitud de la impartición de la justicia por parte de los Tribunales internacionales y dejar varios asuntos importantes irresueltos.³³⁵

La falta de relaciones estructurales de todo tipo entre los Tribunales internacionales es un aspecto muy problemático de la “judicialización” del Derecho internacional que propicia los conflictos de competencia y de jurisprudencia y permite el desarrollo del *fórum shopping*. Pero, entonces, ¿cuál sería la solución

³³¹ Así, en 1986, Sir Gerald Fitzmaurice afirmaba que en el Derecho internacional es muy raro encontrar más que un (sólo) Tribunal competente para resolver una controversia determinada. (Fitzmaurice, Gerald, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, ed. Merrills, 1986, p. 437, citado en Pauwelyn, Joost, *op. Cit.*, nota 306, p. 80)

³³² Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, nota 306, p. 80

³³³ Como por ejemplo, las que presentan aspectos de Derecho comercial internacional (ante el mecanismo de solución de las controversias de la OMC) y de Derecho internacional del mar (ante el TIDM) o las que se refieren a problemas de delimitación territorial (ante la CIJ) y a problemas de restricciones al comercio (ante el mecanismo de arreglo de diferencias del Mercosur).

³³⁴ Pauwelyn, Joost, *op. Cit.*, nota 306, p. 80

³³⁵ La disponibilidad de muchos mecanismos para la solución de las controversias podría llevar a las partes en los litigios internacionales a desistir de su resolución ante un Tribunal internacional para introducir una (nueva) demanda ante otra jurisdicción que consideren más favorable para la defensa de sus intereses particulares.

(jurídica) idónea a los problemas suscitados por la descentralización de los múltiples Tribunales internacionales?

B. Las posibles soluciones a los problemas suscitados por la descentralización de los Tribunales internacionales

Considero que es posible hallar dos soluciones alternativas a los problemas suscitados por la falta de relaciones formales entre los distintos Tribunales internacionales. La primera solución consistiría en establecer una coordinación vertical o jerárquica entre las distintas jurisdicciones internacionales y, la segunda, en promover una coordinación horizontal e informal, basada en la complementariedad de las mismas.

Algunos autores proponen establecer distintos tipos de relaciones verticales entre los Tribunales internacionales.³³⁶

Una de las propuestas sugiere la promoción de una jerarquía institucional de los órganos judiciales internacionales, con la CIJ *au sommet*. Así por ejemplo, según Christian Leathely, la CIJ podría fungir como Corte universal de apelación para todas las jurisdicciones internacionales.³³⁷ En el mismo sentido, según Giuliana Ziccardi, la CIJ puede constituir una “*global court*”.³³⁸ De la misma manera, a la ocasión del Centenario de la Primera Conferencia para la paz de la Haya, en 1999, fue elaborado un reporte final intitulado “*The Peaceful Settlement*

³³⁶ Como lo afirma Gilbert Guillaume, es necesario institucionalizar las relaciones entre los distintos Tribunales internacionales para armonizar su funcionamiento, tanto en materia procesal (con el desarrollo de principios de atribución de competencia a los Tribunales internacionales, como por ejemplo el principio de *res judicata*) como sustancial (promover la coherencia de sus sentencias respectivas). (Guillaume, Gilbert, Advantages and Risks of Proliferation, A Blueprint for Action, *Journal of International Criminal Justice*, núm. 2, 2004, p. 300, citado en Higgins, Rosalyn, A Babel..., *op. cit.*, nota 37, p. 799)

³³⁷ Según este autor, existen varios motivos para promover un sistema jerárquico de Tribunales, con la CIJ como Corte universal de apelación. En primer lugar, en la opinión del autor, la Carta de la ONU puede ser considerada como una Constitución internacional que fundamentaría la superioridad de la CIJ sobre los demás Tribunales internacionales. En segundo lugar, según Leathely, la importancia y la “generalidad” de la jurisprudencia de la CIJ permitirían a la Corte fungir como el órgano jurisdiccional supremo del sistema jurídico internacional. Para este autor, no sería fácil lograr el sometimiento de las demás Cortes internacionales a la autoridad de la CIJ. No obstante, dicho sometimiento es exigido por la necesidad de garantizar la eficacia y coherencia de la impartición de la justicia internacional. (Leathely, Christian, *op. Cit.*, nota 22, pp. 276-278).

³³⁸ Ziccardi Capaldo, Giuliana, *The Pillars of International Law*, ed. Ashgate, 2008, pp. 95-132

*of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century*³³⁹. En su análisis de los procedimientos de arreglo pacífico de las diferencias internacionales, dicho reporte preconiza “un rol central para la CIJ en la nueva estructura del Derecho internacional.”³⁴⁰ Otros autores también sostienen la necesidad de reforzar la autoridad de la CIJ como *World Court* a través del establecimiento de algunos procedimientos específicos que le darían la posibilidad de “guiar” a los demás Tribunales internacionales.³⁴¹ Para otros autores, el rol predominante de la CIJ no necesariamente debe resultar de una estructura jerárquica rígida, sino más bien de un consenso general sobre su función de “*primus inter pares*”.

En la opinión de Pierre-Marie Dupuy, la CIJ debe ser considerada como el garante principal del respeto del Derecho internacional. Por lo tanto, la Corte debe cumplir con una función de “juez preeminente”, tratándose de la aplicación e interpretación de los principios fundamentales del orden jurídico internacional. Según este autor, la Corte debe considerarse a sí misma como responsable del respeto de los principios que garantizan el carácter sistémico del orden jurídico internacional. Para Dupuy, la Corte debe comprobar la célebre afirmación del juez Mafred Lachs en el caso *Lockerbie*, es decir “ser el guardián de la legalidad para la Comunidad internacional, en su conjunto, tanto dentro, como fuera de las Naciones Unidas”.³⁴²

³³⁹ Orrego Vicuña, Francisco y Christopher Pinto, *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty First Century*, Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First Peace Conference, CE Doc. CAHDI, 1998

³⁴⁰ En la opinión de los autores del reporte, es necesario reforzar el rol de la CIJ como órgano judicial central de la Comunidad internacional. (párr. 110 del reporte). Para lograrlo los autores proponen una redefinición de sus funciones y procedimientos contenciosos. Así por ejemplo, se sugiere extender la competencia de la Corte para pronunciar opiniones consultativas a la demanda de otros Tribunales internacionales, de individuos, ONG y/o empresas transnacionales (reporte párr. 134-137).

³⁴¹ En este sentido, algunos autores proponen el establecimiento de un procedimiento similar al de las cuestiones prejudiciales existentes en el ámbito del Derecho de la UE (artículo 177 del TCE) o de las demás integraciones regionales (en la CAN, por ejemplo). (En este sentido, ver Guillaume, Gilbert, *The Future of International Judicial Institutions*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, 1995, p. 848 y Jennings, Robert, *The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Possible Answers in Implications of the Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution*, *American Society of International Law Bulletin*, vol. 9, 1995, p. 7, citado en Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, nota 19, p. 800).

³⁴² CIJ, caso *Lockerbie*, opinión disidente del juez Lachs, citado en Dupuy, Pierre-Marie, *op. Cit.*, nota 19, p. 807

Muy similares son los argumentos sostenidos por Georges Abi-Saab. Para este autor, la función preeminente con la que está instituida la CIJ consiste en unificar el orden jurídico internacional. Pero dicha función no necesariamente debe resultar de una relación jerárquica formal entre la CIJ y los demás Tribunales internacionales. *A contrario*, la CIJ debe afirmar su autoridad a través de una interpretación y aplicación “de autoridad” de los principios del Derecho internacional general. Dicho en otros términos, la Corte debe considerarse como la “máxima” intérprete y aplicadora del Derecho internacional general y los demás Tribunales internacionales deben sujetarse a los principios establecidos en su jurisprudencia.³⁴³

Desde otra visión doctrinal, se preconiza el establecimiento de relaciones verticales únicamente entre las Cortes competentes en una materia específica (una especie de jerarquización sectorial). Así por ejemplo Manfred Nowak³⁴⁴ y Martin Scheinin³⁴⁵ proponen la creación de una Corte mundial de derechos humanos (*a World Human Rights Court*) como Corte de apelación³⁴⁶ de los demás organismos internacionales competentes en esta materia. La relación de la Corte con los demás órganos y Tribunales, competentes en materia de derechos humanos en el ámbito internacional, sería basada en la complementariedad. En el mismo sentido, el Alto Comisario de los Derechos Humanos de la ONU³⁴⁷ propuso la creación, en materia de derechos humanos, de “un órgano, basado en un

³⁴³ Abi-Saab, Georges, Fragmentation or unification, some concluding remarks, *International Law and Politics*, núm. 31, 1998, p. 930

³⁴⁴ Nowak, Manfred, The need for a World Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, núm. 7, 2007, p. 251

³⁴⁵ Scheinin, Martin, The proposed Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Blueprint for UN Human Rights Treaty Body Reform without Amending the Existing Treaties, *Human Rights Law Review*, núm. 6, 2006, p. 131

³⁴⁶ En particular, Scheinin propone que la Corte se desempeñe como un órgano jurisdiccional de primera instancia y/o como un órgano de apelación para las demás instituciones (jurisdiccionales o no) competentes en materia de derechos humanos.

³⁴⁷ *Concept Paper on the High Commissioner's proposal for a Unified Standing Treaty Body*, 14 de marzo de 2006, HRI/MC/2006/CRP. Para una crítica del mismo, ver: O, Flaherty, M. y C. O'Brian, Reform on UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies: A Critique of the Concept Paper on the High Commissioner's Proposal for a Unified Standing Treaty Body, *Human Rights Law Review*, núm. 7, 2007, p. 141

tratado unificado”³⁴⁸ como sustituto de los (múltiples) órganos, establecidos por los tratados existentes.

No obstante, desde mi punto de vista, todas estas propuestas de establecer una relación vertical entre los distintos Tribunales internacionales son difíciles de lograr, debido a su necesaria aceptación política. La ausencia de un consenso político global que legitime una posible reestructuración de la arquitectura judicial internacional es, tal vez, el mayor freno para el establecimiento de relaciones jerárquicas formales entre los distintos Tribunales internacionales.

Los mismos autores que la promueven admiten su limitado alcance práctico. Así por ejemplo, como lo afirma Dupuy, cualquier reforma en el funcionamiento de la CIJ es muy difícil de lograr en la práctica porque supondría una revisión de su Estatuto consultativo. Dicha revisión únicamente podría hacerse bajo las condiciones estrictas que los artículos 108 y 109 de la Carta de la ONU fijan al respecto.³⁴⁹ De la misma manera, en la opinión de Leathely, muchos de los mecanismos y procedimientos propuestos para dotar a la CIJ de una preeminencia respecto a los demás Tribunales internacionales parecen vagos y ambiguos.³⁵⁰ Finalmente, los proponentes de una Corte mundial de derechos humanos también son conscientes de las limitaciones de este proyecto. Como lo afirma Ulfstein, sería difícil establecer una Corte mundial, competente en materia de derechos humanos, “en un mundo, dividido por fronteras geográficas, políticas, sociales, culturales y religiosas”.³⁵¹

Por lo tanto, es de concluirse que una posible vía para aminorar los conflictos entre los distintos Tribunales internacionales consistiría en promover la complementariedad o interdependencia de dichas jurisdicciones. En mi opinión, esta complementariedad sería no sólo más viable sino también preferible al establecimiento de relaciones de jerarquía que, por su carácter estático,

³⁴⁸ El establecimiento de una Corte mundial, competente en materia de derechos humanos, podría suplir algunas de las debilidades del actual sistema de protección de los derechos humanos a nivel global. Como lo afirma Geir Ulfstein, dicho órgano podría mejorar la visibilidad y atraer la atención sobre la protección de los derechos humanos en el plano global. (Ulfstein, Geir, *Do we need a World Court of Human Rights?*, in Engdahl, O. y Wrangé, P., *Law at War-The Law as It was and the Law as it Should Be*, ed. Koninklijke Brill BV, 2008, pp. 261-272

³⁴⁹ Dupuy, Pierre-Marie, *op. Cit.*, nota 19, p. 800

³⁵⁰ Leathely, Christian, *op. Cit.*, nota 22, p. 305

³⁵¹ Ulfstein, Geir, *op. Cit.*, nota 293

obstaculizarían el desarrollo jurisprudencial del Derecho internacional. La complementariedad podría resultar del establecimiento de relaciones horizontales e informales que permitirían la cooperación entre los distintos Tribunales internacionales y la coordinación de su actividad jurisdiccional respectiva.³⁵² Estas formas de coordinación horizontal de la actividad de las distintas jurisdicciones internacionales constituirían una especie de *modus vivendi* para los jueces internacionales.³⁵³

Según yo, la coordinación horizontal, informal pero efectiva, de los Tribunales internacionales debería resultar de su jurisprudencia. Dicha coordinación es necesaria para evitar los conflictos y lograr la coexistencia y complementariedad de las múltiples jurisdicciones internacionales. La inter-relación de los Tribunales internacionales haría que éstos ya no sean un “*self-contained regime*” y permitiría establecer una “red judicial informal” de la que cada Tribunal formará parte.

Es de pensarse que dichas relaciones horizontales podrían (y deberían) basarse en elementos comunes o compartidos por todos los Tribunales internacionales. Dichos elementos garantizarían un mínimo de coherencia en su jurisprudencia respectiva y permitirían inter-relacionarla.

Aunque los efectos negativos de la “judicialización” del Derecho internacional parecen inevitables, su efecto “devastador” para el sistema jurídico internacional no debe ser exagerado y podría ser evitado mediante la utilización de varias técnicas jurídicas comunes. En este sentido, estoy de acuerdo con Koskenniemi³⁵⁴ por considerar que los conflictos entre los Tribunales internacionales no conducen al Derecho internacional hacia un escenario “apocalíptico”.

Para muchos autores, la “judicialización” del Derecho internacional constituye un problema menor e inevitable para un sistema internacional en

³⁵² Dichas relaciones horizontales e informales podrían consistir, por ejemplo, en el desarrollo del diálogo judicial (y sobre todo jurisprudencial) o en la promoción de las formas de deferencia o cortesía judicial (*judicial comity*) entre los Tribunales internacionales.

³⁵³ Romano, Cesare, *Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue*, *International Law and Politics*, vol. 41, 2010, p. 755

³⁵⁴ Koskenniemi, Martti y Paivi Leino, *op. Cit.*, nota 12

constante vía de transformación y denota la creatividad jurídica respecto a los cambios sociales.³⁵⁵ A pesar de que algunos de los miedos relacionados con la “judicialización” del Derecho internacional sean justificados, estos autores confían en la capacidad de los Tribunales internacionales de lidiar con sus retos. Como atinadamente lo afirma Jonathan Charney, los múltiples Tribunales internacionales refuerzan el sistema jurídico internacional, a pesar de ciertas pérdidas de coherencia y uniformidad.³⁵⁶

En relación con esto, es necesario preguntarse ¿cuáles son los mecanismos jurídicos que los Tribunales internacionales podrían utilizar para resolver algunos de los problemas que la “judicialización” del Derecho internacional provoca? En particular, me interesa saber qué pueden (y/o deben) hacer los Tribunales internacionales para lidiar con los principales retos de la “judicialización” del Derecho internacional. Como lo mencioné anteriormente, lo que más me preocupa de la “judicialización” del Derecho internacional son los problemas derivados de la especialización de los Tribunales internacionales y de la ausencia de vínculos formales de todo tipo entre estos últimos.

En relación con esto, estoy de acuerdo con Joost Pauwelyn³⁵⁷ por ver el Derecho internacional como “un universo de islas interconectadas” y considerar que, a pesar de las “fronteras” que dividen los distintos Tribunales internacionales, existen elementos que los acercan. En la opinión de Pauwelyn, las interacciones entre los distintos regímenes normativos que operan en el plano internacional y entre los distintos Tribunales que regulan su funcionamiento jurídico necesitan el

³⁵⁵ Charney, Jonathan, *op. cit.*, nota 16, Treves, Julio, The conflicts between the ITLOS and the ICJ, *New York University Journal of Law and Politics*, vol. 31, 1999, p. 809

³⁵⁶ Para este autor, incluso si se adoptan posturas divergentes respecto a un mismo problema, esto representaría únicamente un “sano nivel de experimentación” dentro de un esfuerzo colectivo de encontrar las mejores reglas al servicio de la Comunidad internacional, en su conjunto. Los conflictos de competencia y jurisprudencia entre los distintos Tribunales internacionales suelen ser esporádicos y los Tribunales internacionales se esfuerzan para evitarlos. Por lo tanto, estos fenómenos no representan un problema serio (Charney, Jonathan, *op. cit.*, nota 16, pp. 351-355)

³⁵⁷ Para el autor, la fragmentación del Derecho internacional no debe conducir al surgimiento de islas autónomas y específicas de Derecho internacional, desconectadas de sus otras ramas. Para evitar esto, las instituciones internacionales especializadas deben continuar de adoptar y aplicar sus normas específicas, pero al mismo tiempo, deben tomar en cuenta el Derecho internacional general y las normas internacionales, adoptadas o aplicadas en otros contextos especializados. De este modo, la fragmentación y la unidad del Derecho internacional pueden ir de la mano y las situaciones conflictuales pueden ser evitadas en gran medida. (Pauwelyn, Joost, *op.cit.*, nota 309, p. 904)

desarrollo de una armonización en la adopción, interpretación y aplicación de las normas internacionales.³⁵⁸ Esta armonización es posible a través del prisma de principios normativos comunes. Según Pauwelyn, estos principios podrían servir de “puente” que interconecte a los Tribunales especializados y a los “*self-contained regimes*” que éstos aplican e interpretan.³⁵⁹

En la opinión de Ernst-Ulrich Petersman, es posible hallar principios normativos comunes a los Tribunales internacionales. Dichos principios permitirían la integración y la complementariedad armoniosa de los regímenes especializados y “compartimentados”. Además, dichos principios podrían servir de base para la coordinación de la actividad jurisprudencial de los distintos Tribunales internacionales y abrirían el camino para una mayor cooperación entre los mismos.³⁶⁰

Para Matz-Lück, es posible promover la coherencia del Derecho internacional con el propósito de modular algunos efectos negativos de su actual “judicialización”. Dicha coherencia podría basarse en (por lo menos) algunos principios (o estándares) fundamentales, compartidos por los Tribunales internacionales como un denominador común y uniforme. Dichos principios podrían salvaguardar un mínimo de estabilidad, previsibilidad e integridad del sistema jurídico internacional.³⁶¹

³⁵⁸ “*These interactions require the development of a unitary framework of international law, one where law-making and law-enforcement by different, specialized agents can somehow be harmonized into a coherent set of disciplines (not necessarily universally applicable among all states, but at least coherent as they apply in and between two specific countries).* (Pauwelyn, Joost, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 904)

³⁵⁹ *Idem*, p. 915

³⁶⁰ Cabe señalar que según este autor, los principios sustanciales comunes deben ser basados en una visión común de los derechos humanos, como un “*core value*” del sistema normativo internacional. Desde esta perspectiva doctrinal, no sería necesario integrar los Tribunales internacionales en una estructura vertical. La armonización y la coherencia de su jurisprudencia sería lograda por una armonización normativa, basada en una visión común de los derechos humanos. (Petersmann, Ernst-Ulrich, *Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice*, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 709. Para una crítica de esta propuesta doctrinal ver: Howse, Robert, *Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice: A Reply*, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 945)

³⁶¹ Matz-Lück, Nele, *Promoting the Unity of International Law: Standard Setting by International Tribunals* in König, Doris et. Al., *International Law: New Challenges and the Need for Reforms, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Volume 193, 2008*, p. 108

Según Georges Abi-Saab³⁶², la multiplicación y la especialización creciente de los Tribunales internacionales no es un problema en sí.³⁶³ No obstante, es necesario no perder de vista la dirección que este último fenómeno va a tomar. Abi-Saab estima que cuanto más creciente sea la especialización, tanto más urgente se vuelve la necesidad de preservar la coherencia del “todo” que vuelve posible dicha especialización. En un orden jurídico nacional esta coherencia es lograda por los principios generales (*overarching principles*) que sostienen su edificio normativo. De igual modo, en el ámbito internacional, los Tribunales especializados deben desarrollar una visión y una interpretación común de los principios generales que fundamentan el orden jurídico internacional.³⁶⁴ Por su parte, la adopción de esta visión común acerca de los principios generales del orden jurídico internacional exige el establecimiento de una coordinación, aun si ésta fuera mínima, de la actividad jurisprudencial de las distintas jurisdicciones internacionales.³⁶⁵

Como lo señala Rao³⁶⁶, la multiplicación de los Tribunales que operan en el ámbito del Derecho internacional no afecta, de manera importante, la coherencia de este último. Según este autor, en la mayoría de los casos, los Tribunales internacionales son conscientes de la necesidad de adoptar su jurisprudencia de conformidad con las normas pre-establecidas del Derecho internacional. Rao afirma que dichos Tribunales aplican y desarrollan de manera progresiva varios estándares internacionales uniformes. De esta manera, las múltiples jurisdicciones internacionales actúan más como agentes que contribuyen a la coherencia del

³⁶² Abi Saab, Georges, Fragmentation and Proliferation, Some concluding remarks, *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1998, p. 925

³⁶³ Según este autor, la especialización creciente de los métodos judiciales de solución de las controversias internacionales es, en sí, el resultado de la complejidad creciente de los conflictos internacionales y demuestra un mayor grado de madurez del orden jurídico internacional. (Abi, Saab, Georges, *op. Cit.*, nota 340, p. 925)

³⁶⁴ “(...) It generates a (...) need (...) for a common understanding and interpretation of the overarching principles by this widening spectrum of Tribunals, in order to keep the system together and prevent it from exploding into a multitude of small particles.” (Abi-Saab, Georges, *op. cit.*, nota 340, p. 926)

³⁶⁵ Para Abi-Saab, esta armonización de la actividad de los distintos Tribunales internacionales podría traducirse en el surgimiento de un sistema de justicia internacional.

³⁶⁶ Rao, Pemmaraju, Multiple Judicial Forums: a Reflections of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 959

sistema jurídico internacional que como factores que agravan su “compartimentación”.

En su cátedra en la Academia de la Haya, Jonathan Charney estimó que, en muchos de los ámbitos centrales del Derecho internacional³⁶⁷, los distintos Tribunales internacionales de los finales del siglo 20 comparten una visión común de este Derecho.³⁶⁸ En la opinión de este autor, aunque existan diferencias y divergencias, los Tribunales internacionales están claramente comprometidos en la misma dialéctica.³⁶⁹ Los principios fundamentales del Derecho internacional permanecen los mismos, independientemente del Tribunal que decide el caso.³⁷⁰

Como lo afirma Rosalyn Higgins, los Tribunales internacionales generalmente buscan promover estándares comunes respecto a dichos principios. Las jurisdicciones internacionales, independientemente del régimen especializado en el que actúan, siempre se conforman con los principios bien establecidos del Derecho internacional.³⁷¹

Finalmente, según Chester Brown³⁷², los Tribunales internacionales adoptan posiciones comunes respecto a muchos aspectos de la impartición de la justicia internacional mediante el recurso a principios fundamentales del Derecho internacional. Estos principios no son derivados de un régimen específico de solución de las controversias y son susceptibles de aplicación generalizada. Por lo tanto, en la opinión de Brown, dichos principios podrían tener un efecto armonizador de la práctica judicial de los Tribunales internacionales.

³⁶⁷ En particular, Charney examinó la aplicación de varios principios de Derecho de los tratados, fuentes del Derecho internacional, responsabilidad internacional de los Estados, indemnización por perjuicios causados a extranjeros, agotamiento de los recursos internos y Derecho marítimo internacional por varios Tribunales internacionales (la CIJ, el TJUE, la CEDH y la CIDH, el ORD de la OMC y del GATT, varios Tribunales arbitrales *ad hoc* y varios Tribunales administrativos, creados en el ámbito de las organizaciones internacionales).

³⁶⁸ Charney, Jonathan, *op. cit.*, nota 16, p. 101

³⁶⁹ *Idem*

³⁷⁰ Charney, Jonathan, The impact on International Legal System of The Growth of International Courts and Tribunals, *Journal of International Law and Politics*, núm. 31, 1999, p. 699

³⁷¹ Higgins, Rosalyn, *op. Cit.*, nota 37, p. 797

³⁷² Brown, Chester, *op. Cit.*, nota 229

Así, todos estos autores se acuerdan por considerar que, todos los Tribunales internacionales, a pesar de sus diferencias funcionales, aplican una serie de principios comunes.³⁷³

En mi opinión, el desarrollo de principios comunes a los Tribunales internacionales podría ser un mecanismo eficaz para aportar una respuesta jurídica a los principales problemas que surgen de la “judicialización” del Derecho internacional. Dichos principios podrían ser vistos como un denominador común, susceptible de inter-relacionar la jurisprudencia de los múltiples Tribunales internacionales y promover la coherencia en la aplicación e interpretación jurisprudencial del Derecho internacional. Además, desde mi perspectiva, los principios comunes a los Tribunales internacionales podrían inter-conectar no solo a la aplicación e interpretación de las normas internacionales, sino también a las propias instituciones judiciales internacionales. En particular, los principios comunes a los Tribunales internacionales serían susceptibles de promover el establecimiento de relaciones, (al menos) informales entre dichas jurisdicciones.

Considero que a través de la aplicación de principios comunes, los Tribunales internacionales desarrollarían técnicas de interacción en el Derecho internacional, en oposición a los conflictos que su multiplicación provoca.

Pero, ¿cuáles podrían ser estos principios?

CAPÍTULO 2: LA NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS COMUNES A LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

“La ley es o particular o común. Llamo ley particular aquellas normas escritas según las cuales se gobierna una ciudad, y ley común, a aquellas normas que, sin estar escritas, parecen ser admitidas por todos.”

Aristóteles³⁷⁴

³⁷³ Burke-White, William, International Legal Pluralism, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 970

³⁷⁴ Aristóteles, *Arte retórica*, Libro I, capítulo 9, ed. Porrúa, 2005, p. 136

En mi opinión, los principios comunes a los Tribunales internacionales podrían derivarse de una de las fuentes tradicionales del Derecho internacional. Es de estimarse que los principios generales del Derecho, establecidos como fuente del Derecho internacional en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, son susceptibles de constituir principios comunes a los Tribunales internacionales por su naturaleza misma. Pero ¿en qué la naturaleza de los principios generales del Derecho les permite fungir como principios comunes a los Tribunales internacionales? Para poder contestar a esta pregunta explicaré qué entiendo por principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional **(1)**. Según yo, dichos principios son susceptibles de constituir principios comunes a los Tribunales internacionales porque son ampliamente reconocidos en los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional **(2)**. En segundo lugar, su aplicación, tanto en el ámbito de los Derechos internos, como en el ámbito del Derecho internacional, se relaciona estrechamente con su particular importancia para la correcta impartición de la justicia. Los principios generales del Derecho podrían ser considerados como principios comunes a los Tribunales internacionales porque su naturaleza los convierte en principios comunes al ejercicio de la función judicial internacional. **(3)** En tercer lugar, desde mi punto de vista, los principios generales del Derecho son, por su naturaleza, la expresión de una concepción común del “Derecho del Derecho” en el plano internacional. Los valores inherentemente jurídicos que dichos principios representan también permiten considerarlos como principios comunes a los Tribunales internacionales **(4)**. En cuarto lugar, se puede considerar que los principios generales del Derecho son susceptibles de fungir como principios comunes a los Tribunales internacionales porque forman parte del conjunto normativo del “Derecho internacional general”. Por su aplicación generalizada, el “Derecho internacional general” podría concebirse como un Derecho común a los Tribunales internacionales **(5)**. En quinto lugar, de acuerdo a un criterio más formal, los principios generales del Derecho son susceptibles de constituir principios comunes a los Tribunales internacionales porque, por su naturaleza misma, dichos principios son una “ley aplicable” ante todos los Tribunales

internacionales **(6)**. Finalmente, para poder analizar a los principios generales del Derecho, (los más) comunes a los Tribunales internacionales estableceré mi propuesta de clasificación de dichos principios **(7)**.

1. Los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional

Para poder analizar este concepto procederé, en primer lugar, a su distinción de otros principios, aplicables en el ámbito internacional **(A)**. En segundo lugar, analizaré las características de los principios generales del Derecho como fuente del Derecho internacional **(B)**.

A. La distinción entre los principios generales del Derecho y otros principios aplicables en el ámbito internacional

Para saber en qué la naturaleza propia de los principios generales del Derecho les permite ser considerados como principios comunes a los Tribunales internacionales me es necesario, en primer lugar, explicar el término mismo de “principios generales del Derecho” y distinguir dichos principios de otros principios aplicables en el Derecho internacional.

En este sentido, cabe señalar que los jueces internacionales utilizan varios términos para referirse a los principios generales del Derecho. Así por ejemplo, la CIJ y la CPJI han utilizado las expresiones: “principios tradicionales”³⁷⁵, “principios generalmente aceptados”³⁷⁶, “regla bien conocida”³⁷⁷, “principio de Derecho bien

³⁷⁵ Caso *Jaworzina*, CPJI, 6 de diciembre de 1923, disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_08/Jaworzina_Avis_consultatif.pdf

³⁷⁶ Caso *Fábrica de Chorzow*, CPJI, 26 de julio de 1927, disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compotence_Arret.pdf

³⁷⁷ Caso *Interpretación del artículo 3 del Tratado de Lausanne*, CPJI, 21 de noviembre de 1925, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_12/01_Article_3_du_traite_de_Lausanne_Avis_consultatif.pdf

establecido y generalmente reconocido”³⁷⁸, “principios generales del Derecho reconocidos por los pueblos civilizados”³⁷⁹ o “principios generales del Derecho”³⁸⁰.

Como atinadamente lo afirma Barberis, desde una perspectiva general, “los juristas utilizan el término “principio” en sentidos distintos en sus exposiciones teóricas del derecho y en los dictámenes y alegatos que lo aplican”. Resulta muy difícil obtener una lista exhaustiva de todas las acepciones jurídicas del término “principio”. Dicho término puede referirse a las bases o fundamentos de un orden jurídico determinado o también puede significar el fin u objetivo de una norma jurídica determinada. De la misma manera, un “principio” puede ser considerado como un axioma o un postulado axiológico evidente. Finalmente, también puede referirse a disposiciones jurídicas de valor programático en cuanto constituyen pautas para una conducta manifiestamente justa.³⁸¹

Generalmente se considera que los principios son distintos de las normas o reglas jurídicas.³⁸² En la teoría contemporánea del Derecho esta distinción ha originado amplios debates doctrinarios. En el Derecho internacional, el término “principio” también se utiliza en distintos sentidos que parecerían diferenciarlo de la noción de “norma” o “regla” jurídica. Sin entrar en más detalles sobre la distinción general entre los principios y las reglas jurídicas, me enfocaré al análisis de lo que me interesa en este estudio: los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional.

³⁷⁸ *Idem*

³⁷⁹ Caso *Right of passage over indian territory*, CIJ, 12 de abril de 1960, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ce&case=32&code=poi&p3=4>

³⁸⁰ Caso *South west Africa*, CIJ, 21 de diciembre de 1962, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f2&case=46&code=esa&p3=4>

³⁸¹ Barberis, Julio, *Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho internacional*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/14/dtr/dtr1.pdf>, p. 23

³⁸² Como lo afirmó un árbitro en el caso *Gentini*, “una regla es esencialmente práctica y por lo tanto obligatoria (...) mientras que un principio expresa una verdad general que guía nuestra acción, sirve como una base teórica para los distintos actos de nuestra vida, y su aplicación a la realidad produce una consecuencia determinada.”, (citado en Cheng, Bin, *General Principles of International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, ed. Cambridge University Press, 1st ed. 1951, reprint 1986, p. 376). En este sentido, los principios del Derecho expresarían “verdades” jurídicas y los principios generales del Derecho “verdades” jurídicas generales. Los principios del Derecho tienen como objetivo alcanzar la justicia objetiva (o equidad), mientras que las reglas jurídicas buscan promover una justicia subjetiva para cada caso particular. (Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 376)

En primer lugar, me parece necesario distinguir los principios generales del Derecho de los principios (y/o normas) del Derecho interno de los Estados miembros de la Comunidad internacional. En algunos casos excepcionales una jurisdicción internacional puede ser llevada a aplicar ciertos principios de Derecho nacional. No obstante, la aplicación de principios generales del Derecho en el ámbito del Derecho internacional no constituye una aplicación directa y mecánica de principios pertenecientes al Derecho interno de un determinado Estado miembro de la Comunidad internacional. Como lo veremos más adelante, la identificación de los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional, es una operación jurídica sumamente compleja.

En segundo lugar, los principios generales del Derecho no deben confundirse con principios o axiomas pertenecientes a ámbitos ajenos al Derecho. En este sentido, los principios generales del Derecho no pueden considerarse como reglas o axiomas de la lógica jurídica.³⁸³

En tercer lugar, me resulta importante efectuar una distinción mucho más sutil y compleja entre los principios generales del Derecho y los principios generales del Derecho internacional. La propia denominación de ambos principios podría conducir a múltiples confusiones.

Cabe mencionar que hay autores que asimilan los principios generales del Derecho con los principios generales del Derecho internacional. Así por ejemplo, según Cançado Trindade,³⁸⁴ los principios generales del Derecho incluyen a la vez los principios generales del Derecho y los principios generales del Derecho internacional. Dicho en otros términos, los principios generales del Derecho y los principios generales del Derecho internacional serían las dos caras de una misma

³⁸³ Como lo señala Barberis algunas reglas lógicas (como *modus ponens*, no contradicción, ley de De Morgan) pueden ser consideradas como principios generales en materia de interpretación de las normas jurídicas pero no deben ser confundidos con principios generales del Derecho. (Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 27)

³⁸⁴ Cancado Trindade, Antonio Augusto, *General Principles of Law as a Source of International Law*, UN Lecture Series, disponible en http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Cancado-Trindade_IL_video_3.html

moneda: los principios generales del Derecho como fuente del Derecho internacional.³⁸⁵

Difiero de esta opinión y quiero subrayar que los principios generales del Derecho, como yo los entiendo, no constituyen principios generales del Derecho internacional y vice-versa.

Según Dominique Carreau, los principios generales del Derecho internacional son normas internacionales de naturaleza convencional o consuetudinaria.³⁸⁶ De la misma manera, en la opinión de Michel Virally, los principios generales del Derecho internacional “no son más que aquellas normas que derivan de la costumbre o de los tratados”.³⁸⁷ En el mismo sentido, para Barberis, los principios generales del Derecho internacional “son las normas fundamentales del Derecho de gentes” y tienen un origen consuetudinario.³⁸⁸ De igual modo, María Asunción Orench y del Moral considera que los principios generales del Derecho internacional incluyen “principios propios del Derecho internacional” que traducen exigencias de la propia estructura de la sociedad internacional y sus relaciones”.³⁸⁹

³⁸⁵ Este autor considera que el artículo 38 del Estatuto de la CPJI no había incluido la segunda sub categoría de principios generales del Derecho (los principios generales del Derecho internacional) debido al estado de desarrollo del Derecho internacional en la época de la adopción de dicho instrumento. En la opinión de Cancado Trindade, los redactores del Estatuto de la CPJI consideraban que los principios generales del Derecho eran los reconocidos por los Estados *in foro domestico* porque eran los únicos que conocían. El Derecho internacional, a principios del siglo XX tenía un campo de aplicación *ratione materiae* muy modesto y este alcance limitado de las normas internacionales no permitía el desarrollo de principios generales del Derecho internacional. No obstante, en la opinión de este autor, el desarrollo posterior del Derecho internacional y la extensión de su campo de aplicación *ratione materiae* condujo al desarrollo de principios generales del Derecho, propios al Derecho internacional: los principios generales del Derecho internacional. Para Cancado Trindade esta afirmación es corroborada por la modificación del *Château* del artículo 38 en el Estatuto de la CIJ. La redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ introdujo en el artículo 38 una primera frase que dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional...”. Según el autor, esta exigencia de conformidad con el Derecho internacional respecto a los principios generales del Derecho demuestra que éstos no son únicamente los resultantes de una comparación de los foros domésticos, sino también los que se deducen directamente del Derecho internacional. Dicho en otros términos, a diferencia de los redactores del Estatuto de la CPJI, los autores del Estatuto de la CIJ sí tomaron en consideración la existencia de principios generales del Derecho, propios al Derecho internacional.

³⁸⁶ Carreau, Dominique, *op. Cit.*, nota 2, p. 289

³⁸⁷ Virally, Michel, citado en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op. Cit.*, nota 384 , p. 430

³⁸⁸ Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 24

³⁸⁹ Para esta autora “muchos de estos principios son evolutivos y coyunturales”. (Orench y del Moral, María Asunción, *El Derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2004, p. 341)

Según el profesor Carreau, dichos principios pueden ser asociados a reglas político-jurídicas que gobiernan las relaciones internacionales. Como ejemplo, este autor refiere los cinco principios básicos de la “coexistencia pacífica” consagrados por primera vez en el Tratado siro-indio del 29 de abril de 1954 y relativos al respeto mutuo de la integridad y de la soberanía territorial, a la no agresión mutua, a la no injerencia en los asuntos internos, a la igualdad y a las ventajas mutuas de la coexistencia pacífica. Estos principios fueron retomados en una multitud de tratados internacionales, particularmente después del final de la Segunda Guerra Mundial y de la Guerra Fría, y muchos de ellos adquirieron carácter consuetudinario.³⁹⁰

En la opinión del profesor Velázquez, los principios generales del Derecho internacional son de dos tipos: principios generales o fundamentales y principios especiales o particulares.³⁹¹ Este autor estima que los principios generales o fundamentales “son principios básicos sobre los que se han edificado las relaciones y el derecho internacional moderno. Rigen para todo tipo de relación visto que su objetivo es garantizar la coexistencia pacífica y el progreso de los miembros de la Comunidad internacional.”³⁹² Por su parte, los principios especiales o particulares³⁹³ “son aquellas máximas, inspiradas en principios fundamentales, sobre las que se edifican ciertos regímenes jurídicos internacionales particulares, creados por la Comunidad internacional a fin de

³⁹⁰ Carreau, Dominique, *op. Cit.*, nota 2

³⁹¹ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op. Cit.*, nota 384, p. 431

³⁹² El autor nos proporciona una lista muy elaborada de principios fundamentales o generales del Derecho internacional. En particular, el Doctor Velázquez menciona los principios contenidos en el artículo 3º de la Carta de las Naciones Unidas (igualdad soberana de todos los miembros de la ONU, cumplimiento de buena fe de las obligaciones adquiridas, solución pacífica de las controversias internacionales, prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales, mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, independencia política e integridad territorial de los Estados, no intervención en los asuntos internos de los Estados) así como otros principios referentes al Derecho de los tratados (*pacta sunt servanda, res inter alios acta, ex consensu advenit vinculum, rebús sis standibus, ius cogens*) o principios internacionales de naturaleza dinámica (cooperación internacional para el logro del desarrollo común, proscripción de la utilización y emplazamiento de armas nucleares y de destrucción masiva, desarme general y completo en las relaciones entre Estados y Naciones, igualdad jurídica de los Estados, respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de la humanidad, eliminación de toda forma de discriminación y segregación racial, prohibición y castigo a todos los delitos graves y crímenes de lesa humanidad, no reconocimiento de las situaciones etc.) (Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op. Cit.*, nota 384, p. 433).

³⁹³ *Ibidem*, p. 434

atender problemáticas en un área determinada de las relaciones internacionales”.³⁹⁴

Desde mi punto de vista, los principios generales del Derecho internacional se deducen de normas convencionales o consuetudinarias pre-existentes y traducen reglas fundamentales de la Comunidad internacional y del orden jurídico internacional. Por esta razón, dichos principios necesariamente forman parte de los Tratados o de las normas consuetudinarias aplicables ante los Tribunales internacionales.

En esto, los principios generales del Derecho internacional son distintos de los principios generales del Derecho. A continuación expondré las principales características de los principios generales del Derecho como fuente del Derecho internacional.

B. Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho internacional

Desde su inclusión en el artículo 38 del Estatuto de la CPJI **(a)**, los principios generales del Derecho se han vuelto una fuente autónoma del Derecho internacional **(b)** que no mantiene una relación de jerarquía con las demás fuentes previstas en este artículo **(c)**.

a) La inclusión de los principios generales del Derecho en el artículo 38 del Estatuto de la Corte permanente de justicia internacional

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece que:

³⁹⁴ Como ejemplo de principios especiales, el Doctor Velázquez refiere a los principios fundamentales del nuevo Derecho internacional del medio ambiente (principio de realidad ambiental, principio de solidaridad, principio de regulación jurídica integral, principio de ordenamiento ambiental, principio de regulación jurídica integral, principio de introducción de la variable ambiental en la toma de decisiones, principio de nivel de acción más adecuado al espacio a proteger, principio de tratamiento de las causas y los síntomas, principio de que el contaminador debe pagar, principio de igualdad etc.). (Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op. Cit.*, nota 384, p. 434)

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.”³⁹⁵

La redacción de este artículo es idéntica a la del artículo 38 del Estatuto de la predecesora de la CIJ: la CPJI.³⁹⁶

La referencia del artículo 38 c) a los “principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” ha provocado múltiples debates en la doctrina. Como lo afirma Georg Schwarzenberger, al redactar el artículo 38 c), los autores del Estatuto de la CPJI retaron a la doctrina del Derecho internacional a navegar en nuevos e inexplorados mares.³⁹⁷

Antes de examinar las opiniones doctrinales acerca de la existencia (o inexistencia) de los principios generales del Derecho, a su condición de fuente (autónoma o no) del Derecho internacional y a su relación (no jerárquica) con las demás fuentes de este último, me parece muy necesario analizar el génesis o *les*

³⁹⁵ Cabe señalar que el objetivo original del artículo 38 del Estatuto de la CPJI no era establecer una categorización exhaustiva de las fuentes del Derecho internacional. Los redactores de este instrumento pretendían listar únicamente las fuentes del Derecho aplicables por la Corte en la resolución concreta de los litigios. Por lo tanto, muchas fuentes del Derecho internacional son ausentes de la lista establecida en el artículo 38. Así por ejemplo, no hay una referencia explícita a los actos unilaterales de los Estados, a algunos actos de las organizaciones internacionales o al *soft law*.

³⁹⁶ La única diferencia es la numeración de los párrafos. En el estatuto de la CPJI se utilizaban cifras árabes en vez de letras minúsculas. Por lo tanto, el artículo 38 c) correspondía al artículo 38 3). Además, la primera frase era más corta y preveía únicamente que “La Corte deberá aplicar: (...)” (Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 2

³⁹⁷ Schwarzenberger, Georg, Preface to Cheng, Bin, *op. cit.*, nota 379, p. XI

travaux préparatoires del artículo 38 del Estatuto de la CPJI.³⁹⁸ A continuación relataré las principales discusiones que acompañaron la inclusión de los principios generales del Derecho en dicho artículo.

En su segunda reunión, en febrero de 1920, el Consejo de la joven SDN designó un Comité consultativo de juristas³⁹⁹ con el objetivo de programar el establecimiento de la CPJI. El Comité presentó su Reporte y una propuesta para el Estatuto de la Corte en la octava reunión del Consejo de la SDN en agosto de 1920. Antes de la primera reunión del Comité, la Secretaría de la SDN le sometió un *Memorandum* con varias propuestas para el establecimiento de una Corte Mundial (*World Court*), elaboradas por distintos Estados miembros⁴⁰⁰ de la Comunidad internacional o por individuos.⁴⁰¹ Dichas propuestas contenían referencias claras a los “principios generales del Derecho”, “principios generales de Derecho y equidad”, o “principios generales de justicia y equidad”, o “reglas que, en la opinión de la Corte, deben de ser consideradas como reglas del Derecho internacional”.⁴⁰² Estas propuestas reflejaban muy bien la opinión general de los miembros de la Comunidad internacional respecto a las reglas que un juez internacional podría aplicar.

Posteriormente, en las discusiones ante el Comité de juristas, el francés, Baron Descamps propuso que, además de las convenciones (artículo 38 1.) y de la costumbre bien establecida (artículo 38 2.), la CPJI debería aplicar “las reglas de Derecho internacional reconocidas por la conciencia jurídica de las naciones civilizadas”, “en francés *“les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés”*”.⁴⁰³ Para Baron Descamps, dichas reglas formaban parte de las reglas de “justicia objetiva”. Como ejemplo de una regla de este tipo, el Baron Descamps refirió la aplicación del principio de *res*

³⁹⁸ Para un análisis particularmente claro de los trabajos preparatorios del artículo 38 c) ver: Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, pp. 6-22

³⁹⁹ Los miembros de este Comité eran: Mineitchiro Adatci, Rafael Altamira, Clovis Bevilacqua (posteriormente reemplazado por Raoul Fernandes), Baron Descamps, Francis Hagerup, Albert de la Pradelle, Lord Phillimore, Arturo Ricci-Busatti y Elihu Root. Su secretario general fue Dionisio Anzelotti. (Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 6)

⁴⁰⁰ En particular: Suecia, Dinamarca, Noruega, Suiza.

⁴⁰¹ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 6

⁴⁰² *Ibidem*, p. 7

⁴⁰³ *Idem*

judicata por parte de la CPA en el caso *Fondo piadoso*.⁴⁰⁴ Por su parte, el representante de los Estados Unidos, Elihu Root expresó sus dudas respecto al sentido de dicha propuesta. En particular, Root cuestionaba la competencia de la Corte para aplicar principios, deducidos de la “conciencia jurídica de los pueblos civilizados”.⁴⁰⁵

En general, las propuestas en el Comité de Juristas respecto al Derecho que la Corte debería aplicar resultaban de cinco opiniones distintas. En primer lugar, algunos de sus miembros rechazaban la posibilidad de fijar expresamente y *a priori* las reglas jurídicas aplicables ante la Corte.⁴⁰⁶ La segunda opinión, defendida por los países escandinavos, e inspirada del Código Civil suizo, consideraba que la Corte debería aplicar las convenciones internacionales, la costumbre y toda regla que considere como parte del Derecho internacional aplicable al caso.⁴⁰⁷ La tercera propuesta fue la expresada por Baron Descamps. Dicha iniciativa preveía la posibilidad para la Corte de pronunciarse sobre la base de convenciones internacionales (artículo 38 1.), de reglas consuetudinarias generalmente aceptadas (artículo 38 2.) o de “*règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés*”. La cuarta posición fue la que originalmente defendió el representante de los Estados Unidos, Elihu Root. Root era favorable a la adopción únicamente de los apartados 1 y 2 del

⁴⁰⁴ CPA, *Fondo Piadoso de las Californias*, Estados Unidos c. México, 14 de octubre de 1902

⁴⁰⁵ En efecto, como lo señala Bin Cheng (*op. Cit.*, nota 379, pp. 7-9), la palabra francesa “conscience” tiene un significado distinto del término inglés “conscience”. En inglés, “*conscience*” tiene claras connotaciones morales y se refiere a la conciencia de lo que es moralmente bueno o malo a los ojos de un individuo o grupo de individuos respecto a las acciones que se encuentran bajo su responsabilidad. En cambio, en francés, “*conscience*” puede significar lo que es bueno o malo pero no necesariamente en el sentido moral de los términos. En francés se puede hablar de “*liberté de conscience*”, “*conscience religieuse*” o “*conscience morale*” de manera autónoma. Por lo tanto, cuando Baron Descamps utilizaba la expresión “*conscience juridique*” ésta implicaba lo que es “jurídicamente correcto o incorrecto”, y no lo que es moralmente bueno o malo. En el mismo sentido, el término francés “*conscience*” no necesariamente implica un juicio moral sobre sus propias acciones. Por lo tanto “*conscience juridique des peuples civilisés*” no se refiere a los juicios morales de los pueblos, sino más bien al sentido común de los pueblos civilizados de lo que es jurídicamente correcto o incorrecto. La expresión podría traducirse en inglés cómo “*the common sense of the civilised people of what is juridically wright or wrong*”

⁴⁰⁶ Como lo refiere Bin Cheng (*op. Cit.*, nota 379, p. 10) según la Pradelle, por ejemplo, el Estatuto de la Corte debería prever únicamente que ésta resolverá los asuntos que le son sometidos de acuerdo al “Derecho, la justicia y la equidad”.

⁴⁰⁷ Esta última propuesta fue rechazada por los demás miembros del Comité porque se temía que una tal disposición permitiría a la Corte ejercer una función legislativa en el ámbito internacional.

artículo 38 de acuerdo a la propuesta de Baron Descamps. Dicha posición se explicaba por la necesidad de promover la aceptación de la competencia obligatoria de la Corte por un mayor número de Estados.⁴⁰⁸ Finalmente, la quinta propuesta, presentada por Lord Phillimore, con la aprobación de Elihu Root, consistía en enmendar la propuesta originaria de Baron Descamps.⁴⁰⁹ En virtud de esta propuesta, el artículo 38-3 establecía que la CPJI podría aplicar “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, en inglés “*general principles of law recognised by civilised nations*”. Esta propuesta de Lord Phillimore fue inmediatamente aprobada por Baron Descamps y por todos los demás miembros del Comité.

Dicho acuerdo generalizado se debía en gran parte a la posición compartida por todos los miembros del Comité respecto a la función de un juez internacional. En realidad, según los juristas que componían el Comité, el juez internacional cumplía con una función fundamentalmente idéntica a la del juez nacional. En la mayoría de sistemas jurídicos nacionales la función de un juez consiste en aplicar las normas jurídicas positivas. No obstante, como lo afirma Cheng⁴¹⁰, en dichos sistemas las normas positivas no son suficientes para regular todos los aspectos jurídicos de la vida social, muchas veces multifacéticos y cambiantes. Para evitar cometer una denegación de justicia, muchos códigos civiles establecen la

⁴⁰⁸ En efecto, Root consideraba que el Derecho aplicable por la Corte sería un factor importante para la aceptación de su jurisdicción por parte de los Estados miembros de la SDN. En la opinión de Root una concepción más restrictiva del Derecho aplicable favorecería la aceptación de su jurisdicción por un mayor número de Estados. (Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 13)

⁴⁰⁹ Como lo afirma Bin Cheng (*op. Cit.*, nota pp. 12-14), las opiniones de Baron Descamps y Lord Phillimore no eran sustancialmente opuestas. La principal diferencia era su respectiva concepción de la costumbre internacional. La concepción de Baron Descamps era mucho más restrictiva que la de Lord Phillimore. Baron Descamps definía la costumbre como “*pratique commune des nations, acceptée par elles comme loi*”. En consecuencia, desde esta perspectiva, los dos elementos constitutivos de la costumbre internacional (la *consuetudo* y la *opinio iuris*) debían ser comunes a todas las “*nations*”. Por lo tanto era muy difícil establecer su existencia y era necesario incluir una tercera fuente de Derecho internacional que la Corte podría utilizar para resolver las controversias que se le presentaban (“*les regles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés*”). La opinión de Lord Phillimore respecto a las fuentes del Derecho internacional a las que la Corte podría recurrir era mucho más liberal que la de Baron Descamps. En la opinión de Phillimore, en ausencia de normas convencionales aplicables a la materia, la Corte podría aplicar las reglas del Derecho internacional en vigor “independientemente de la fuente de la que éstas son derivadas”. Respecto a las fuentes consuetudinarias (como alternativa a la aplicación de fuentes convencionales) Lord Phillimore estimó que “en general, todos los principios de *common law* son aplicables a las relaciones internacionales.

⁴¹⁰ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 16

posibilidad para el juez de aplicar principios generales del Derecho.⁴¹¹ Además, la teoría jurídica vigente en estos sistemas sostiene que el Derecho positivo es, y debe ser, guiado, complementado y a veces corregido por principios no positivos (no plasmados en una norma vigente). En dichas percepciones, el juez ya no es considerado como “boca de la ley” y su función no consiste en aplicar automáticamente la lógica formal de los silogismos jurídicos. Desde esta perspectiva teórica, el juez debería convertirse en colaborador (y a veces corregidor) del legislador en la aplicación concreta de las normas jurídicas.

En general, los juristas que participaban en el Comité consideraban que la jurisprudencia de los jueces internacionales podría contribuir al desarrollo y a la consolidación del Derecho internacional. Si los Tribunales internacionales debían aplicar únicamente los Tratados y la costumbre internacional, se correría el riesgo de cometer una denegación de justicia o caer en las prácticas del *non liquet* (debido a la ausencia de Derecho, aplicable al caso). Por consecuencia, se decidió permitir al juez internacional pronunciarse de conformidad con los “principios generales del Derecho”.

⁴¹¹ Así por ejemplo, el artículo 19 del Código Civil Federal Mexicano establece que: “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.” De la misma manera el artículo 16 del Código Civil de la República Argentina dispone que: “Si una cuestión civil no puede resolverse ni por palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá al espíritu de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. En el mismo sentido el artículo 1 del Código Civil español prevé que: “1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho. (...)4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.” Otro ejemplo de la inclusión de los principios generales del Derecho como fuente de Derecho para la decisión judicial puede ser hallado en el artículo 12 del Código Civil italiano que establece: “*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.*” La reglamentación nacional de muchos de los países de Europa del Este también contiene referencias explícitas a los principios generales del Derecho. Así por ejemplo el artículo 5 del Código procesal civil Búlgaro establece que: « (...) *нормативните актове се прилагат според точния им смисъл, а ако са неясни, се тълкуват в смисъла, който най-много отговаря на други разпоредби, на целта на тълкувания акт и на основните начала на правото (...).* » (« Los actos normativos se interpretan según su sentido exacto ; si dicho sentido no está claro se interpretan conforme con el sentido de otros actos similares y con la ayuda de los principios generales del Derecho »)

Cabe señalar que el término “principios generales del Derecho” figuraba en los Códigos civiles de tres de los países de tradición romano-germánica que contaban con representantes en el Comité.⁴¹² Al incluir la referencia a dichos principios, los redactores del Estatuto de la CPJI no pretendieron crear una nueva fuente del Derecho internacional. Los miembros del Comité consideraban que los principios generales del Derecho ya formaban parte del Derecho internacional no positivo (o no incluido en los Tratados o en la costumbre internacional). En varios de sus discursos, los miembros del Comité estimaron que estos principios fueron reconocidos (y no creados) en la práctica jurisprudencial de varios Tribunales internacionales como reglas (pre)existentes del Derecho internacional.

Los miembros del Comité también discutieron la cuestión de saber si la aplicación de los principios generales del Derecho por parte de la CPJI necesitaba del consentimiento previo de los Estados, parte en una controversia. Los juristas consideraron que dicha aplicación se deduce del consentimiento general para someter la resolución de la controversia a la Corte y no requiere un consentimiento específico, como por ejemplo para los casos en los que ésta se pronuncia *ex aequo et bono*.⁴¹³

Finalmente, los redactores del Estatuto de la CPJI suprimieron los términos “en el orden sucesivo” (en francés, “*en ordre successif*”) en la frase introductoria del artículo 38, eliminando así toda noción de jerarquía en la clasificación de las fuentes del Derecho internacional que dicha disposición establecía.⁴¹⁴

⁴¹² Brasil, Italia y España. Artículos de los Códigos Civiles italiano y español, *cit.*, nota 409

⁴¹³ Según el artículo 38 2. del Estatuto de la CPJI (y de la CIJ): “La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.”

⁴¹⁴ Varios miembros del Comité no estaban de acuerdo con la inclusión de la noción “*ordre successif*” en el artículo 38 del Estatuto de la CPJI. Algunos miembros, en particular Ricci-Busatti, consideraban que la Corte debería tomar en cuenta las fuentes del Derecho internacional de manera simultánea. No obstante, en la opinión generalizada de los miembros del Comité, la enumeración únicamente reflejaba el orden lógico en el que estas reglas o principios jurídicos vendrían a la mente del juez internacional. Posteriormente, en la conferencia de la ONU en San Francisco (1950), la cuestión de la existencia de jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte fue discutida de nuevo. Los dos observadores de la CPJI invitados a dicha reunión (Guerrero y Manley Hudson) estimaron que dicha disposición no establecía ningún tipo de jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional. (Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 21)

Como ejemplos de principios generales del Derecho los “*travaux preparatoires*” citaban el principio de *res judicata*, el principio de buena fe, ciertos principios relativos a los procedimientos internacionales contenciosos,⁴¹⁵ el principio que prohíbe el abuso de derechos, el principio según el cual bajo ciertas condiciones el más fuerte toma ventaja legítima sobre el más débil y el principio *lex specialis generalibus derogant*.

El artículo 38 del Estatuto de la CPJI fue finalmente adoptado en la primera reunión de la Asamblea General de la SDN, el 13 de diciembre de 1920. Dicho artículo siguió vigente durante todos los años de funcionamiento de la CPJI. Posteriormente, el artículo 38 del Estatuto de la CPJI fue adoptado por los órganos de la ONU como artículo 38 del Estatuto de la CIJ.⁴¹⁶ La única modificación consistió en incluir (La Corte) “cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas” (deberá aplicar:) en la frase introductoria. Podemos considerar que dicha modificación pone énfasis en el hecho de que todas las fuentes enumeradas en los apartados del artículo 38 del Estatuto de la CIJ forman parte del Derecho internacional existente.⁴¹⁷

La importancia de dicho artículo fue resumida en un Memorandum presentado por el Secretario General de la ONU a la ocasión del inicio de los trabajos de la CDI respecto a la codificación del Derecho internacional. En dicho Memorandum, el Secretario general subrayó que la codificación de las fuentes del Derecho internacional fue realizada con éxito por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.⁴¹⁸

⁴¹⁵ En particular a los “*procès verbaux*”.

⁴¹⁶ Las razones para la transposición de dicha disposición fueron muy bien resumidas por el Comité sobre el futuro de la Corte permanente. Sus miembros estimaron que: “El Derecho aplicable por la Corte es establecido en el artículo 38 del Estatuto, y, aunque los términos de dicha disposición pueden ser sujetos a ciertas críticas, ésta ha funcionado bien en la práctica y su transposición es recomendable”. (citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 21)

⁴¹⁷ Bin, Cheng, *op. Cit.*, nota 379, p. 22

⁴¹⁸ UN: Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission, p. 22 (citado en Cheng, Bin, *op. cit.*, nota 379, p. 22 y disponible en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1_rev1.pdf). No obstante, podemos considerar que el artículo 38 no establece una codificación de todas las fuentes del Derecho internacional. En particular, dicha disposición no menciona los actos unilaterales de los Estados, el *soft law* o las fuentes de origen privado, como por ejemplo la *lex mercatoria*.

b) Una fuente autónoma del Derecho internacional

En mi opinión, los principios generales del Derecho son sin duda una fuente autónoma del Derecho internacional.

Como atinadamente lo señala María Asunción Orench y del Moral “una interpretación lógica y racional del artículo 38 conduce a distinguir a los principios de las otras reglas internacionales, al haber sido incorporadas de forma expresa en el tercer apartado.”⁴¹⁹

Existen opiniones doctrinales tanto a favor como en contra de la consideración de los principios generales del Derecho como una fuente autónoma del Derecho internacional.

Para muchos autores, los principios generales del Derecho son indudablemente una fuente autónoma del Derecho internacional; algunos la consideran como una fuente fundamental de este último, importante y necesaria para su desarrollo y consolidación.⁴²⁰ Así por ejemplo, según Sfériades⁴²¹, los principios generales del Derecho son “las grandes axiomas” que son no sólo fuentes del Derecho internacional sino también los fundamentos de su existencia. En el mismo sentido, para Verdross, los principios generales del Derecho son la fuente por excelencia del Derecho internacional y son dotados de una preeminencia sobre las demás fuentes.⁴²²

En cambio, en la opinión de otros autores las únicas fuentes del Derecho internacional son los tratados internacionales y la costumbre. Así por ejemplo, según Wolff, los principios generales del Derecho no son fuente autónoma del Derecho internacional porque su aplicación es basada en una costumbre internacional preexistente.⁴²³ De la misma manera, para Guggenheim, los principios generales del Derecho no son fuente del Derecho internacional sino más

⁴¹⁹ Orench y del Moral, María Asunción, *op. Cit.*, nota 386, p. 416

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 157

⁴²¹ citado en María Asunción Orench y del Moral, *op.cit.*, nota 384, p. 157

⁴²² Verdross distingue tres categorías de principios generales del Derecho: los extraídos directamente de la idea de Derecho, los que subyacen implícitamente de una institución jurídica determinada y los afirmados por el Derecho positivo de las naciones civilizadas. (citado en María Asunción Orench y del Moral, *op.cit.*, nota 384, p. 159).

⁴²³ citado en María Asunción Orench y del Moral, *op.cit.*, nota 386, p. 154

bien “analogías jurídicas procedentes del Derecho privado de las naciones civilizadas, adaptadas al Derecho de gentes e incorporadas al Derecho consuetudinario”.⁴²⁴

En este sentido, me es importante señalar que los tratados pueden ser fácilmente distinguidos de las otras dos fuentes del Derecho internacional, pero la línea de demarcación entre la costumbre y “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” no es tan clara, visto que, en una aceptación más general, la costumbre es susceptible de incluir todas las fuentes no escritas del Derecho internacional (a la vez la costumbre y los principios generales del Derecho). No obstante, en el artículo 38 b) se emplea una aceptación más restrictiva de la costumbre como práctica generalizada de los Estados, aceptada por ellos como Derecho. Dicho en otros términos, para la formación válida de la costumbre se requiere una práctica común de los Estados y una aceptación del carácter jurídico vinculante de dicha práctica.⁴²⁵

En la definición de la tercera fuente del Derecho internacional también se prevé la necesidad de reconocimiento (por parte de las “naciones civilizadas”) pero no se exige una práctica común. Por lo tanto, el objeto de este reconocimiento ya no es la juridicidad de la regla resultante de los usos internacionales, sino la existencia de ciertos principios de naturaleza intrínsecamente jurídica. Esta fuente del Derecho internacional consiste en los principios generales del Derecho como fenómeno social común a todas las sociedades (civilizadas).⁴²⁶

Además, la misma práctica de los Tribunales internacionales⁴²⁷ demuestra que los principios generales del Derecho son fuente autónoma y sumamente importante del Derecho internacional. Según el Doctor Velázquez, “no hay duda que los principios constituyen una fuente autónoma y sustantiva del derecho internacional en la medida en que pueden ser invocados como Derecho aplicable para resolver el fondo de un acto jurídico o una controversia internacional”.⁴²⁸ En

⁴²⁴ citado en María Asunción Orench y del Moral, *op.cit.*, nota 386, p. 155

⁴²⁵ Cheng, Bin, *op. cit.*, nota 379, p. 1

⁴²⁶ *Idem*

⁴²⁷ Desde la de los Tribunales arbitrales pre-existentes a la CPJI y a la CIJ hasta la de las jurisdicciones internacionales que operan en la actualidad.

⁴²⁸ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op.cit.*, nota 384, p. 419

el mismo sentido, para Bin Cheng, visto que tanto las convenciones internacionales, como las reglas consuetudinarias y los principios generales del Derecho son susceptibles de proveer reglas válidas y operantes para la resolución de las controversias internacionales, éstos deben ser considerados como fuente del Derecho internacional.⁴²⁹

La propia presencia de los principios generales del Derecho en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales y su utilización como fuente jurídica común para la resolución de los litigios internacionales demuestra que los principios generales del Derecho son una fuente autónoma del Derecho internacional.

Esta fuente autónoma del Derecho internacional se convierte en un repertorio común de principios jurídicos que guían a los Tribunales internacionales en el desempeño de su función judicial.

c) La relación no-jerárquica de los principios generales del Derecho con las demás fuentes del Derecho internacional

Según yo, no existe una relación de subordinación o supra-ordenación entre los principios generales del Derecho y las demás fuentes del Derecho internacional. Como lo expuse anteriormente, de los propios trabajos preparatorios del artículo 38 del Estatuto de la CPJI se deduce la intención de sus redactores de excluir toda relación jerárquica en la clasificación de las fuentes del Derecho internacional.

La cuestión de la jerarquía de las fuentes del Derecho internacional ha suscitado vivos debates y controversias doctrinales. Para algunos autores, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece una relación de supra-ordenación entre las distintas fuentes que señala. En la opinión de estos autores, los principios generales del Derecho son una fuente subsidiaria y jerárquicamente inferior en relación con los Tratados y la costumbre.⁴³⁰

⁴²⁹ Cheng, Bin, *op. cit.*, nota 379, p. 20

⁴³⁰ Por ejemplo, Degan, V.D., *Sources of International Law*, ed. Martinus Nijhoff, 1997, p. 15, citado en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op. Cit.*, nota 384, p. 421

Para otros autores, los principios generales del Derecho son la principal fuente del Derecho internacional y ocupan una posición jerárquica superior respecto a las fuentes convencionales o consuetudinarias. Así por ejemplo, para Verdross, las fuentes positivas del Derecho internacional (tratados o costumbre) están basadas en los principios generales del Derecho y por consecuencia no los pueden derogar.⁴³¹ En esta visión doctrinaria, los principios generales del Derecho son “la fuente primera y principal” y “tienen un rango absolutamente superior” en relación con las demás fuentes del Derecho internacional.⁴³²

En la opinión de otros autores, no existe ningún tipo de relación jerárquica entre los principios generales del Derecho y las demás fuentes del Derecho internacional. Siguiendo en esto a Bin Cheng, puedo estimar que el orden en el que dichas fuentes son enumeradas no establece ningún tipo de jerarquía entre ellas y simplemente representa el orden en el que el juez internacional las utilizaría para la resolución de un caso concreto. No obstante, nada impide que el juez las tenga en mente todas al mismo tiempo. Su tarea consiste precisamente en decidir cuáles son las fuentes aplicables al caso, de conformidad con el Derecho internacional, visto como un todo coherente.⁴³³

Finalmente, cabe destacar que existen intentos doctrinales de mucha actualidad que consisten en repensar la jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional. En particular, en los últimos años asistimos a un intenso debate sobre la dimensión constitucional del orden jurídico internacional.⁴³⁴ Para algunos

⁴³¹ Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, ed. Aquilar, Madrid, 1978, pp. 132-135, citado en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op.cit.*, nota 384, p. 421

⁴³² En este sentido Rolando Quadri afirma que los principios generales del Derecho “tienen un rango absolutamente superior, y serían así, por tanto, no la tercera fuente, la fuente supletiva, como se cree comúnmente, sino la fuente primera y principal... Los principios tienen naturalmente una fuerza superior a la de todas las otras normas, con inclusión de los tratados y la costumbre... Si el acuerdo y la costumbre constituyen procedimientos de producción jurídica internacional, es debido exclusivamente a que dos principios, el principio *pacta sunt servanda* y el principio consuetudo est servanda, prevén tales procedimientos como idóneos para crear derecho. Trátese, por tanto, de normas de segundo grado, subordinadas a los principios de que derivan su fuerza obligatoria, y no deben estar en contradicción con aquellos.” (Quadri, Rolando, citado en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op.cit.*, nota 384, p. 422)

⁴³³ Cheng, Bin, *op. cit.*, nota 379, p. 20

⁴³⁴ Ver por ejemplo: Peters, Anne, MacDonald, John y Douglas Johnston, *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, Tsagourias, Nicolas, *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, ed. Cambridge University Press, 2007

autores, el constitucionalismo (como postulado) o la “constitucionalización” (como proceso en curso) del sistema jurídico internacional son fenómenos reales (ya existentes) y para otros se trata de un proyecto que necesita ser diseñado, discutido y llevado a cabo (en el futuro).

Para la mayoría de autores que sostienen la “constitucionalización” del sistema jurídico internacional, dicho sistema ha logrado un grado de “objetividad”, susceptible de limitar el ejercicio del poder público internacional (o la soberanía estatal), de la misma manera que en un orden constitucional. Esta “objetividad” se lograría, en particular, a través de la “jerarquización” del orden jurídico internacional en virtud de “imperativos (constitucionales) superiores”. Desde un punto de vista general, dichas propuestas tienden a organizar la unidad del orden jurídico internacional de manera “vertical”, a través de una integración normativa “supra-ordenada” por normas y/o principios que representan los valores más fundamentales (y superiores) del sistema jurídico internacional.⁴³⁵

Una de estas propuestas se refiere a la posibilidad para los principios generales del Derecho de fungir como *lex superior* del orden jurídico internacional, adquiriendo una jerarquía *ad hoc* en relación con las demás normas del Derecho internacional.⁴³⁶ En esta visión doctrinaria, la jerarquización (constitucionalizadora)

⁴³⁵ La naturaleza de los “imperativos (constitucionales) superiores” no es claramente determinada. Para algunos autores, la protección de los derechos humanos fundamentales puede ser considerada como un “imperativo superior” que debe supra-ordenar el sistema jurídico internacional (por ejemplo a través del respeto incondicional de los principios de prohibición de la tortura o los relativos a la protección de la dignidad humana.). Para otros autores, estos valores superiores deben ser encontrados en la promoción de las reglas del libre mercado que presentarían, en este sentido, una dimensión constitucional. Otros autores, de manera tal vez sorprendente, sostienen el carácter constitucional de algunos principios básicos del sistema jurídico internacional: por ejemplo el relativo a la prohibición del recurso a la fuerza o a la igualdad soberana de los Estados.⁴³⁵ Desde una perspectiva más formal, muchos autores consideran que las normas del *ius cogens* o algunas obligaciones internacionales, con validez *erga omnes*, deben ocupar un rango jerárquico superior en relación con las otras normas del Derecho internacional.⁴³⁵ Finalmente, para otros autores, es la Carta de la ONU, en virtud de su artículo 103, que debe constituir una verdadera “Constitución internacional” que supra-ordene a la Comunidad internacional a través de los “imperativos superiores” que protege.

⁴³⁶ Como lo señala Norberto Bobbio, cuando el principio *lex specialis* se utiliza para resolver un (grave) conflicto de antinomias, su aplicación siempre termina sujeta a la libre apreciación (y/o interpretación) de los jueces o actores de un sistema jurídico. La incertidumbre que se deriva de la aplicación del principio *lex specialis* muchas veces justifica la preferencia por la utilización del principio *lex superior*. Un ejemplo de esta preferencia por el principio *lex superior* puede ser hallado en el reciente caso *Plataformas Petroleras*. En dicho asunto, se trataba de un conflicto entre una norma convencional y un principio general de Derecho (internacional), relativo a la prohibición del

que podría operar a favor de los principios generales del Derecho no sería rígida, es decir no podría conducir a la derogación, modificación o nulidad de las normas (inferiores) contrarias a un principio general. No se trataría de una conformidad en términos absolutos, del todo o nada, sino de una jerarquía “degradada” (“*degradée*” en términos de Serge Sur⁴³⁷). Según Ost y de Kerchove se trata de una relación de tipo medidas-objetivo (o fin), de naturaleza teleológica.⁴³⁸ Dicho en otros términos se trataría de una “compatibilidad de sentido”: los comportamientos suficientemente “cercaños” a lo establecido en el principio general se considerarían compatibles con el “sentido” del mismo.⁴³⁹ Dicha compatibilidad entraría en la “lógica de lo indeterminado” (“*logique du flou*” para utilizar el término de Mireille Delmas- Marty⁴⁴⁰).

En mi opinión, esta propuesta doctrinaria es teóricamente muy interesante, pero difícil de realizar en la práctica. Todo intento de jerarquizar las fuentes del Derecho internacional exige una serie de consentimientos muy difíciles de reunir. La ausencia de jerarquías entre las fuentes del Derecho internacional se deriva de las características propias del orden jurídico internacional. La verticalidad que introduciría la jerarquización de las fuentes del Derecho internacional se adapta difícilmente con la horizontalidad y la descentralización, inherentes al sistema jurídico internacional.

uso de la fuerza. La CIJ hubiera podido aplicar el principio *lex specialis* y considerar que la norma convencional era una excepción o derogación del principio general. No obstante, la Corte determinó la existencia de una jerarquía implícita entre ambos. Dicha jerarquía operó en favor del principio general y en detrimento de la norma (convencional) particular. La unidad del sistema de normas se realizó a través de un proceso de jerarquización normativa (principio *lex superior*), distinto de los modos habituales de coordinación normativa (principio *lex specialis*).

⁴³⁷ Sur, Serge, *L'interprétation en droit international public*, ed. LGDJ, 1974, p. 25, citado en Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, nota , p. 17

⁴³⁸ Ost, Francois y M. de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, ed. Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 100, citado en Jouannet, Emmanuelle, *L'influence des principes généraux du droit face aux phénomènes de fragmentation du droit international contemporain*, http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDI/Contributions_en_ligne/E._JOUANNET/PG_et_fragmentation-version_CERDIN.pdf, p. 17

⁴³⁹ Delmas-Marty, Mireille y M. L. Izorche, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation*, citado en Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, nota 436, p. 17

⁴⁴⁰ Delmas-Marty, Mireille y M. L. Izorche, p. 88, citado en Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 438, p. 17

2. Los principios generales del Derecho: principios comunes a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional

Desde mi perspectiva, los principios generales del Derecho son, tal vez, la única fuente del Derecho internacional de origen interno. La naturaleza misma de los principios generales del Derecho demuestra que se trata de principios originados *in foro domestico* de los Estados miembros de la Comunidad internacional. Por su propia naturaleza, los principios generales del Derecho constituyen principios comunes a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional.

Esta afirmación es corroborada, en primer lugar, por la propia redacción del artículo 38 del Estatuto de la CPJI. Como lo señalé anteriormente, los principios generales del Derecho son principios, “reconocidos por las naciones civilizadas”. **(A)** En segundo lugar, el carácter común de los principios generales del Derecho a varios órdenes jurídicos internos se desprende de los procedimientos utilizados para determinar la existencia de dichos principios y su aplicabilidad en el ámbito del Derecho internacional. **(B)**

A. El reconocimiento de los principios generales del Derecho *in foro domestico* de las “naciones civilizadas”

El artículo 38 prevé que los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional son y/o deben ser “reconocidos por las naciones civilizadas”

La propia redacción de este artículo demuestra que, desde su inclusión en la categoría de fuentes del Derecho internacional, los principios generales del Derecho fueron considerados como principios comunes a los órdenes jurídicos internos de las “naciones civilizadas”.

La analogía entre la función de un juez nacional y la de un juez internacional condujo a una analogía entre las fuentes del Derecho, aplicables en

el ámbito interno y en el internacional. Como lo mencioné anteriormente, según los redactores del artículo 38 del Estatuto de la CPJI, los principios generales del Derecho eran aplicables en muchos órdenes jurídicos internos, de países pertenecientes a la tradición jurídica, tanto del *Common Law*, como de *Civil Law*. El propio término “principios generales del Derecho” figuraba en los Derechos internos de muchos de los países que contaban con representantes en el Comité de juristas, responsable de redactar el artículo 38. Según yo, la aceptación de los principios generales del Derecho en los órdenes jurídicos nacionales explica el acuerdo sobre su aplicación en el ámbito del Derecho internacional. El reconocimiento de los principios generales del Derecho en los órdenes jurídicos internos condicionó su reconocimiento como fuente del Derecho internacional.

En este sentido, es importante notar que el artículo 38 no se refiere al reconocimiento de “los principios generales del Derecho en los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional”, sino que postula su reconocimiento por parte de “las naciones civilizadas”. El reconocimiento por parte de las “naciones civilizadas” caracteriza a esta fuente del Derecho internacional y la distingue de las demás fuentes previstas en dicho artículo. Esta noción subraya que los principios generales del Derecho son y/o eran comunes a los órdenes jurídicos de estas “naciones civilizadas”. Pero, ¿cuáles son hoy día las “naciones civilizadas”?

El concepto “naciones civilizadas” o “pueblos civilizados” hoy día parece una redundancia obsoleta y criticable⁴⁴¹. Como atinadamente lo afirma Barberis, la expresión “pueblos civilizados” se refiere a una época en la que todavía se

⁴⁴¹ La primera crítica fue expresada durante los trabajos preparatorios del artículo 38 del Estatuto de la CPJI. Según La Pradelle, uno de los miembros del Comité Redactor del Estatuto, la noción de “pueblo civilizado” era una redundancia visto que la existencia misma de Derecho en un territorio determinado implicaba la existencia de civilización. Otra crítica en este sentido fue la expresada por el juez Ammoun en su opinión disidente en el asunto de *North Sea Continental Shelf* (CIJ 1969). Según Ammoun la expresión “pueblos civilizados” es criticable porque resulta contraria al principio general del Derecho que postula la igualdad soberana de los Estados en Derecho internacional. Finalmente, Dupuy critica el carácter “civilizado” de los pueblos a los que se refería el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Según este autor, la redacción de esta disposición se hizo en la época del Tratado de Versalles que marcaba el fin de 4 años en los que estos “pueblos civilizados” se habían entre-matado en la barbarie de la guerra. (citados en Raimondo, Fabián, *General Principles of Law in the Decisions of international Criminal Courts and Tribunals*, Tesis doctoral, University of Amsterdam, <http://free-downloads-criminal-lawyer-ebook.com/lawyer/706-general-principles-of-law-in-the-decisions-of-international-criminal-courts-and-tribunals.html>, p. 55).

distinguía entre los Estados que formaban parte de la Comunidad internacional (generalmente las grandes potencias (cristianas) europeas) y los que no. No obstante, la Comunidad internacional de Estados se ha ido aumentando hasta adquirir en la actualidad un carácter universal. La descolonización y la adhesión de Estados a la ONU han propiciado este fenómeno. Consecuentemente, “la noción de “pueblos civilizados”, fundada en el concepto de Estado perteneciente a la Comunidad internacional, es hoy casi una tautología, pues no puede considerarse que existan naciones situadas fuera de ella.”⁴⁴² En la actualidad, se consideran como “pueblos civilizados” todos los Estados que pertenecen a la Comunidad internacional y que respetan el Derecho internacional en sus relaciones mutuas.

Cabe señalar que algunos autores tratan de encontrar significados más modernos de la noción de “pueblos civilizados”. Así por ejemplo, según Bassiouni esta expresión podría referirse a Estados, que por razones históricas determinadas, ya no respetan su Derecho, previamente “civilizado”.⁴⁴³

En mi opinión, la expresión “naciones civilizadas”, empleada en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ se refiere directamente a las naciones europeas (occidentales). En efecto, cabe destacar la relación de los principios generales del Derecho, en particular, y del Derecho internacional, en general, con las “naciones europeas civilizadas”.

Sin duda, el Derecho internacional “clásico”, posterior a los Tratados de paz de Westphalia era el Derecho de las “grandes naciones europeas civilizadas”.⁴⁴⁴ La primera versión liberal, humanista y racionalista del Derecho internacional fue desarrollada en el periodo entre los siglos XVII y XIX. El “Derecho de los pueblos” (*law of peoples/ law of nations*) fue adoptado por las potencias europeas y teorizado por los autores de la escuela de Derecho natural en Europa (Grocio, Puffendorf, Wolff, Vattel). El Derecho internacional clásico fue el producto directo del pensamiento europeo y representó una visión “regional” de lo que es y debe

⁴⁴² Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 33.

⁴⁴³ Bassiouni, Sherif, A functional approach to general principles of law, *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, núm. 3, 1990, p. 768, citado en Raimondo, Fabián, *op. cit.*, nota 439, p. 55.

⁴⁴⁴ Jouannet, Emmanuelle, Universalism and Imperialism, The True-False Paradox of International Law, *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, p. 379

ser el Derecho internacional, basada en las percepciones de una civilización jurídica determinada: la Europea-continental. Las posteriores etapas de desarrollo del Derecho internacional también se caracterizan por una fuerte influencia de las “naciones europeas civilizadas”. A partir del final del siglo XVIII, el espíritu universalista de los “padres fundadores” de la disciplina fue sustituido por una visión del Derecho internacional como el Derecho “positivista” de los pueblos europeos civilizados.⁴⁴⁵ En el siglo XIX, la escuela histórica que se desarrolló en las “naciones europeas civilizadas” subrayó la necesidad de adaptar el Derecho (internacional) a las realidades (históricas, culturales, sociales) de cada Estado y con esto sirvió de base para el desarrollo de los posteriores fenómenos de nacionalismo y colonialismo.⁴⁴⁶ En el siglo XX, después de las dos guerras mundiales, el Derecho internacional se caracterizó por el desarrollo de teorías de Derecho (internacional), abstractas y formalistas, como las de Kelsen, Scelle o Lauterpacht, de nuevo predominantemente europeas y “civilizadas”.⁴⁴⁷

De esto se desprende claramente que el Derecho internacional fue el producto directo de las “naciones europeas civilizadas” que lo universalizaron a través del “genio (civilizador) europeo”. Por lo tanto, tanto sus normas generales (es decir, las aplicables a todos los sujetos del orden jurídico internacional) como las particulares o especializadas (concernientes a algunos sujetos únicamente) eran, debían ser y son reconocidos por las “naciones europeas civilizadas”. En este sentido, los principios generales del Derecho son sin duda una expresión de principios, reconocidos por dichas naciones. Los principios generales del Derecho son, históricamente, principios generales del Derecho europeo.

Desde mi punto de vista, dichos principios tienen su origen inmediato en las fuentes históricas del Derecho de las “naciones europeas civilizadas”. Por su mayoría, los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional, son directamente inspirados de los *prima principia* del Derecho romano. Cabe recordar que el Derecho romano (codificado en el *Corpus Iuris Civilis* del Emperador Justiniano y re-interpretado por los glosadores y los post-

⁴⁴⁵ Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 438, p. 821

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 822

⁴⁴⁷ *Idem*

glosadores) y el Derecho canónico (codificado en el *Corpus Iuris Canonici*) se fusionaron en el *ius commune*, cuyo uso se generalizó en toda Europa. De esta manera los *prima principae* del Derecho romano fueron “recibidos” en los Derechos nacionales de los países europeos y, posteriormente, fueron reconocidos como fuente del Derecho en la mayoría de sus Códigos internos.⁴⁴⁸ Dichos principios son, por lo tanto, comunes a todos los países que pertenecen a la familia jurídica de *Civil Law*. Pero, al mismo tiempo, los principios generales del Derecho son igualmente presentes en los órdenes jurídicos de los países del *Common Law*. El *Common Law* surgió en Inglaterra y, por lo tanto, también formó parte de la “cultura jurídica europea”. Además, durante sus primeros años de desarrollo, el *Common Law* recibió numerosas influencias del “*ius commune*” europeo-continental.

Pero, si los principios generales del Derecho son de origen europeo, entonces podría pensarse que dichos principios son “comunes” únicamente a los órdenes jurídicos de los países situados en el continente europeo. No obstante, la influencia de la “cultura jurídica”⁴⁴⁹ europea se sitúa mucho más allá que las fronteras físicas del continente europeo.

⁴⁴⁸ *Supra*, nota 411

⁴⁴⁹ El término “cultura jurídica” (*legal culture*) también posee distintas connotaciones y definiciones. Dicho término muchas veces se confunde con una visión dinámica y social del Derecho mismo: “Derecho vivo” (*living law*) en términos de Ehrlich o “Derecho en acción” (*law in action*) según Roscoe Pound. Otras veces, el término “cultura jurídica” se utiliza como sinónimo de “tradición jurídica” o “familia jurídica”. Para los sociólogos del Derecho, el término “cultura jurídica” comprende los valores, ideas y actitudes que una Sociedad tiene respecto a su Derecho. Otras veces, el término “cultura jurídica” es preconizado como un valor en sí, en contra de todo acto de barbarie o totalitarismo. En este último sentido, “cultura jurídica” se entiende como sinónimo de “Estado de Derecho”. Otros autores comprenden dicho término como cierto modo de pensar: en este sentido se habla de “*mentalité*” o “*episteme*”, conocimiento jurídico (*legal knowledge*), memoria colectiva, el Derecho en las mentes (*law in minds*) o incluso “cosmología”. Podemos considerar que la “cultura jurídica” representa el contexto cultural que crea el Derecho y que es necesario para darle sentido. Según Lawrence Friedmann, la “cultura jurídica” se refiere a las fuerzas sociales, en constante trabajo sobre el Derecho; a las partes de la cultura general- costumbres, opiniones, maneras de hacer y de pensar- que asocian las fuerzas sociales con el Derecho. En este sentido, la “cultura jurídica” es generalmente vista como la causa de algunas características de un sistema jurídico. Así por ejemplo, se considera que el Derecho sueco es menos sistemático que el Derecho alemán debido a las preferencias alemanas por el orden. (*Legal Culture and Legal Consciousness*, International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences, ed. Pergamon Press, New York, 2001, p. 8625)

En primer lugar, a través del colonialismo, las perspectivas regionales de los “pueblos europeos (civilizados)” sobre el Derecho, la religión, las formas de gobierno o de administración, las expresiones culturales etc. fueron presentadas como “universales” e impuestas (por la fuerza) a los pueblos (“no-civilizados”) dominados. Esta “universalización” de la “cultura jurídica europea” tuvo por resultado particular la “universalización” de los principios generales del Derecho, como fuente de Derecho válida en los Estados no-europeos. La “cultura jurídica” europea impuso la idea (y el ideal) del Derecho al resto del mundo, encarnada, entre otros, por los *prima principia* del Derecho (romano) europeo. Por lo tanto, los principios generales del Derecho (occidental- europeo) fueron “universalizados” a través de la universalización de la “cultura jurídica europea”.

En segundo lugar, los principios generales del Derecho, originados en la “cultura jurídica” europea fueron “universalizados” a través de otro vehículo importante: el mismo Derecho internacional (europeo). La importancia de los principios generales del Derecho, como fuente del Derecho internacional, contribuyó de manera importante a su “internación” y “universalización”. En efecto, los Derechos internos que no habían sido sujetos al “universalismo” de la “cultura jurídica” europea a través de su “internacionalización” (en particular a través del colonialismo) se encontraron bajo su influencia indirecta a través de su retroalimentación constante con el Derecho internacional (europeo). La utilización de los principios generales del Derecho como fuente del Derecho internacional tuvo por efecto incorporar la misma referencia a esta categoría jurídica en numerosos órdenes jurídicos internos.

Así, los principios generales del Derecho, originados en los órdenes jurídicos de los Estados europeos (“civilizados”) fueron reconocidos como fuente del Derecho en numerosos otros órdenes jurídicos internos, tanto de *Civil Law*, como de *Common Law*. Por consecuencia, una referencia a dichos principios puede ser encontrada en numerosos órdenes jurídicos internos.

Desde esta perspectiva, los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional se derivan de los principios generales del Derecho, aplicables *in foro domestico* de muchos Estados miembros de la Comunidad

internacional (europeos y no europeos). Los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional, constituyen principios comunes a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional.

B. Los procedimientos de identificación de los principios generales del Derecho, aplicables en el Derecho internacional

En mi opinión, los propios procedimientos que se utilizan para identificar a los principios generales del Derecho, aplicables en el ámbito internacional, demuestran que se trata de principios originados en los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional.

La existencia de principios generales del Derecho puede ser deducida de un estudio comparativo de varios sistemas jurídicos internos. El análisis comparativo consiste en abstraer el principio general del Derecho de las normas aplicables en los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional y, posteriormente, verificar que dicho principio es generalmente reconocido por estos “pueblos civilizados”.⁴⁵⁰

Para Barberis, los principios generales del Derecho son generalmente los relativos al Derecho civil⁴⁵¹ y a los procedimientos civiles⁴⁵² aunque también existen principios tomados de otras ramas del Derecho nacional.⁴⁵³ Según Raimondo, muchos de los principios generales del Derecho tienen su fundamento

⁴⁵⁰ Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, p. 49

⁴⁵¹ Según Barberis, los principios de Derecho civil son aplicables como principios generales del Derecho en el ámbito internacional porque “existe una analogía entre el régimen de los contratos y de los tratados internacionales, entre el derecho sucesorio y la sucesión de Estados, entre la responsabilidad civil y la responsabilidad internacional y entre las disposiciones sobre la adquisición de la posesión y el dominio y las que se refieren a la adquisición de la soberanía territorial.” (Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 31)

⁴⁵² Como ejemplos podemos citar los principios generales del Derecho relativos al debido proceso (*due process of law*) ante las jurisdicciones internacionales, los principios que permiten a las jurisdicciones internacionales ordenar medidas cautelares o los que determinan el régimen de la prueba ante el juez internacional.

⁴⁵³ Según Fabián Raimondo pueden ser identificados principios generales del Derecho originados en el Derecho público (nacional) o en el Derecho penal (nacional). En general, podemos considerar que la extensión del campo de aplicación material del Derecho internacional ha conducido a una diversificación de los principios generales del Derecho aplicables en estas materias específicas.

en principios de Derecho romano, aplicables en las distintas ramas del Derecho nacional.⁴⁵⁴

Desde mi perspectiva, los principios generales del Derecho son principalmente principios derivados del Derecho romano y aplicados *in foro domestico*, de manera general, a ámbitos específicos de regulación de las normas jurídicas. Así por ejemplo, el principio de *res iudicata* se aplica en los órdenes jurídicos internos a la materia procesal (sin distinguir si se trata de un proceso civil, penal, administrativo, militar etc.). De la misma manera, el principio *pacta sunt servanda* rige a todos los actos jurídicos (sin importar si se trata de contratos de Derecho civil, laboral, administrativo etc.). De igual modo, el principio *compétence de la compétence* es vigente en todos los ámbitos de impartición de justicia (por ejemplo, en la justicia penal, administrativa, constitucional etc.).

El primer paso del análisis comparativo para la identificación de los principios generales del Derecho se basa en la generalización de las normas jurídicas nacionales. Según Barberis, dicho proceso consiste en despojar cada una de las normas nacionales de sus elementos particulares para obtener así “un conjunto de principios fundamentales que aparecen como constantes en un número considerable de legislaciones. Estas son precisamente los elementos universalizables que pasan a configurar el principio general en el orden jurídico internacional.”⁴⁵⁵ Todas las normas jurídicas vigentes⁴⁵⁶ en el ámbito nacional son susceptibles de ser generalizadas para identificar un principio general del Derecho.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, p. 51

⁴⁵⁵ Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 32

⁴⁵⁶ En este sentido, Raimondo señala que los principios generales del Derecho no presentan un carácter inmutable sino que constituyen reglas jurídicas evolutivas y dinámicas. Visto que su identificación depende de las normas nacionales en vigor, un cambio en dichas normas podría conducir a una modificación del principio general del Derecho, derivado de su generalización en el ámbito internacional. (Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, p. 52)

⁴⁵⁷ Como lo menciona Barberis, no es necesario que se trate de “leyes, sino que pueden ser decretos, costumbres o resoluciones administrativas, pero lo importante es que sean normas jurídicas vigentes.” (Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 31). Por su parte, Raimondo considera que en la categoría de normas nacionales, relevantes para la identificación de los principios generales del Derecho, es necesario incluir las sentencias judiciales. (Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, p. 52)

La generalización de las normas jurídicas nacionales no conduce a la obtención de principios generales del Derecho, idénticos a los aplicables *in foro domestico*. El contenido del principio general del Derecho, aplicable en el ámbito internacional, difiere del de las normas internas en las que se basa, puesto que se trata de una generalización de estas últimas.⁴⁵⁸ Dicha generalización no resulta de una trasposición mecánica del contenido de las normas nacionales comunes a varios órdenes jurídicos nacionales⁴⁵⁹, sino de la determinación de su *ratio legis* o denominador común fundamental.⁴⁶⁰ En este sentido, me acuerdo con Mireille Delmas-Marty por considerar que los principios generales del Derecho constituyen una “fuente híbrida” del Derecho (internacional). La comparación de normas nacionales y su constante adaptación al ámbito internacional, dota a los principios generales del Derecho, aplicables en el ámbito internacional de una naturaleza *ad hoc*.⁴⁶¹

El segundo paso para la identificación de los principios generales del Derecho por medio de un examen comparativo consiste en determinar si éstos son “reconocidos por las naciones civilizadas”.

Como lo señalé anteriormente, este reconocimiento de los principios generales del Derecho por parte de las “naciones civilizadas” se refería, históricamente, a un reconocimiento por parte de las “naciones europeas civilizadas”. Según algunos autores, la identificación de dichos principios, aún en la actualidad sigue caracterizada por el escrutinio de los órdenes jurídicos de las naciones europeas (civilizadas) únicamente.

Así por ejemplo, en la opinión de Anthony Carty, a pesar de que la identificación de los principios generales del Derecho debería basarse en el

⁴⁵⁸ Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 32

⁴⁵⁹ Según Barberis, en esto los principios generales del Derecho se distinguen de las normas consuetudinarias. La costumbre tiene un contenido más general que el de las normas nacionales sobre las que se basa, mientras que los principios generales del Derecho son únicamente generalizaciones de las normas jurídicas nacionales.

⁴⁶⁰ Como lo afirma Raimondo, no es necesario que las normas nacionales a la base de un principio general del Derecho tengan un contenido completamente idéntico. Las diferencias de contenido no importan, mientras que dichas normas tengan el mismo *ratio legis* y estén basadas en el mismo principio jurídico fundamental. (Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota , p. 52)

⁴⁶¹ Delmas-Marty, Mireille, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, ed. Hart publishing, 2009, p. 23

examen de los órdenes jurídicos nacionales de todos los “pueblos civilizados”, dicho examen se basa en la comparación casi exclusiva de solo algunos sistemas jurídicos occidentales.⁴⁶² Cualquier referencia a un Derecho no occidental (o no europeo)⁴⁶³ es completamente ausente de la práctica de los Tribunales internacionales en la materia. En el mismo sentido, para Mireille Delmas-Marty, la identificación de las fuentes no escritas del Derecho internacional (la costumbre y los principios generales del Derecho) está muy lejos de basarse en un examen verdaderamente plural de los distintos órdenes jurídicos nacionales y, en general, traduce una fuerte hegemonía europea. A través de un estudio de la jurisprudencia de las jurisdicciones penales internacionales *ad hoc* (el TPIY y el TPIR) en la materia, la autora concluye que los tres países generalmente citados son los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia e Italia.⁴⁶⁴

Otra pregunta importante para la identificación de los principios generales del Derecho es la relativa al número de Estados que deben haberlos “reconocido” en sus órdenes jurídicos nacionales. Como lo afirma Barberis, no se trata de examinar todos los Derechos internos existentes, sino “considerar aquellos que sean representativos de los diferentes sistemas jurídicos que existen en la comunidad internacional”.⁴⁶⁵ Por lo tanto, se debe tratar de un análisis plural que examine los Derechos nacionales de países pertenecientes a las principales

⁴⁶² En la opinión de este autor, la determinación de la existencia de principios generales del Derecho se fundamenta en el escrutinio de los órdenes jurídicos de los países europeos exclusivamente. Cualquier referencia a los Derechos internos de los países en vía de desarrollo o a los Derechos de los países asiáticos o árabes es completamente ausente de la práctica de los Tribunales internacionales (Carty, Anthony, *From the Right to Economic Self-Determination to the Rights to Development: A Crisis in Legal Theory*, *Third World Legal Studies*: Vol. 3, Article 5, <http://scholar.valpo.edu/twls/vol3/iss1/5>)

⁴⁶³ La historia de la influencia (o dominación) europea en el ámbito del Derecho internacional se remonta a los colonialismos del siglo XIX. Dichos colonialismos eran basadas en un doble discurso de inclusión-exclusión: “*exclusion in terms of a cultural agreement about the otherness of the non-European, that made it possible to extend European rights to the native, inclusion in the terms of the native’s similarity with the European, the native’s otherness having been erased by a universal humanitarianism under which international lawyers sought to replace native institutions by European Sovereignty.*” (Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, ed. Cambridge University Press, 2001, p. 131)

⁴⁶⁴ Delmas-Marty, Mireille, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Hart publishing, 2009, p. 7

⁴⁶⁵ Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 36

tradiciones jurídicas del mundo.⁴⁶⁶ No sería necesario examinar todos los sistemas jurídicos de una tradición (por ejemplo los Derechos nacionales de todos los países de *Common Law*) sino que puede bastar con el escrutinio de los órdenes nacionales “más representativos”.⁴⁶⁷

Una vez que los Tribunales internacionales determinen la existencia de un principio general del Derecho, común a los sistemas jurídicos nacionales, se procede a su transferencia por analogía en el ámbito internacional. La transferencia por analogía significa que un principio común a los derechos internos, puede, en razón de su contenido, pasar a formar parte del Derecho internacional.⁴⁶⁸ La transferencia⁴⁶⁹ se hace por analogía porque debe existir una similitud entre el objeto de regulación del principio en el ámbito interno y en el internacional.⁴⁷⁰

En mi opinión, las distintas etapas del examen comparativo que las jurisdicciones internacionales pueden utilizar para determinar la existencia de

⁴⁶⁶ Generalmente se considera que existen dos tradiciones jurídicas principales: el *Common Law* y el *Civil Law* (Derecho romano-germánico o romano-canónico). René David por ejemplo considera que el *Civil Law* y el *Common Law* pueden ser consideradas como tradiciones o familias jurídicas. No obstante, existen también “concepciones del Derecho” como la concepción islámica, hindú, china o japonesa. Otros autores también incluyen en dichas concepciones los regímenes jurídicos socialistas (o comunistas). Podemos considerar que las principales tradiciones jurídicas a las que generalmente se refieren los Tribunales internacionales para determinar la existencia de principios generales del Derecho son el *Common Law* y el *Civil Law*. En efecto, los jueces de estos Tribunales fueron formados, en su gran mayoría, en estas dos tradiciones y por lo tanto, su razonamiento jurídico es impregnado por los principios generales, presentes en ambas familias jurídicas.

⁴⁶⁷ Puede parecer difícil determinar cuáles son los países más representativos de una determinada tradición jurídica. Podría pensarse que los países más representativos son los que originaron la tradición jurídica. Así por ejemplo, el país más representativo de la tradición de *Common Law* sería Gran Bretaña y los países más representativos de la tradición de *Civil Law* serían Francia, Alemania o Italia. No obstante, Raimondo propone tomar en cuenta factores de repartición geográfica más equitativos y no limitar los sistemas jurídicos examinados a los de los países de Europa occidental. (Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, p. 59). En el mismo sentido, en la opinión de Barberis, no sólo es necesario que se trate de los órdenes jurídicos más representativos de una tradición determinada sino también de los más desarrollados o evolucionados sobre un determinado punto jurídico. (Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 35)

⁴⁶⁸ Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 36

⁴⁶⁹ Algunas veces la transferencia de los principios de Derecho interno en el ámbito internacional implica su adaptación a las especificidades del orden jurídico internacional, mientras que otras veces se trata de una trasposición literal del principio interno en el ámbito internacional.

⁴⁷⁰ Como ya fue señalado anteriormente, muchos principios generales del Derecho son principios de Derecho civil. Su trasposición en el ámbito internacional resulta de varias analogías. Así por ejemplo los tratados se consideran como instrumentos jurídicos similares a los contratos, los Estados como personas jurídicas similares a las personas jurídicas en Derecho interno, la sucesión de Estados se asocia a la sucesión de bienes en Derecho interno etc.

principios generales del Derecho exigen complejos conocimientos sobre el funcionamiento de los órdenes jurídicos internos. Tanto la abstracción o “generalización” de los principios generales del Derecho a partir de las normas nacionales vigentes, como la verificación de su reconocimiento por parte de las “naciones civilizadas”, constituyen operaciones jurídicas sumamente difíciles. Estas dificultades son aún más acentuadas por la ausencia de criterios jurisprudenciales claros para la aplicación del examen comparativo.

En efecto, en las sentencias de los Tribunales internacionales no existen referencias explícitas al examen comparativo como método para la identificación de los principios generales del Derecho. Las jurisdicciones internacionales no indican ningún método particular para la comprobación de la existencia de principios generales del Derecho.

Según algunos autores, la ausencia de referencias explícitas⁴⁷¹ a los procedimientos de identificación de los principios generales del Derecho puede ser explicada por lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto de la CIJ. En virtud de dicho artículo, la elección de los jueces de la CIJ debe permitir que en su conjunto “estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.” Por lo tanto, en la opinión de estos autores,⁴⁷² la composición misma de la CIJ facilita la identificación de los principios generales del Derecho como principios comunes a los sistemas jurídicos más representativos del mundo.⁴⁷³

Siguiendo en esto a Barberis⁴⁷⁴, puedo decir que los Tribunales internacionales no utilizan un método pre-determinado para demostrar la existencia de principios generales del Derecho porque consideran que se trata de principios, comúnmente aceptados como fuente del Derecho en la mayoría de

⁴⁷¹ Como lo señala Raimondo, la ausencia de referencias explícitas no significa *ipso facto* que los Tribunales internacionales no hayan procedido a un análisis comparativo para determinar la existencia de principios generales del Derecho. Según este autor sería deseable que los Tribunales internacionales, al aplicar un principio general del Derecho, expliciten cómo comprueban su existencia en el ámbito internacional. (Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, p. 61)

⁴⁷² En particular, Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p.

⁴⁷³ En efecto, visto que los jueces de la CIJ son formados en el Derecho de los países representantes de los “principales sistemas jurídicos del mundo”, éstos pueden determinar de común acuerdo la existencia de principios generales, comunes a sus respectivos Derechos internos. Esto facilitaría la identificación de los principios generales del Derecho que deben ser aplicados en el ámbito internacional.

⁴⁷⁴ Barberis, Julio, *op. Cit.*, nota 378, p. 34

órdenes internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional. En la opinión de Barberis, si se examinan las sentencias de Tribunales internacionales que aplican principios generales del Derecho, “se podrá comprobar que se trata de principios que son fundamentales en todo orden jurídico y que, en la mayoría de los casos, tienen su origen en Derecho romano”. Visto que éste último basó el Derecho de los países de la tradición romano-germánica e influyó, en un grado mucho menor, en el de los países del *Common Law*, estos principios generales del Derecho aparecen “a criterio de quien posee una formación jurídica (en alguna de estas tradiciones) como evidentes”. Dicho en otros términos, los principios generales del Derecho, aplicados por las jurisdicciones internacionales, son tan ampliamente reconocidos en los órdenes jurídicos internos que su existencia y aplicabilidad en el ámbito del Derecho internacional no necesita ningún tipo de comprobación.

Como “principios comunes” a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional, los principios generales del Derecho son ampliamente conocidos por todos los actores del sistema jurídico internacional, y, en particular, por todos los jueces internacionales. Los principios generales del Derecho son “principios comunes” a los órdenes jurídicos de los que dichos jueces proceden. En consecuencia, es de concluirse que estos principios tienen todo el potencial para convertirse en principios comunes a los Tribunales internacionales. Tanto en los órdenes jurídicos internos, como en el orden jurídico internacional, dichos principios se revelan fundamentales para el correcto desempeño de la función judicial.

3. Los principios generales del Derecho: principios comunes al ejercicio de la función judicial internacional

En mi opinión, los principios generales del Derecho podrían ser considerados como principios comunes a los Tribunales internacionales porque dichos principios se revelan imprescindibles y comunes al ejercicio de la función judicial internacional (o de una función judicial *tout court*).

Este carácter imprescindible se deduce de la función de los principios generales del Derecho, en relación con las demás normas pertenecientes al sistema jurídico internacional. Existen varias opiniones doctrinales acerca de esta función.

Según Raimondo, los principios generales del Derecho permiten: llenar las lagunas normativas resultantes del silencio, insuficiencia o ausencia de otras normas jurídicas aplicables a la materia contenciosa; interpretar las normas jurídicas, aplicables a la materia o confirmar la decisión, basada en otras normas jurídicas, con el objetivo de reforzar el razonamiento judicial.⁴⁷⁵

Cheng considera que los principios generales del Derecho tienen tres funciones específicas. En primer lugar, dichos principios constituyen la fuente de varias normas jurídicas positivas (que constituyen su fiel expresión escrita). En segundo lugar, dichos principios orientan la interpretación de todas las demás normas pertenecientes a un orden jurídico determinado. En tercer lugar, dichos principios se aplican en ausencia de otras normas (convencionales o consuetudinarias) que regulen la materia contenciosa.⁴⁷⁶

En la opinión de Hersch Lauterpacht, los principios generales del Derecho cumplen con una doble función. En primer lugar, dichos principios fungen como una fuente supletoria del Derecho internacional, cuando los Tratados o la costumbre son incompletos o no permiten lograr una solución satisfactoria de un problema jurídico determinado. Como tales, los principios generales del Derecho permiten llenar las lagunas de las normas internacionales positivas, y de esta manera garantizan la completitud del Derecho, evitando que los jueces internacionales pronuncien un *non liquet*. En segundo lugar, dichos principios constituyen un marco jurídico general (*legal background*) para las demás normas internacionales (convencionales o consuetudinarias) que orienta su interpretación y aplicación. Dicho en otros términos, los principios generales del Derecho constituyen un “contexto” universalmente válido para la determinación del

⁴⁷⁵ Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439

⁴⁷⁶ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 390

significado de las demás normas internacionales. El Derecho internacional positivo queda así “incrustado” en los principios generales del Derecho.⁴⁷⁷

Desde mi punto de vista, los principios generales del Derecho cumplen con una triple función en relación con las demás normas internacionales. En primer lugar, dichos principios aseguran la completitud del orden jurídico internacional porque llenan las lagunas o el silencio de las otras normas internacionales. En segundo lugar, los principios generales del Derecho desempeñan una función de coherencia en relación con las demás normas internacionales porque permiten resolver los conflictos que las oponen. En tercer lugar, los principios generales del Derecho determinan el “ciclo de vida” de las demás normas internacionales porque las acompañan en su adopción, interpretación y aplicación. Así, los principios generales del Derecho se convierten en meta-reglas (o meta-principios), esenciales para la operación eficaz de las demás normas internacionales.

La primera función de completitud de los principios generales del Derecho se refiere a la posibilidad de enriquecer un sistema jurídico por el recurso a algunos principios, propios a los Derechos internos. De esta manera, un orden jurídico, con una normatividad insuficientemente desarrollada llenaría sus lagunas iniciales a través de la implementación de principios generales. Este proceso fue característico de las primeras etapas de desarrollo del orden jurídico internacional.⁴⁷⁸

En la actualidad, la ampliación del campo de aplicación material (o *ratione materiae*) del Derecho internacional modifica el ámbito en el que se ejerce la función de completitud de los principios generales del Derecho. Las normas especializadas del Derecho internacional siguen presentado lagunas debido a la complejidad creciente de las situaciones fácticas que concurren a las controversias internacionales. Esto es particularmente visible respecto a las normas internacionales que regulan los procedimientos contenciosos ante las múltiples jurisdicciones internacionales. El Derecho (internacional) procesal que

⁴⁷⁷ Lauterpacht, Hersch, *General Rules of the Law of Peace*, in Lauterpacht, Elihu, *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, ed. 1970, p. 179, citado en Lesaffer, Lander, *Argument from Roman Law in Current International Law, Occupation and Acquisitive Prescription*, *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, p. 29

⁴⁷⁸ Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, nota 436, p. 13

los Tribunales internacionales aplican suele ser insuficiente para responder a los retos suscitados por los aspectos procesales de la resolución de las controversias internacionales. Por consecuencia, en esta materia, los jueces internacionales recurren frecuentemente a principios generales del Derecho (por ejemplo los relativos a la presentación de pruebas, a la pronunciación de medidas cautelares etc.).

La segunda función tradicional de coherencia de los principios generales del Derecho concierne la capacidad de dichos principios de resolver los conflictos entre las distintas normas que componen el orden jurídico internacional. En efecto, la función principal de algunos principios generales del Derecho consiste precisamente en ser un instrumento jurídico para la resolución de conflictos normativos (por ejemplo, los principios *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi anteriori* etc.).⁴⁷⁹ Cabe señalar que los mismos principios generales del Derecho pueden ser sujetos a un conflicto normativo con otra norma internacional o incluso con otro principio general del Derecho. Como lo afirma el Doctor Velázquez “(...) aunque parezca paradójico, los propios principios generales del derecho⁴⁸⁰ obligan (...) a otorgar prioridad a las normas jurídicas incorporadas en los tratados o en la costumbre, puesto que estas normas poseen las características de ser especiales, mientras que los principios, en su calidad de máximas abstractas, son de carácter general.”⁴⁸¹ No obstante, en la opinión del autor el principio de *lex specialis generalibus derogant* es de “naturaleza procesal interpretativa” y no permite concluir que los principios generales del Derecho sean jerárquicamente inferiores a las normas consuetudinarias o convencionales.⁴⁸²

Según yo, la aplicación del principio *lex specialis generalibus derogant* no confiere a los principios generales del Derecho una posición subordinada o subsidiaria en relación con las normas especiales y especializadas del Derecho

⁴⁷⁹ Jouannet, Emmanuelle, op. Cit., nota 389, p. 25

⁴⁸⁰ En particular, el principio de *lex specialis*.

⁴⁸¹ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, op. Cit., nota 384, p. 427

⁴⁸² *Idem*

internacional. Esta afirmación se relaciona estrechamente con la tercera función de los principios generales del Derecho.

Esta tercera función se refiere a la capacidad de los principios generales del Derecho de fungir como “cimientos” para las demás normas internacionales. Esta calidad de “cimientos” les dota, en cierta medida, de una inmunidad respecto a la aplicación del principio *lex specialis generalibus derogant*. Todo sistema jurídico se basa en una serie de principios generales (y fundamentales) del Derecho de los que las demás normas pueden ser derivadas o a través de las cuales se determina su creación, aplicación e interpretación. Dicho en otros términos, los principios generales del Derecho guían la formación, modificación, interpretación y aplicación de las demás normas internacionales, cualquiera que sea su contenido u objetivo específico. Como atinadamente lo señala sir Hersch Lauterpacht⁴⁸³, dichos principios son un contexto normativo (*legal background*) común que atraviesa todo el sistema jurídico internacional. Este marco normativo general no se deroga por la aplicación de normas especiales (y especializadas) sino que complementa su adopción e interpretación. Un ejemplo concreto de un principio general que acompaña a las demás normas internacionales durante todo su “ciclo de vida” es el principio de *bona fides*. En particular, la buena fe es utilizada para controlar la adopción de las normas internacionales (por ejemplo, a través de la obligación de negociar las normas convencionales de buena fe), su correcta interpretación (en este sentido, la interpretación de los tratados de buena fe es una obligación que tiene su cristalización en los artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), y aplicación (la obligación de aplicar de buena fe las normas internacionales, adoptadas por un común acuerdo, se traduce en un principio general del Derecho, derivado del de buena fe: *pacta sunt servanda*).

Desde esta perspectiva, los principios generales del Derecho podrían considerarse como “reglas secundarias”, válidas para todas las demás normas del orden jurídico internacional. En la teoría del Derecho de Hart, las reglas secundarias controlan el reconocimiento, el cambio y la “adjudicación” de las reglas primarias. Según Dupuy, la unidad formal del Derecho internacional se basa

⁴⁸³ Lauterpacht, Hersch, *op. cit.*, nota 475

precisamente en la existencia de este tipo de reglas secundarias.⁴⁸⁴ En la opinión de este autor, el Derecho internacional posee “cierto número de reglas secundarias”, que son “fundamentalmente” idénticas, independientemente del objeto y/o contenido de las reglas primarias cuyo “ciclo de vida” acompañan.⁴⁸⁵ Dichas reglas secundarias constituyen así un denominador común para todos los ámbitos normativos del orden jurídico internacional.

Quiero subrayar que los garantes últimos del desempeño de estas tres funciones de los principios generales del Derecho son los jueces internacionales. Son precisamente las sentencias de los Tribunales internacionales que constituyen la “cristalización” concreta de un principio general del Derecho. Los problemas jurídicos que suscita una controversia particular justifican la aplicación de un determinado principio general del Derecho para llenar las lagunas o el silencio de las normas internacionales, para resolver un conflicto normativo o para determinar la manera de adoptar, interpretar o aplicar dichas normas.

Cabe enfatizar que estas tres funciones de los principios generales del Derecho se revelan imprescindibles para el correcto ejercicio de toda función judicial en el ámbito internacional.

Todos los jueces internacionales suelen enfrentarse a las lagunas o al silencio de las normas internacionales (convencionales, consuetudinarias u otras), aplicables a un caso. De la misma manera, todos los jueces (internacionales) pueden estar en la obligación de resolver un conflicto normativo para solucionar una determinada controversia internacional. Finalmente, los jueces (internacionales) pueden ser llevados a utilizar principios generales del Derecho para orientar la correcta interpretación y aplicación de las normas internacionales, aplicables al caso. Por el carácter imprescindible de sus funciones en relación con las demás normas internacionales, los principios generales del Derecho se convierten en una fuente del Derecho internacional de suma importancia para el correcto desempeño de la función judicial internacional.

⁴⁸⁴ Dupuy, Pierre-Marie, *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the ICJ*, *New York University Journal of Law and Politics*, vol. 31, 1998, p. 791

⁴⁸⁵ Dupuy, Pierre-Marie, *L'unité de l'ordre juridique international*, *op. cit.*, nota 19, pp. 39 y 94

Esta importancia de los principios generales del Derecho para el ejercicio de la función judicial internacional también demuestra que, por su propia naturaleza, dichos principios son susceptibles de constituir principios comunes a los Tribunales internacionales. Sus importantes funciones en relación con las demás normas internacionales los convierten en una fuente jurídica, omnipresente en la “vida judicial” del Derecho internacional. Todos los jueces recurren a dichos principios en la resolución de las controversias internacionales. Los principios generales del Derecho constituyen principios comunes al ejercicio de toda función judicial y, por lo tanto, pueden considerarse como comunes a todos los jueces, nacionales o internacionales.

4. Los principios generales del Derecho: una concepción común del “Derecho del Derecho” en el Derecho internacional

“N'hésitons donc pas . . . à placer, parmi les normes que doit suivre le juge dans la solution des différends qui lui sont soumis, la loi de la justice objective [L]a loi du juste et de l'injuste, telle qu'elle est gravée et tracée de façon ineffaçable au coeur des peuples civilisés, . . . est non seulement l'élément générateur par excellence du progrès du droit international, mais le complément indispensable pour le juge de l'application du droit, dans la haute mission qui lui est conférée.”

Baron Deschamps⁴⁸⁶

La inclusión de los principios generales del Derecho en la categoría de fuentes del Derecho internacional es generalmente considerada como el triunfo de las ideas del *iusnaturalismo* en el ámbito internacional. Cabe recordar que durante los *travaux préparatoires* del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, Baron Deschamps- uno de los redactores de dicho artículo- se refirió a los principios generales del Derecho como “*les règles de droit international telles que les reconnaît la*

⁴⁸⁶ Baron Deschamps, *PCIJ/Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920) with Annexes*, La Haye, ed. Van Langenhuisen Frères, 1920, point No. 3, pp. 345-346

conscience juridique des peuples civilisés” (las reglas de Derecho internacional que reconoce la conciencia jurídica de los pueblos civilizados). En este sentido, cabe mencionar que esta idea *iusnaturalista* de una “conciencia jurídica” que otorga reconocimiento y validez a las fuentes del Derecho (internacional) goza de una atención renovada por parte de eminentes autores de la doctrina del Derecho internacional. Así por ejemplo, para Cançado Trindade, esta noción de “conciencia jurídica universal” es la verdadera “fuente material” del Derecho internacional, su fundamento intrínseco en la búsqueda de la justicia.⁴⁸⁷

Sin entrar en más detalles sobre la noción de “conciencia jurídica” que se presta fácilmente a la vaguedad, quiero subrayar que conforme con la visión *iusnaturalista*, las normas jurídicas deben expresar valores superiores. De acuerdo con los defensores de la doctrina del Derecho natural, los principios generales del Derecho expresan las ideas de equidad (*equity*), moralidad y justicia que deben imperar en el ámbito de las relaciones internacionales.⁴⁸⁸ Según los autores *iusnaturalistas*, los principios generales del Derecho constituyen normas de Derecho natural y éstas a su vez pueden ser consideradas como “razón natural”, “naturaleza de las cosas” o “verdades objetivamente derivadas de una razón superior”, que no han encontrado formalización ni su validez depende de la sanción estatal.⁴⁸⁹ Por consecuencia, los principios generales del Derecho son considerados como la fuente originaria del Derecho (nacional o internacional). Las normas positivas constituyen únicamente la cristalización de los principios generales del Derecho.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Según este autor, la noción de “conciencia”, originada en la filosofía greco-romana, constituye un “mínimo irreductible” del que emana todo Derecho, aunque éste evoluciona y cambia (o debe cambiar) con la evolución de la Sociedad que está destinado a regular. Este mínimo irreductible es siempre presente en el pensamiento humano, aunque se le llame *syneidesis/synderesis* (como en la Grecia antigua), bien moral (Cicerón), búsqueda del bien común, *recta ratio* (Francisco de Vitoria) o imperativo categórico (Kant). En la opinión De Cançado Trindade, la *recta ratio* no permite caer en el subjetivismo sino que presupone (y exige) un Derecho internacional “objetivo”, dotado de una validez intrínseca propia, que permite mantener la humanidad “junta y unida”. (Cançado Trindade, Antônio Augusto, *International Law for Humankind : towards a new jus gentium*, R.C.A.D.I., vol. 317, 2006., p. 182)

⁴⁸⁸ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op. Cit.*, nota 384, p. 415

⁴⁸⁹ Facco, Javier Humberto, *Reseña histórico comparativa del principio general de buena fe en el subsistema jurídico latinoamericano*, *Revista mexicana de historia del Derecho*, XXIV, 2011, pp. 241-242, p. 244

⁴⁹⁰ Verdross, Alfred, citado en Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos, *op. Cit.*, nota 384, p. 423

Por su parte, las principales oposiciones a considerar a los principios generales del Derecho como fuente autónoma de este último son teóricamente fundadas en la doctrina del positivismo jurídico que, en el ámbito internacional, se relaciona estrechamente con las teorías soberanistas o consensualistas del Derecho internacional.⁴⁹¹ Como lo afirma el Doctor Velázquez⁴⁹², “la discusión en torno a la autonomía de los principios se deriva (...) de la visión positivista que ha pretendido reducir las fuentes del derecho internacional a aquellas en las cuales participa directamente la voluntad de los Estados. (...) La negativa a reconocer la autonomía de los principios generales del Derecho como fuente del derecho de gentes se debe a la reticencia, falta de voluntad política y “deseo de oponerse-aunque sea de restringir-cualquier tendencia de fijar límites jurídicos a la voluntad de acción de los Estados no provenientes de los tratados o de la costumbre”.⁴⁹³

En la visión del positivismo, las únicas normas internacionales válidas son las que expresan la voluntad de los Estados como sujetos soberanos del orden jurídico internacional. Consecuentemente, la costumbre y los Tratados son las únicas fuentes del Derecho internacional porque se basan en un reconocimiento directo por parte de los Estados miembros de la Comunidad internacional. La voluntad del Estado es concebida como única base, tanto para las normas nacionales, como para las internacionales, visto que ninguna obligación (jurídica) puede ser impuesta a los Estados sin su consentimiento. De la misma manera, en sus relaciones mutuas, los Estados no aceptan limitaciones a su soberanía que no resulten de su consentimiento expreso.⁴⁹⁴

Otro aspecto de la doctrina del positivismo consiste en considerar que los principios generales del Derecho, en el ámbito internacional, no podían ser fuente

⁴⁹¹ Las teorías soberanistas del Derecho internacional tienen dos principales expresiones: el positivismo jurídico y la concepción del Estado como entidad de valor jurídico y moral absoluto. (Fabián, Raimondo, *op. Cit.*, nota 384, p. 65)

⁴⁹² Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op.cit.*, nota 384, p. 419

⁴⁹³ Virally, Michel, citado en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *op.cit.*, nota 384, p. 419

⁴⁹⁴ En la visión de los autores de la corriente del positivismo jurídico, los rasgos característicos del Derecho internacional positivo eran: la igualdad soberana entre Estados, la composición de la Sociedad internacional por Estados (exclusivamente), la estructura de la Sociedad internacional, compuesta por Estados soberanos e iguales entre sí, el hecho de que el Derecho internacional regula las relaciones únicamente entre sus Estados miembros, y que sus normas son producto del consentimiento expreso (en el caso de los Tratados) o tácito (en el caso de la costumbre) de estos últimos. (Fabián, Raimondo, *op. Cit.*, nota 439, p. 65)

de Derecho internacional debido a la diferencia entre los sujetos a los que éstos se aplican en el ámbito nacional y los sujetos del orden jurídico internacional. Desde esta perspectiva, los principios generales del Derecho deberían ser aplicables únicamente a los sujetos del orden jurídico interno (Estados y personas físicas o morales) y no a los sujetos del Derecho internacional (Estados soberanos exclusivamente).⁴⁹⁵

Las doctrinas positivistas (soberanistas) del Derecho internacional siguen siendo utilizadas como base teórica para explicar la estructura del orden jurídico internacional. No obstante, desde mi perspectiva, en la actualidad, muchos de sus postulados ya no son válidos. Como lo expuse anteriormente, la actual Sociedad internacional se caracteriza por una pérdida de la dimensión estado-céntrica de las relaciones internacionales. Los Estados ya no son ni los únicos actores del sistema jurídico internacional, ni los únicos creadores de las normas internacionales. Tampoco son los destinatarios exclusivos de estas últimas. La creciente importancia de los actores privados y de las organizaciones internacionales vuelve el funcionamiento del Derecho internacional mucho más ecléctico y alejado de los viejos postulados del consensualismo. En la actualidad, muchas normas internacionales son susceptibles de ser creadas y aplicadas sin el consentimiento de los Estados y obligarlos jurídicamente incluso en contra de su voluntad. Desde mi perspectiva, una de estas normas son sin duda los principios generales del Derecho.

La aplicación de principios generales del Derecho en el ámbito, tanto interno, como internacional traduce la realización de, al menos, algunas de las ideas del *iusnaturalismo*. No comparto todas las ideas *iusnaturalistas* respecto a los principios generales del Derecho, pero sí suscribo al carácter atinado de algunas de ellas. En particular, estoy de acuerdo con los autores *iusnaturalistas* por considerar que los principios generales del Derecho representan un Derecho objetivamente válido y no dependiente de las pretensiones particularistas de sus sujetos. Dicho en otros términos, para mí, los principios generales del Derecho constituyen la expresión de un verdadero Derecho objetivo, es decir no

⁴⁹⁵ Fabián, Raimondo, *op. Cit.*, nota 439, p. 66

dependiente de la voluntad de los Estados miembros de la Comunidad internacional. Un orden jurídico internacional que traduce únicamente pretensiones subjetivistas (y soberanistas) es potencialmente arbitrario e injusto porque podría hacer prevalecer intereses particulares por encima del interés general (común) que todo Derecho debe proteger.

Cabe señalar que esta noción de “Derecho objetivo” (en oposición al Derecho subjetivo-consensado) se relaciona con la visión *iusnaturalista* del Derecho internacional como un verdadero *Ius Gentium*. El término *Ius Gentium* tiene su origen en el Derecho Romano (Privado) y se refiere a un conjunto de principios comunes que regulaba las relaciones jurídicas, en general.⁴⁹⁶ En el siglo XVI, Francisco de Vitoria- uno de los autores de la escuela de Derecho natural en Europa- concibió el *Ius Gentium* como un conjunto de principios (y normas) jurídicos universales que se aplicaba, de manera equitativa, a las relaciones entre todos los pueblos e individuos. En un mundo marcado por una gran diversidad y pluralismo cultural, este *Ius Gentium* aseguraba la unidad de la *Societas Gentium*. Según Francisco de Vitoria, el *Ius Gentium* constituía *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*⁴⁹⁷. Este Derecho, no podía basarse en la voluntad de sus sujetos, sino que emanaba de una ley objetiva, basada en la conciencia y en la razón humana. En la opinión de Vitoria, el *Ius Gentium* era aplicable a todos los pueblos y a todos los seres humanos (incluso sin o en contra de su consentimiento); la *Societas Gentium* era la expresión de la fundamental unidad del género humano, de la cual se derivaba el *Ius Gentium*: su base jurídica, susceptible de ser descubierta por la *recta ratio*, inherente a la humanidad.⁴⁹⁸ Las diferencias que caracterizaban al género humano (raza, religión etc.) eran consideradas como accidentales y la *recta ratio* como su característica unificadora común. En este sentido, el *Ius Gentium* se revelaba como un verdadero *ius*

⁴⁹⁶ El *Ius Gentium* era concebido para aplicarse a las relaciones entre ciudadanos romanos y extranjeros. Posteriormente, el *Ius Gentium* fue considerado (en particular por Cicerón) como el Derecho, común a todos los pueblos y, por lo tanto, Derecho común al género humano. (Jolowicz, H., *Historical Introduction to the Story of Roman Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, 1967, pp. 102-105, citado en Cancado Trindade, Antonio Augusto, *op. cit.*, nota 485, p. 37

⁴⁹⁷ Citado en Cancado Trindade, Antonio Augusto, *op. Cit.*, nota 485, p. 37

⁴⁹⁸ Guggenheim, P., *Contribution a l'histoire des sources du droit des gens*, RCADI, vol. 94, 1958, pp. 21-23 y 25, citado en Cancado Trindade, Antonio Augusto, *op. Cit.*, nota 485, p. 38

necessarium que trascendía el *ius voluntarium*.⁴⁹⁹ Para los padres fundadores del Derecho internacional, el *Ius Gentium*: Derecho internacional objetivo (y no subjetivo, es decir dependiente de la voluntad de sus sujetos) se basaba en principios básicos comunes, orientados por la búsqueda de la justicia.⁵⁰⁰ Erigido sobre fundamentos éticos y axiológicos, el *Ius Gentium* (opuesto al *ius inter gentes*) debía incorporar valores jurídicos básicos y comunes a todas las sociedades humanas.⁵⁰¹ Dichos valores eran considerados objetivamente “válidos para todo ser humano y para toda comunidad humana en todo tiempo.”⁵⁰²

Es de estimarse que los principios generales del Derecho pueden ser concebidos como un Derecho objetivo (*Ius Gentium*) precisamente porque expresan algunos valores fundamentales de Derecho y del Derecho en el ámbito del Derecho internacional.

Como lo afirma Prost, à *prime abord*, el Derecho, dominio excelso de la “objetividad” y “neutralidad” parecería “extraño” al mundo de los valores.⁵⁰³ El Derecho pretende situarse por encima de los intereses (o “pasiones”) individuales para regular y/o arbitrar, de manera imparcial, los valores particulares subjetivos. Si el mundo del Derecho y el mundo de los valores son tan lejanos, entonces, los valores se situarían fuera del ámbito de aplicación de las normas jurídicas. Al menos esto nos han enseñado muchos autores positivistas.⁵⁰⁴ No obstante, desde mi punto de vista, existe una relación mucho más compleja entre el Derecho y los valores.⁵⁰⁵

⁴⁹⁹ Cancado Trindade, Antonio Augusto, *op. Cit.*, nota 485, p. 38

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 57

⁵⁰¹ *Idem*

⁵⁰² Catsberg, F., Natural Law and Human Rights, *Revue des droits de l'homme*, vol. 1, 1968, p. 37, citado en Cancado Trindade, Antonio Augusto, *op. Cit.*, nota 485, p. 88

⁵⁰³ Prost, Mario, *The Concept of Unity in Public International Law*, ed. Hart Monographers, 2012, p. 175

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 175

⁵⁰⁵ Según Prost, dicha relación puede tomar varias formas. En primer lugar, el Derecho, a través de sus normas positivas traduce, articula e implementa valores. Así por ejemplo, se pueden adoptar normas jurídicas con contenido distinto y destinatarios diferentes pero que traducen la promoción de un mismo valor. En segundo lugar, el Derecho puede operar como mediador entre valores opuestos. Esta mediación puede ser realizada por medio de un balance entre valores opuestos o al privilegiar un valor sobre otro. En tercer lugar, el Derecho podría sublimar algunos valores, al considerarlos como “superiores”. Se trata de la hipótesis en la que el Derecho eleva o “magnifica” algunos valores fundamentales para la convivencia social. Por último, el Derecho es susceptible de anticipar valores que todavía no han sido reconocidos como socialmente válidos. Esta lista de

Considero que los principios generales del Derecho son “vehículos horizontales” de valores, inherentes a las nociones mismas de Derecho, justicia y equidad. Esta es la segunda idea *iusnaturalista* a la que suscribo en relación con los principios generales del Derecho. Dichos valores son estrechamente vinculados con el propio concepto de “juridicidad”. Dicho en otros términos, los principios generales del Derecho expresan “el Derecho del Derecho”.⁵⁰⁶ Y es precisamente porque expresan valores jurídicos de aceptación universal que los principios generales del Derecho son una fuente objetiva del Derecho internacional, es decir no necesitan contar con el consentimiento de sus sujetos y son oponibles, de manera igualitaria, a todos los actores del orden jurídico internacional.

Algunos de los valores expresados por el Derecho son de naturaleza formal y otros de carácter sustancial. Como atinadamente lo afirma Prost, los valores sustanciales se refieren a algunas formas de ser o de comportarse que son vistos como socialmente aceptables, y por lo tanto, se convierten en “fines legítimos” que el Derecho debe promover.⁵⁰⁷ Como ejemplos de tales valores sustanciales, este autor cita la libertad, la justicia, la equidad, el orden, la dignidad o el bienestar.⁵⁰⁸ Por otro lado, los valores formales⁵⁰⁹ se refieren a ciertos atributos o propiedades

relaciones no es exhaustiva, pero es suficiente para demostrar que el Derecho y los valores mantienen una relación dialéctica de co-determinación. Esto no significa que el Derecho se reduce a valores o que todos los valores pueden ser expresados a través de las normas jurídicas. Muchas normas jurídicas no traducen un valor específico, y valores como la compasión son difícilmente “infiltrables” en las normas jurídicas positivas. No obstante, el universo jurídico es lleno de referencias, implícitas o explícitas, a valores.

⁵⁰⁶ El término “*le droit du droit*” es utilizado por Emmanuelle Jouannet para referirse a los principios generales del Derecho. (Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 438, p. 18)

⁵⁰⁷ Prost, Mario, *op. Cit.*, nota 501, p. 180

⁵⁰⁸ *Idem*

⁵⁰⁹ Esta distinción entre los valores formales y sustanciales retoma, muy fielmente, a la distinción entre “moralidad interna” y “moralidad externa” del Derecho, propuesta por Lon Fuller.⁵⁰⁹ Según Fuller, la “moralidad externa” representa valores y concepciones sustanciales de la justicia y equidad, a través de las cuales se puede acertar la “bondad” de una norma jurídica. Desde esta perspectiva, una norma que autoriza la tortura es “mala” y una norma que la prohíbe es “buena”. Por su parte, la “moralidad interna” concierne atributos formales y procesales, propios al criterio formal de legalidad, que el Derecho debe poseer para operar y ser reconocido como Derecho. Dichas características se refieren, entre otros, a las características formales de previsibilidad, certeza, seguridad, constancia del Derecho. Según Fuller estas dos formas de moralidad no se contradicen necesariamente, sino que muchas veces se complementan. Así por ejemplo, la constancia y la previsibilidad del Derecho (partes del criterio formal de legalidad) contribuyen al orden social (valor sustancial). (Fuller, Lon, *op. Cit.*, nota 33)

intrínsecas que son necesarias al Derecho en sí, para que éste pueda operar eficazmente y realizar sus objetivos (sustanciales). Como ejemplos de tales características, Prost refiere a los valores de generalidad, publicidad, previsibilidad, certeza o coherencia.⁵¹⁰

En mi opinión, los principios generales del Derecho expresan ambos tipos de valores. Así por ejemplo, el principio *compétence de la compétence* traduce los valores de objetividad, neutralidad y certeza, necesarios para el buen desempeño de la función judicial (interna o internacional). Un juez no podría delegar a las partes una decisión jurídica tan crucial como la que versa sobre su competencia para resolver una controversia. La previsibilidad de un sistema judicial de arreglo de las controversias debe ser garantizada por una decisión objetiva sobre la competencia, tomada por el juez en su calidad de “tercero imparcial”. El principio de *res iudicata* se basa en los valores de seguridad, previsibilidad y orden. En virtud del “orden” que el juez debe (re)establecer, al resolver judicialmente un litigio, las sentencias que pronuncia deben ser obligatorias y vinculantes para las partes. La seguridad jurídica y la previsibilidad del arreglo judicial de las controversias se basan en el carácter definitivo de las resoluciones adoptadas por el juez. El principio *pacta sunt servanda* expresa los valores de justicia, equidad y razonabilidad. Por razones de justicia y equidad, lo convenido en un pacto debe ser cumplido de buena fe. Es razonable que la protección de la “empresa jurídica común” que resulte del acuerdo de voluntades se sitúe por encima del respeto de las voluntades (o intereses) particulares.

Consecuentemente, los principios generales del Derecho son importantes garantes del contenido axiológico de un orden jurídico y se revelan intrínsecos a la “Moralidad del Derecho”. Dichos principios son el “Derecho del Derecho” porque expresan valores, tanto formales como sustanciales, que definen la juridicidad del Derecho. La certeza, la previsibilidad, la estabilidad, la justicia, la equidad, la razonabilidad, la honestidad y el orden son valores que todo Derecho (interno o internacional) debe poseer para poder operar eficazmente. Estos valores deben ser representados por todas las normas internacionales y deben guiar a todo juez

⁵¹⁰ *Idem*

en la resolución judicial de las controversias, cuyo fin primero consiste en impartir la justicia.

Es por esto que los principios generales del Derecho son (y deben ser!) principios comunes a todos los órdenes jurídicos y a todos los jueces. Dichos principios representan valores, inherentes a la necesaria “Moralidad del Derecho”, mismos que lo definen como tal. Por lo tanto, los principios generales del Derecho se relacionan con la existencia misma de Derecho (normas o principios jurídicos) que regula la vida de una comunidad en sociedad. Si preguntamos a un “hombre de la calle” cualquiera, sea cual fuere su origen, su cultura o su vivencia particular si considera que los pactos deben ser cumplidos de buena fe (*pacta sunt servanda*) o si está de acuerdo en que un juez pueda pronunciarse sobre su propia competencia (*compétence de la compétence*), la respuesta será (muy probablemente) positiva. Referencias a los principios generales del Derecho (como por ejemplo, al principio *pacta sunt servanda*) pueden ser hallados en la Biblia, en el Corán o en los escritos de Confucio. *Ubi sociedad, ubi ius*. Correlativamente, no puede haber Sociedad sin *prima principae* que estructuren el Derecho y el orden jurídico que éste constituye. Dichos principios son presentes en el fenómeno jurídico de manera a-temporal, a-nacional y a-ideológica porque describen la aspiración y la necesidad de(l) Derecho. La etimología misma de la palabra “principios” deriva del latín “*principium*” y este a su vez se origina en el griego “*arché*”.⁵¹¹ La naturaleza inherentemente jurídica de los principios generales

⁵¹¹ En efecto, la noción de “*principium*” fue directamente heredada por el pensamiento griego que buscaba la causa originaria o esencia última de las cosas. En Grecia se admitió la existencia junto a la ley escrita, de una ley no escrita (*agrafos nomos*), derivada de la naturaleza y de las convicciones morales y religiosas. Este concepto de ley no escrita, fue heredado por Roma, donde además, fueron desarrolladas otras ideas, como las de la *ratio iuris*, la *natura rerum* o el derecho constituido *more et aequitate*. Así por ejemplo, en la ley 13, párrafo 7, del título 1º, Libro 27 del Digesto se preveía que en ausencia de ley expresa, un problema jurídico podía resolverse según la *naturali iustitia*. Por su parte, la locución “principios del Derecho” (*principia iuris*) es utilizada por primera vez por Cicerón en dos fragmentos conservados en su obra *De Legibus*. En el primero de estos textos el Arpinate individualiza los *principia iuris* en la *lex* (siempre que se entienda ésta por la “*ratio summa insita in natura*”- la ley consiste en la razón suprema grabada en nuestra naturaleza, que nos ordena qué deba hacerse y prohíba sus contrarios). En el segundo fragmento de Cicerón, los *principia iuris* son concebidos como “fundamentos del Derecho”. Por su parte Gayo afirma que de cada cosa, “el principio es la parte más autosubsistente (*potissima pars*) de todas las otras”, aquella que encierra en sí el significado más pleno y auténtico, que supone algo *perfectum* en el

del Derecho los convierte en un “acervo jurídico común” o en un “patrimonio jurídico común de la humanidad”.⁵¹²

En este sentido, en su remarcable tesis doctoral “Fuentes de Derecho privado y analogías en el Derecho internacional” (*Private Law Sources and Analogies of International Law*) Sir Hersch Lauterpacht⁵¹³ demostró que los principios generales del Derecho no son más que principios fundamentales, comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo. Según este autor, al reconocerlos como fuente del Derecho internacional, los redactores del artículo 38 del Estatuto de la CPJI no hicieron más que confirmar que el Derecho internacional es parte del Derecho y de la experiencia jurídica (común) de la humanidad (*the legal experience of mankind*). Como lo afirma Lauterpacht: “*the preceding considerations explain the nature of general principles of law. (...) They are the modern jus gentium in the wider sense. In the sense here suggested, they are no more than a modern formulation of the law of nature (...). It (the law of nature) was primarily a generalization of the legal experience of mankind.*”⁵¹⁴ Los principios generales del Derecho como parte del *ius naturae et gentium*⁵¹⁵ acercan el Derecho internacional al Derecho “*tout court*”.

Desde esta perspectiva, los principios generales del Derecho podrían ser considerados como principios comunes a los Tribunales internacionales

sentido de completo (consta de todas sus partes). (Facco, Javier Humberto, *op. Cit.*, nota 487, pp. 241-242)

⁵¹² Orench y del Moral, María Asunción, *op. Cit.*, nota 386

⁵¹³ Lauterpacht, Hersch, *Private Law Sources and Analogues of International Law* (with Special Reference to International Arbitration), 1a ed. 1927. (Para más detalles sobre la vida, obra e influencia de Lauterpacht sobre el desarrollo de la doctrina del Derecho internacional ver Koskeniemi, Martti, Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law, *European Journal of International Law*, vol. 2, 1997, pp. 215-263)

⁵¹⁴ Lauterpacht, Hersch, *op. Cit.*, nota 511, pp. 74-75, citado en Lesaffer, Lander, *op. Cit.*, nota 475, p. 30

⁵¹⁵ En efecto, históricamente, el Derecho internacional empezó a aplicarse únicamente a los Estados a partir del siglo 19. Anteriormente, el *ius naturae et gentium* se refería a la universalidad de algunas reglas para todos los pueblos y todas las personas humanas. Como todo el Derecho era derivado de la naturaleza, el *ius gentium* no era tan distinto del Derecho interno. En su *De iure belli ac pacis*, publicada por primera vez en 1625, Hugo Grocio distinguía entre el Derecho nacional y el *ius gentium*. No obstante, este autor consideraba a numerosos conceptos jurídicos que derivan del Derecho nacional, como por el ejemplo los contratos, las promesas o las donaciones, como parte del *ius gentium*. En el mismo sentido, no era necesario distinguir entre los distintos sujetos del Derecho, visto que el *ius gentium* se aplicaba de la misma manera a todos. Por lo tanto, se establecía una clara analogía entre los Estados y las personas privadas. (Klabbers, Jan *et. Al*, *The Constitutionalization of International Law*, ed. Oxford University Press, 2011, p. 155).

simplemente porque traducen el “Derecho del Derecho” o las “constantes (axiológicas) del Derecho”. Dichos principios nos permiten “entender la multiplicidad de los fenómenos jurídicos bajo un punto de vista que subyace lo que tienen en común”.⁵¹⁶

A *contrario* de los que pretenden minimizar su importancia, yo estimo que sin principios generales del Derecho no puede existir un orden jurídico, visto que los principios generales del Derecho constituyen sus fundamentos (“cimientos”) axiológicos básicos.⁵¹⁷ Como atinadamente lo afirma Cheng⁵¹⁸, dichos principios se sitúan en la base misma de un sistema jurídico y son indispensables para su operación. Estos principios son “arraigados en el sentido común y en la práctica común de los las nacionales civilizados”⁵¹⁹ porque constituyen “las sendas (...) que llevan a la justicia (...)”.⁵²⁰ O como lo sostenía Baron Descamps en los trabajos preparatorios del artículo 38 del Estatuto de la CPJI, los principios generales del Derecho son “*lois fondamentales de justice objective*”.

5. Los principios generales del Derecho: elementos de un “Derecho internacional general”, común a los Tribunales internacionales

Los principios generales del Derecho son sin duda una fuente del Derecho internacional. Además, según yo, por su naturaleza misma, dichos principios forman parte de un “Derecho internacional general” (o “*General International Law*”), común a los Tribunales internacionales.

Como lo afirma el profesor Christian Tomuschat en su cátedra al respecto⁵²¹, es muy difícil cernir los contornos precisos de la noción de “Derecho internacional general”. En los órdenes jurídicos internos, muchas veces se

⁵¹⁶ Villoro Toranzo, Miguel, *Teoría general del Derecho. Lo que es. Su método.*, ed. Porrúa, 2012, p. 71

⁵¹⁷ Cancado Trindade, Antonio Augusto, *op. cit.*, nota 485

⁵¹⁸ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 390

⁵¹⁹ *Abu Dhabi Oil Arbitration*, 1951, p. 251, citado en Cheng, Bin, *op. cit.*, nota 379, p. 394

⁵²⁰ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 394

⁵²¹ Tomuschat, Christian, *What is General International Law?* , UN Lecture series, disponible en video en http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Tomuschat_video_1.html

distingue entre un determinado Derecho general y un Derecho especial. Así por ejemplo, muchas codificaciones nacionales son divididas en una parte general y una parte especial.⁵²² En este sentido, se habla de Derecho penal general⁵²³ y de Derecho penal especial⁵²⁴, o también de Derecho civil general y de Derecho civil especial. En el orden jurídico internacional, la ampliación actual del ámbito de aplicación *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione loci* de las normas internacionales obstaculiza la identificación de un “Derecho internacional general”, es decir de reglas que se aplican a todas las situaciones jurídicas que forman parte de las (múltiples) esferas de regulación normativa del Derecho internacional.⁵²⁵

El término “Derecho internacional general” aparece de manera esporádica en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales. Además, las opiniones doctrinales respecto a su significado difieren. En general, existen muy pocos intentos doctrinales de definir y analizar el concepto de “Derecho internacional general”. Podemos acordarnos con la CDI para estimar que la categoría de “Derecho internacional general” debe ser sujeta a más investigaciones.⁵²⁶ Algunos autores utilizan la expresión de Derecho internacional general (*general international law*)⁵²⁷ mientras que otros prefieren resaltar la naturaleza pública de este conjunto normativo, hablando de “Derecho internacional público general” (“*general public international law*”).⁵²⁸ De la misma manera, para algunos autores el término “Derecho internacional general” es sinónimo de “Derecho internacional

⁵²² Esta división es común en Francia, España, Alemania y muchos otros países de la familia jurídica romano-germánica.

⁵²³ En la parte general del Derecho penal, se presenta el acto de violación penal y se definen sus consecuencias jurídicas (o su pena).

⁵²⁴ Generalmente, en la parte especial se definen los diferentes actos violatorios de las normas penales (delitos, crímenes etc.) y se establece su régimen jurídico específico.

⁵²⁵ Tomuschat, Christian, *op. cit.*, nota 519

⁵²⁶ CDI, reporte del grupo de trabajo sobre la fragmentación del Derecho internacional, *op. cit.*, nota

⁵²⁷ Entre otros: Simma, Bruno, *On the planets and the universe...*, *op. cit.*, nota 13; Koskenniemi, Martti, *The fate of international law...*, *op. cit.*, nota , Dupuy, Pierre-Marie, *L' unite...*, *op. cit.*, nota 19, Pauwelyn, Joost, *The rules of international law in the WTO...*, *op. cit.*, nota 355, Shany, Yuval, *One law to rule them all...*, *op. cit.*, nota 12

⁵²⁸ Por ejemplo: “General Public International Law and International Investment Law- A research sketch on selected issues, *International Law Association*, German Branch, marzo 2011, Hey, Ellen, *International Public Law*, UN Lecture Series, disponible en http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Hey_IL.html

consuetudinario”.⁵²⁹ Para otros, el “Derecho internacional general” es constituido por las normas que se aplican generalmente, a todos los miembros de la Comunidad internacional.⁵³⁰

En mi opinión, la referencia a un elemento temporal para determinar lo que constituye “Derecho internacional general” parece poco apropiada. Podría parecer lógico que el “Derecho internacional general” es todo aquello que preexistió al “Derecho internacional particular o especializado”.⁵³¹ No obstante, el reconocimiento generalizado e universal de este tipo de normas sería muy difícil de comprobar.⁵³²

Según Matz-Lück⁵³³, la categoría de “Derecho internacional general” incluiría las nociones generales a los que los Tribunales internacionales se refieren con frecuencia, sin mencionar la fuente que los contiene. Así por ejemplo, los Tribunales internacionales utilizan una definición común de “Estado”, “organización internacional”, “tratado internacional”, “personalidad internacional” etc. Aunque las partes a una controversia no estén de acuerdo respecto a las obligaciones que incumben a un Estado en un determinado caso o contesten la aplicabilidad de una cláusula convencional particular, existe un entendimiento general respecto a lo que constituye un “Estado” o un “Tratado internacional”. En este sentido, la noción de “Derecho internacional general” no constituiría una nueva fuente del Derecho internacional conforme con lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.⁵³⁴

Siguiendo en esto a Koskenniemi⁵³⁵, pienso que la diferencia principal entre las normas del Derecho internacional particular (o especializado) y las

⁵²⁹ Por ejemplo, Matz-Lück, Nele, *op. cit.*, nota 261, p. 120

⁵³⁰ Por ejemplo, Dupuy, Pierre-Marie, *L'unité...*, *op. cit.*, nota 19

⁵³¹ Desde esta perspectiva, el “Derecho internacional general” sería el Derecho existente en las épocas en las que solo existían pocas normas internacionales de carácter general aplicadas e interpretadas por una única Corte internacional principal: la CIJ.

⁵³² El “Derecho internacional general” presenta necesariamente una naturaleza dinámica y dicho reconocimiento depende de las circunstancias cambiantes de la realidad social en el ámbito internacional. No se puede presumir que las normas generales preexistentes a las normas especializadas no han sido modificadas o no se ha alterado la aceptación de su carácter general o universal.

⁵³³ Matz-Lück, Nele, *op. cit.*, nota 261, p. 120

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 121

⁵³⁵ Koskenniemi, Martti, *The Fragmentation of International Law, Topic a)*..., *op. cit.*, nota 35, p. 7

normas del “Derecho internacional general” reside en la amplitud de su campo de aplicación *ratione materiae* y *ratione personae*. Las normas (especializadas) del “Derecho internacional particular” tienen un campo de aplicación *ratione materiae* y *ratione personae* estrictamente determinado⁵³⁶, mientras que las normas pertenecientes al “Derecho internacional general” se aplican a todas las situaciones jurídicas reguladas por normas internacionales⁵³⁷, independientemente de su ámbito de aplicación *ratione personae* o *ratione materiae*.⁵³⁸ Dicho en otros términos, las normas y principios del Derecho internacional general se caracterizan por un ámbito de aplicación generalizado, *ratione materiae* y *ratione personae*.

Desde esta perspectiva, en mi opinión, los principios y normas del Derecho internacional general constituyen un conjunto normativo, común a todas las esferas de regulación del Derecho internacional. Al mismo tiempo, el campo de aplicación generalizado (*ratione materiae* y *ratione personae*) del “Derecho internacional general” le permite regular todas las situaciones fácticas que se presentan en los litigios internacionales. Por lo tanto, el “Derecho internacional general” es un Derecho común a todos los Tribunales internacionales. Independientemente de las normas internacionales especializadas (*ratione materiae* y *ratione personae*) que dichas jurisdicciones están habilitadas a aplicar, la resolución de los litigios internacionales puede hacerse de acuerdo a un cuerpo normativo de aplicación generalizada: el “Derecho internacional general”. La aplicación de sus normas y principios por parte de los múltiples Tribunales

⁵³⁶ Así por ejemplo una norma del Derecho del comercio internacional se aplicaría a un intercambio comercial internacional entre dos Estados miembros de la OMC.

⁵³⁷ Así por ejemplo, el principio de Buena fe se aplicaría a un intercambio comercial entre dos Estados miembros de la OMC pero también a un contrato de construcción de refinería petrolera concluido entre un Estado y un inversionista privado.

⁵³⁸ Todas las normas del Derecho internacional se aplican en relación con un fondo (*background*) más o menos visible de principios de “Derecho internacional general”. Ningún Tratado, por muy específico que sea su campo de aplicación *ratione materiae* o *ratione personae*, se aplica en un vacuum jurídico. Las normas particulares de dicho Tratado necesariamente se refieren a principios (muchas veces no escritos) de Derecho internacional general que determinan su entrada en vigor, su interpretación o su aplicación. Principios generales (del Derecho) como “igualdad soberana”, “prohibición del uso de la fuerza”, “no injerencia”, “auto-determinación”, “prohibición del genocidio”, *auditur et altera pars*, son omnipresentes. Como lo afirma Koskenniemi, no es posible listar toda la categoría de “Derecho internacional general”. (Tomuschat, Christian, *op. Cit.*, nota 519)

internacionales presenta importantes implicaciones en relación con los problemas suscitados por la “judicialización” del Derecho internacional.

Pero, ¿cómo saber cuáles son las normas y principios que forman parte del Derecho internacional general?

En la opinión de Tomuschat, existen dos métodos que pueden ser utilizados para la identificación de las normas pertenecientes a la categoría de “Derecho internacional general”. El primero consiste en examinar la clasificación tradicional de fuentes del Derecho internacional, establecida en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ y apreciar el carácter “general” de cada una de estas fuentes. Por su parte, el segundo método consiste en considerar a los elementos constitutivos del “Derecho internacional general” como premisas (o fundamentos) axiomáticos de todo el orden jurídico internacional. En este último caso, algunas normas o principios internacionales formarían parte del “Derecho internacional general” por sus características intrínsecas.⁵³⁹

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ no contiene una referencia explícita al “Derecho internacional general”. No obstante, dicha disposición puede ser utilizada como primer paso para la identificación de las normas pertenecientes a esta categoría. La primera fuente de Derecho internacional mencionada en el artículo 38 son los tratados internacionales: el instrumento jurídico *par excellence* que los Estados miembros de la Comunidad internacional utilizan para regular sus relaciones mutuas. Los Tratados internacionales pueden ser difícilmente considerados como parte del “Derecho internacional general”. Su naturaleza consensual (y contractual) es el principal obstáculo a su alcance general.⁵⁴⁰ A pesar de esto, existen algunos Tratados de aplicación generalizada o casi generalizada. El ejemplo más prominente de un Tratado, obligatorio para todos los

⁵³⁹ Tomuschat, Christian, *op. cit.*, nota 519

⁵⁴⁰ Los Tratados internacionales son instrumentos jurídicos de naturaleza consensual. Al concluir un Tratado internacional sus Estados parte expresan un acuerdo a cumplir con sus disposiciones. Este acuerdo de voluntades vuelve el Tratado obligatorio únicamente entre sus partes. Por lo tanto, el Tratado no produce efectos jurídicos para terceros. Esta constatación es particularmente válida para los Tratados bi-laterales, pero también se aplica a los Tratados multilaterales. Los Estados siempre mantienen total libertad para aceptar o rechazar la obligatoriedad de una Convención internacional determinada, independientemente de su importancia en el ámbito de las relaciones internacionales. (Tomuschat, Christian, *op. Cit.*, nota 519)

Estados miembros de la Comunidad internacional, es la Carta de la ONU.⁵⁴¹ Además de la Carta de la ONU existen otros tratados internacionales multilaterales que han recibido una aceptación universal. El mayor ejemplo son las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 en materia de Derecho humanitario.⁵⁴² Aparte estos dos ejemplos significativos, existen muy pocas Convenciones multilaterales, dotadas de una obligatoriedad universal.⁵⁴³ El Derecho derivado de los Tratados internacionales es sujeto a muchos factores (políticos) cambiantes y su carácter universal es, generalmente, muy difícil de determinar. Por lo tanto, se puede concluir que los Tratados internacionales, en principio, no forman parte del “Derecho internacional general”.⁵⁴⁴

La segunda fuente de Derecho internacional enunciada en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ es la costumbre internacional. De acuerdo a lo establecido en dicha disposición, la costumbre internacional se constituye por una práctica (estatal) generalizada. A pesar de que existen costumbres regionales, la principal característica del Derecho internacional consuetudinario es su carácter universal. Esto podría llevar a pensar que el “Derecho internacional general” no es más que el “Derecho internacional consuetudinario”. Pero, esta conclusión sería prematura, en particular, debido a la naturaleza supletoria del Derecho internacional

⁵⁴¹ En términos prácticos existen muy pocas excepciones a la obligatoriedad de la Carta. Este carácter general de la Carta es de suma importancia, visto que ésta expresa algunos de los principios fundamentales del Derecho internacional: igualdad soberana entre los Estados, no injerencia, prohibición del uso de la fuerza en el ámbito de las relaciones internacionales, arreglo pacífico de las controversias, obligación de respetar los derechos humanos etc. Además, el artículo 123 de la Carta establece la preeminencia de las obligaciones contenidas en su dispositivo respecto a cualquier otro acuerdo internacional. Estas características de la Carta la asemejan a una Constitución internacional, cuyo respeto es generalizado y obligatorio para todos los Estados miembros de la Comunidad internacional. Por lo tanto, la Carta de la ONU podría ser considerada como formando parte del “Derecho internacional general”. No obstante, la eficacia de los derechos y obligaciones establecidos en la Carta no siempre es plena. (Tomuschat, Christian, *op. Cit.*, nota 519)

⁵⁴² Las partes a un conflicto internacional son obligadas a respetar sus disposiciones. Debido a su aceptación general, dichas Convenciones constituyen, además, Derecho internacional consuetudinario.

⁵⁴³ Así por ejemplo, muchos instrumentos de protección de los derechos humanos reciben poca aceptación por parte de los Estados miembros de la Comunidad internacional. La Convención sobre la prevención de los crímenes de genocidio cuenta únicamente con 149 ratificaciones. (Tomuschat, Christian, *op. Cit.*, nota 519)

⁵⁴⁴ Tomuschat, Christian, *op. cit.*, nota 519

consuetudinario.⁵⁴⁵ No obstante, existen normas consuetudinarias aplicables en todo caso e imposibles de derogar. Se trata del *ius cogens* o normas perentorias del Derecho internacional.⁵⁴⁶ Por su naturaleza general e inderogable, el *ius cogens* parecería ser un componente-clave del “Derecho internacional general”. El principal obstáculo para su inclusión dentro de esta categoría resulta de su contenido normativo incierto y relativo.⁵⁴⁷

Finalmente, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece una tercera fuente del Derecho internacional: “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

Para mí, los principios generales del Derecho indudablemente forman parte del “Derecho internacional general”. Por ser, por definición, principios comunes a todos los órdenes jurídicos nacionales (de las “naciones civilizadas”), dichos principios son de aplicación generalizada, tanto en los ámbitos jurídicos internos, como en el ámbito jurídico internacional. La obligatoriedad de los principios generales del Derecho se deduce no solo de su aceptación como fuente de los Derechos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional, sino también de su función como fuente autónoma del Derecho internacional. Su carácter general les permite regular una infinidad de situaciones jurídicas internacionales, independientemente del contexto particular en el que éstas

⁵⁴⁵ En efecto, los Estados miembros de la Comunidad internacional podrían derogar a una costumbre mediante la conclusión de normas convencionales posteriores. En este caso, la costumbre se aplicaría únicamente en caso de silencio o insuficiencia de las normas convencionales y fungiría como un respaldo (“*fall-back*”) de las reglas establecidas en el Tratado.

⁵⁴⁶ Su existencia fue afirmada desde el siglo XIX por autores pertenecientes a la escuela de Derecho natural. Antes de las dos guerras mundiales, la Comunidad internacional no era favorable a la imposición de tales restricciones a la conclusión de los Tratados. Las grandes potencias (europeas) eran profundamente influenciadas por la doctrina de la soberanía que consideraba a los Estados como árbitros supremos de las relaciones internacionales. Por lo tanto, era muy difícil aceptar que una norma convencional- expresión última del consentimiento estatal- debía someterse a normas superiores de la Comunidad internacional. Aún después de la creación de la ONU, las propuestas de considerar a las normas de *ius cogens* como superiores a las normas convencionales recibieron muchas críticas. Finalmente, estas críticas pudieron ser superadas con la inclusión del artículo 53 en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Conforme con esta disposición, los Tratados que entran en conflicto con normas de *ius cogens* son nulos de pleno derecho. (Tomuschat, Christian, *op. Cit.*, nota 519)

⁵⁴⁷ El artículo 53 de la Convención de Viena no define al *ius cogens*. Generalmente se considera que el *ius cogens* es constituido por normas de carácter inderogable, comúnmente aceptadas por toda la Comunidad internacional y únicamente modificables por normas posteriores de la misma naturaleza. (Tomuschat, Christian, *op. Cit.*, nota 519)

surgen. Como lo señalé anteriormente, todos los hechos jurídicos internacionales y todas las normas (especializadas) que los regulan se desarrollan en un “contexto”, “impregnado” de principios generales del Derecho. Por consecuencia, dichos principios son una *lex generalis* que se inscribe en el marco jurídico general (*legal background*) del Derecho internacional, al lado de la costumbre y de los demás elementos del “Derecho internacional general”.

La identificación de las normas pertenecientes a esta última categoría puede hacerse de acuerdo a un procedimiento alternativo al escrutinio del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. La aplicación de un método distinto se justifica por la dificultad de ubicar a las normas internacionales dentro de una de las tres categorías mencionadas en este artículo. Así por ejemplo, muchas normas parecen inscribirse en cualquiera de las tres categorías.⁵⁴⁸ La clasificación de las normas pertenecientes a la categoría de “Derecho internacional general” también puede hacerse de acuerdo a tres criterios adicionales.⁵⁴⁹

En primer lugar, las normas que forman parte de dicha categoría se consideran como premisas axiomáticas de todo el edificio normativo del Derecho internacional. En la opinión de Tomuschat,⁵⁵⁰ las premisas axiomáticas son principios necesarios para la existencia misma del orden jurídico internacional. Sin este tipo de principios que sostengan su base (jurídica), el orden jurídico internacional sería inconcebible.⁵⁵¹

En segundo lugar, el edificio normativo del Derecho internacional posee características sistémicas que se derivan casi automáticamente de sus premisas

⁵⁴⁸ En este sentido, el derecho a la vida es un derecho convencional, generalmente reconocido en la Carta de la ONU y en casi todos los Tratados de protección de los derechos humanos. De acuerdo a lo establecido en dichos instrumentos, el derecho a la vida es, al mismo tiempo, un principio de origen consuetudinario. Finalmente, el derecho a la vida también puede considerarse como un principio general del Derecho, visto que éste está reconocido como un principio fundamental en todas las Constituciones internas. En este sentido, muchos autores consideran que los principios de protección de los derechos humanos forman parte de los principios generales del Derecho. (Tomuschat, Christian, *op. Cit.*, nota 519)

⁵⁴⁹ Tomuschat, Christian, *op. cit.*, nota 519

⁵⁵⁰ *Idem*

⁵⁵¹ Dicho principio está incluido en el artículo 2 de la Carta de la ONU pero a la vez fundamenta la adopción de dicho Tratado, visto que esta adopción se basó en la igualdad soberana de los Estados. Aunque algún día estos Estados decidan deshacer la Carta de la ONU, el principio de igualdad soberana persistiría. Dicho principio gobierna la coexistencia pacífica de los Estados en el ámbito de las relaciones internacionales.

axiomáticas. Las normas y principios que fundamentan este carácter sistémico son sin duda parte del “Derecho internacional general”. Según Tomuschat⁵⁵², un ejemplo de estas normas y principios son los pertenecientes al Derecho de los Tratados y al régimen jurídico de la responsabilidad internacional.⁵⁵³

Finalmente, en la opinión de Tomuschat,⁵⁵⁴ a la categoría de premisas axiomáticas del orden jurídico como elemento constitutivo del “Derecho internacional general” deben ser añadidas las normas y principios relativos a la protección de los derechos humanos. Para este autor, el Derecho internacional de los derechos humanos constituye un cuerpo normativo cuyo respeto debe adquirir un estatus “general” y “universal”.⁵⁵⁵

Desde mi punto de vista, el segundo método de identificación de “Derecho internacional general”, propuesto por Tomuschat, también confirma que los principios generales del Derecho forman parte de dicha categoría. Muchos principios generales del Derecho pueden ser considerados como premisas axiomáticas básicas del orden jurídico internacional y como garantía para su carácter sistémico. Así por ejemplo, la gran mayoría de principios relativos al Derecho de los Tratados son principios generales del Derecho (por ejemplo, todos los derivados de la *bona fides- pacta sunt servanda, estoppel*, prohibición de

⁵⁵² Tomuschat, Christian, *op. cit.*, nota 519

⁵⁵³ Algunos aspectos del Derecho de los Tratados constituyen premisas axiomáticas del orden jurídico internacional. En particular, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es dotada de una aceptación generalizada, visto que refleja el Derecho internacional consuetudinario. Las mismas consideraciones se aplican al Derecho de la responsabilidad internacional. En efecto, gran parte de su régimen jurídico está basado en premisas axiomáticas del orden jurídico internacional. Así por ejemplo, cuando la CDI presentó su trabajo sobre la codificación del principio de responsabilidad internacional de los Estados a la Asamblea de la ONU, este órgano no consideró que dicho trabajo necesitaba algún tipo de ratificación por parte de los miembros de la organización. Como lo afirmó la misma CDI, muchos de los principios codificados no necesitaban una aceptación formal porque eran el reflejo de la práctica común de los Estados en la materia. (Tomuschat, Christian, *op. Cit.*, nota 519)

⁵⁵⁴ Tomuschat, Christian, *op. cit.*, nota 519

⁵⁵⁵ Después de la adopción de la Carta de la ONU y de los demás Tratados en materia de protección de los derechos humanos, el panorama del Derecho internacional fue modificado de manera importante. En su Preámbulo, la Carta de la ONU se refiere al respeto de la dignidad de la persona humana. Este principio es, además, reconocido en la Declaración universal de derechos humanos y en los dos Pactos de protección de los derechos humanos de 1966. Mucho de lo dispuesto en las Convenciones internacionales relativas a la protección de los derechos humanos ha adquirido el estatus de Derecho consuetudinario. Así por ejemplo, el derecho a la vida, debido a su importancia, es generalmente aceptado por todos los Estados, independientemente de la ratificación de los instrumentos internacionales que lo protegen. (Tomuschat, Christian, *op. Cit.*, nota 519)

abuso de derechos etc.), el régimen de la responsabilidad internacional también es basado en varios principios generales del Derecho (por ejemplo, los relativos a la prueba del acto ilícito o a su reparación). Finalmente, para muchos autores, los principios relativos a la protección de los derechos humanos también constituyen principios generales del Derecho.⁵⁵⁶

En este sentido, algunos autores estiman que los principios generales del Derecho cumplen con una función legislativa del orden jurídico internacional. En particular, según Joost Pauwelyn⁵⁵⁷, el “Derecho internacional general” constituye una legislación o incluso una Constitución de dicho orden.⁵⁵⁸ En la opinión de este autor, el “Derecho internacional general” es compuesto por la costumbre y los principios generales del Derecho y asegura el carácter sistémico del orden jurídico internacional.⁵⁵⁹

Según yo, la pertenencia de los principios generales del Derecho al “Derecho internacional general” demuestra sin duda su naturaleza común para para todos los jueces internacionales. Para utilizar una metáfora, puedo afirmar que los principios generales del Derecho son un “paraguas normativo de Derecho internacional general”, común a todos los Tribunales internacionales y a todo el edificio normativo del orden jurídico internacional.⁵⁶⁰

⁵⁵⁶ Klabbers, Jan et. Al., *op. cit.*, nota 513

⁵⁵⁷ Pauwelyn, Joost, *The role of public international law in the WTO...*, *op. cit.*, nota 355, p. 535

⁵⁵⁸ No obstante, la diferencia principal de esta Constitución internacional con las Constituciones internas es que, a diferencia de estas últimas, el Derecho internacional general no posee una naturaleza jerárquicamente superior en relación con las demás normas internacionales. Al contrario, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho son generalmente considerados como “vagos”, en oposición a los Tratados, más “claros”. La falta de jerarquía entre el Derecho internacional general y los Tratados (o en general, entre todas las fuentes del Derecho internacional) se explica por el hecho de que ambos proceden, de una u otra manera, de la aprobación o del consentimiento de los sujetos a los que se aplican (principalmente Estados). Como derivan de la misma fuente de legitimación (la voluntad de los sujetos del Derecho internacional), en teoría deberían tener el mismo valor jurídico. (Pauwelyn, Joost, *Public international law and the WTO...*, *op. cit.*, nota 355, pp. 536-538)

⁵⁵⁹ En la opinión del autor, las normas del Derecho internacional general son obligatorias para todos los Estados. Cada nuevo Estado y cada nuevo Tratado nacen automáticamente “en su seno”. El “Derecho internacional general” llena las lagunas de los Tratados. Pero más importante aún, visto que el ‘Derecho internacional general’ es compuesto por reglas relativas al Derecho de los Tratados, a la interacción entre las normas internacionales, a la responsabilidad internacional o al arreglo de las controversias, el “Derecho internacional general’ asegura la existencia del orden jurídico internacional como sistema. (Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, nota 355, pp. 536-538)

⁵⁶⁰ La metáfora es parafraseada de “*common normative international law umbrella*”, término utilizado por Yuval Shany para referirse a la necesidad de promover los vínculos entre los distintos

6. Los principios generales del Derecho: “ley aplicable” ante todos los Tribunales internacionales

En mi opinión, los principios generales del Derecho constituyen una “ley (general) aplicable” ante todos los Tribunales internacionales, objeto de mi estudio. Desde esta perspectiva, los principios generales del Derecho son sin duda susceptibles de constituir principios comunes a los Tribunales internacionales.

Cabe señalar que no todos los Tribunales están expresamente habilitados para aplicar principios generales del Derecho en la resolución de los litigios que se les presentan. Los Tribunales internacionales son generalmente creados por Estatutos constitutivos. Dichos instrumentos jurídicos no son más que Tratados concluidos por los Estados miembros de la Comunidad internacional con distintos propósitos. Al establecer una determinada jurisdicción internacional y dotarla de sus atribuciones contenciosas, los redactores de su Estatuto suelen fijar de antemano el Derecho⁵⁶¹ que el Tribunal debe utilizar para la solución de los conflictos que le son sometidos. Los Estados tienen una amplia libertad para determinar la “ley aplicable” por el juez internacional, siempre que las normas previstas no sean violatorias del *ius cogens*.⁵⁶²

Los Tribunales internacionales son generalmente establecidos para regular el funcionamiento jurídico de un régimen internacional especializado. Por lo tanto, el Derecho que aplican consiste mayoritariamente en los Tratados y normas específicas, pertenecientes a dicho régimen. No obstante, este Derecho especializado no constituye la totalidad del Derecho aplicable por parte de los Tribunales internacionales. Si este fuera el caso, la solución de las controversias

regímenes normativos, con el objetivo de asegurar la unidad y coherencia sistémica del Derecho internacional. (Shany, Yuval, *One Law to Rule Them All...*, *op. cit.*, nota 12, p. 23).

⁵⁶¹ Cabe señalar que la cuestión del Derecho aplicable debe ser distinguida de la cuestión de la competencia (“*jurisdiction*”) del Tribunal. Las reglas de competencia del Tribunal también suelen ser expresamente fijadas en su Estatuto constitutivo. No obstante, la determinación de su competencia precede a la identificación del Derecho aplicable al asunto.

⁵⁶² Hestermeyer, Holger, Where Unity is at Risk: when International Tribunals proliferate, in König, Doris *et. Al.*, *International Law: New Challenges and the Need for Reforms*, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Volume 193, 2008, p. 128

en muchos casos concretos se volvería imposible. La complejidad de los problemas jurídicos que concurren a los litigios internacionales exige la aplicación de reglas adicionales a las ya contenidas en la *lex specialis* de cada Tribunal internacional.

Es de considerarse que todas las jurisdicciones internacionales son (y deben ser) competentes para aplicar los principios generales del Derecho. En primer lugar, dicha competencia puede resultar de una disposición expresa de sus Estatutos constitutivos. En segundo lugar, los Tribunales internacionales pueden ser llevados a aplicar los principios generales del Derecho a través del método de interpretación sistémica de los Tratados, establecido en el artículo 31-3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Finalmente, la propia práctica de los Tribunales internacionales demuestra la utilización de los principios generales del Derecho como “ley aplicable” para la resolución de los litigios internacionales.

Las disposiciones que regulan la “ley aplicable” ante los Tribunales internacionales pueden ser clasificadas en tres categorías: las que autorizan a las jurisdicciones internacionales aplicar a los principios generales del Derecho al mismo tiempo y al mismo rango que todas las demás normas del Derecho internacional; las que permiten a las jurisdicciones internacionales aplicar a los principios generales del Derecho junto con otras normas del Derecho internacional, pero que establecen una preferencia por la aplicación de las normas pertenecientes a un conjunto normativo especializado; las que no incluyen, en forma expresa, la posibilidad para las jurisdicciones internacionales de recurrir a los principios generales del Derecho en el ejercicio de su función judicial.⁵⁶³

Un ejemplo de la primera categoría de disposiciones puede ser hallado en las disposiciones que establecen la “ley aplicable” ante la CIJ.⁵⁶⁴ Como lo expuse anteriormente, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ contiene una lista de las fuentes del Derecho internacional que la Corte puede aplicar en la solución de las controversias que se le someten. El artículo 38 c) prevé que la Corte podrá aplicar

⁵⁶³ *Idem*

⁵⁶⁴ *Idem*

“los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Además, el artículo 38 no establece ninguna relación jerárquica entre las distintas fuentes del Derecho, aplicable ante la CIJ. El Estatuto constitutivo de ninguna otra jurisdicción internacional permanente contiene una disposición similar. No obstante, ejemplos de artículos similares fueron incluidos en los Tratados que establecen el Derecho aplicable ante algunos Tribunales arbitrales *ad hoc*.⁵⁶⁵

La segunda hipótesis se traduce en disposiciones que permiten a los Tribunales internacionales aplicar a los principios generales del Derecho siempre que éstos no entren en conflicto con las normas específicas del conjunto normativo especializado en el que la jurisdicción opera. Este es el caso del artículo 293-1 (de la parte XV: Solución de controversias) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En virtud de dicha disposición, “la corte o tribunal competente en virtud de esta sección⁵⁶⁶ aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella.” Como lo afirma el ex Presidente del Tribunal José Luis Jesús⁵⁶⁷, el TIDM no se ha limitado a la aplicación únicamente de las normas del Derecho del mar sino que también ha recurrido con frecuencia a “otras normas de Derecho internacional” que no son incompatibles con ellas. Según este juez, la referencia a “las demás

⁵⁶⁵ Así por ejemplo, el acuerdo entre Francia y Nueva Zelanda sobre la base del que fue resuelta la controversia en el asunto del *Rainbow Warrior* (Artículo 2 del acuerdo de arbitraje entre Francia y Nueva Zelanda del 14 de Febrero de 1989, disponible en Oellers-Frahm, K./Zimmermann, Andreas, *Dispute Settlement in Public International Law: Texts and Materials*, ed. , 2001, p. 2179, citado en Hestermeyer, Holger, *op. Cit.*, nota 562, p. 129) preveía que el Tribunal arbitral *ad hoc* era competente para aplicar los Tratados relacionados con la materia contenciosa y “las reglas y principios del Derecho internacional aplicables”. De la misma manera, en las disposiciones que regulan la competencia del sistema arbitral para la solución de las controversias en el Mercosur se prevé que los Tribunales arbitrales *ad hoc*, constituidos de acuerdo al Protocolo de Olivos, podrán aplicar las normas del Mercosur (tanto de Derecho originario como derivado) “así como (...) los principios y disposiciones de Derecho internacional aplicables a la materia”.

⁵⁶⁶ En virtud del artículo 287 de la Convención de las NU sobre el Derecho del mar, los Estados parte a un litigio sobre la interpretación o la aplicación de dicha convención podrán elegir libremente entre (uno o varios) de los siguientes métodos de solución de controversias: “a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar constituido de conformidad con el Anexo VI; b) La Corte Internacional de Justicia; c) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII; d) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican.”

⁵⁶⁷ *Statement of Judge José Luis Jesús, President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, New York, 25 of October of 2010, p. 7* disponible en http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/jesus/legal_advisors_251010_eng.pdf

normas de Derecho internacional” debe ser entendida como incluyendo reglas de Derecho internacional consuetudinario, los principios generales del Derecho, y algunas reglas de naturaleza convencional.⁵⁶⁸ A esta autorización expresa para el TIDM de aplicar principios generales del Derecho se suma el hecho de que varios artículos de la Convención de Montego Bay “recogen” y “codifican” algunos de estos principios.⁵⁶⁹

En esta segunda categoría de disposiciones también se incluye el artículo 21.1 del Estatuto de la Corte penal internacional (CPI). En virtud de este artículo: “La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.” Como lo afirma Raimondo, de acuerdo con este artículo, la aplicación de los principios generales del Derecho por parte de la CPI debe reunir cuatro exigencias específicas: subsidiariedad⁵⁷⁰, abstracción⁵⁷¹, representatividad⁵⁷² y compatibilidad⁵⁷³. Estas cuatro condiciones se refieren a los

⁵⁶⁸ Statement of Judge José Luis Jesús, *op. cit.*, nota 565, pp. 7-8

⁵⁶⁹ En particular tal es el caso del artículo 24 referente al derecho de paso de buques extranjeros por las aguas territoriales del Estado ribereño o del artículo 49-1 relativo a la soberanía de un Estado sobre sus aguas territoriales.

⁵⁷⁰ La subsidiariedad en la aplicación de los principios generales del Derecho por parte de la CPI significa que ésta se limita a los casos en los que las fuentes mencionadas en los incisos a) y b) del artículo 21 1 del Estatuto de la Corte no permiten lograr una solución satisfactoria del litigio (“en defecto” de dichas fuentes). (Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, pp. 156-157)

⁵⁷¹ La “abstracción” en la aplicación de los principios generales del Derecho por parte de la CPI se refiere a la posibilidad para la Corte de “derivar” dichos principios de los Derechos internos de los Estados (y no aplicar directamente los principios de un Derecho interno particular). Esta exigencia es conforme con los criterios tradicionales de identificación de los principios generales del Derecho. (Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, p. 157)

⁵⁷² La “representatividad” de los principios generales del Derecho significa que la Corte debe derivarlos de “los sistemas jurídicos del mundo”. La redacción en francés de esta expresión es aún más clara: “*les lois nationales représentant les différends systemes juridiques du monde*”. Dicho en otros términos, esta condición se refiere a la necesidad de aplicar “los principios generales del

criterios tradicionalmente utilizados por parte de los Tribunales internacionales para determinar la existencia de los principios generales del Derecho.

Finalmente, en la tercera categoría de disposiciones se sitúa el régimen de solución de controversias de la OMC. A pesar de que no existe una disposición expresa que regule el Derecho aplicable por los órganos de solución de controversias de la OMC, dicha regulación puede deducirse del artículo 7.1 y 2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (llamado también “entendimiento sobre la solución de diferencias”). Según lo dispuesto en este artículo, “1. El mandato de los grupos especiales será el siguiente (...): “Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD (...) 2. Los grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia.” A primera vista dicha disposición excluye a los principios generales del Derecho de las fuentes que el órgano de solución de controversias de la OMC puede aplicar. No obstante, este texto debe ser analizado a la luz del artículo 3.2 del Entendimiento sobre la solución de las controversias. Conforme con dicha disposición: “Los Miembros (de la OMC) reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.” Los principios generales del Derecho sin duda forman parte de las “normas usuales de interpretación del Derecho internacional público”. Por lo tanto, el órgano de solución de controversias puede recurrir a dichos principios para interpretar y aclarar el significado de las normas específicas del Derecho de la OMC.

Derecho generalmente reconocidos” en los sistemas jurídicos más representativos del mundo. (Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, p. 157).

⁵⁷³ De acuerdo al criterio de “compatibilidad”, los principios generales del Derecho aplicables ante la CPI deben ser conformes con su Estatuto y con el Derecho internacional. Como lo afirma Joe Verhoeven, esta exigencia es “un poco misteriosa” (Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota , p. 158). En la opinión de este autor es muy difícil imaginar que los principios generales del Derecho puedan contradecir las demás fuentes del Derecho aplicables ante la Corte, visto que dichos principios cumplen con la función de llenar las lagunas de estas últimas. Por lo tanto, estaríamos en presencia de un conflicto con una norma inexistente.

La tercera categoría de disposiciones también incluye el régimen de Derecho aplicable por el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia (TPIY). El Estatuto del TPIY no le permite, expresamente, a recurrir a los principios generales del Derecho como “ley aplicable” para la resolución de los casos que le son sometidos.⁵⁷⁴ La única referencia a los principios generales del Derecho en el Estatuto del TPIY es la contenida en el artículo 28, relativo al “indulto y conmutación de pena”. En virtud de dicha disposición, “si el condenado puede beneficiarse de un indulto o de una conmutación de pena en virtud de las leyes del Estado en la cual está preso, ese Estado avisa al Tribunal. El Presidente del Tribunal, de acuerdo con los jueces, decide según los intereses de la justicia y los principios generales del derecho”.⁵⁷⁵ No obstante, en el caso *Kupreskic*⁵⁷⁶, el Tribunal consideró que, cuando una materia no es regulada por su Estatuto, se deben aplicar la costumbre internacional y los principios generales del Derecho. En el mismo sentido, el Estatuto del Tribunal penal internacional para Ruanda (TPIR) no contiene disposiciones expresas que autorizan al Tribunal a aplicar los principios generales del Derecho como “ley aplicable” en los asuntos de su competencia. Las únicas referencias a dichos principios en los textos que regulan la competencia y las atribuciones contenciosas del TPIR son idénticas a las del TPIY.⁵⁷⁷ A pesar de esto, la práctica jurisprudencial concreta del Tribunal demuestra la aplicación frecuente de principios generales del Derecho como ley aplicable para la resolución de las controversias.

⁵⁷⁴ Cryer, Robert *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, ed. Cambridge University Press, 2nd ed. 2010, p. 11

⁵⁷⁵ Otra referencia a los principios generales del Derecho es la contenida en el artículo 89 (c) de las Reglas de procedimiento y prueba del Tribunal. Conforme con esta disposición “*In cases not otherwise provided in this section, a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law*”.

⁵⁷⁶ TPIY, 14 de enero de 2001, párr. 591

⁵⁷⁷ El artículo 27 de su Estatuto dispone que: “si el condenado puede beneficiarse de un indulto o de una conmutación de pena en virtud de las leyes del Estado en la cual está preso, ese Estado avisa al Tribunal. El Presidente del Tribunal, de acuerdo con los jueces, decide según los intereses de la justicia y los principios generales del derecho”. De la misma manera el artículo 89 c) de sus Reglas de procedimiento y prueba establece que: “*In cases not otherwise provided in this section, a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law*”.

En esta tercera categoría también se inscribe el Derecho aplicable ante la Corte europea de derechos humanos. La principal “ley aplicable” ante la CEDH es prevista en el artículo 32 de la Convención europea de derechos humanos. En virtud de dicha disposición, “1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos (...).” Dicho artículo no contiene ninguna referencia expresa a la posibilidad para la CEDH de aplicar los principios generales del Derecho.⁵⁷⁸ Como lo afirma Merrils⁵⁷⁹, la Convención europea de derechos humanos no contiene una disposición similar a la del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. La decisión de los redactores de la Convención de no incluir a los principios generales del Derecho en las fuentes del Derecho que la CEDH puede aplicar fue deliberada. No obstante, lo dispuesto en el artículo 32 no significa que los redactores pretendieron impedir a la Corte el recurso a dichos principios; al contrario, no se consideró necesario establecer una disposición similar al artículo 38 del Estatuto de la CIJ porque la competencia de la CEDH para utilizar los principios generales del Derecho como “ley aplicable” parecía evidente.⁵⁸⁰ Como lo afirmó la Corte en el caso *Golder*, el Comité de juristas y la Asamblea del Consejo de Europa consideraron, en agosto de 1950, que “la Comisión y la Corte debían necesariamente aplicar estos principios” en el cumplimiento de sus funciones respectivas y, por lo tanto, concluyeron que era “innecesario” incluir una disposición expresa al respecto en el texto de la Convención.⁵⁸¹

Finalmente, en esta misma categoría también se inscriben las disposiciones que prevén la “ley aplicable” ante la CIDH. En efecto, el artículo 62 de la

⁵⁷⁸ La única referencia a los principios generales del Derecho puede ser hallada en el artículo 7. 2 de la Convención europea de derechos humanos. El artículo 7 relativo al principio *nulla pena sine lege* establece que: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

⁵⁷⁹ Merrils, John, *The development of International Law by the European Court of Human Rights*, ed. Manchester University Press, 1993, p. 177

⁵⁸⁰ *Idem*

⁵⁸¹ CEDH, *Golder c. Gran Bretaña*, 21 de febrero de 1975, citado en Merrils, John, *op. Cit.*, nota , p. 177

Convención interamericana de derechos humanos dispone que: “(...) 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.” No obstante, la CIDH no consideró la ausencia de referencias expresas a los principios generales del Derecho⁵⁸² como un impedimento para la aplicación de dicha fuente. Al contrario, en esta materia, la CIDH ha seguido casi a la letra lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Así por ejemplo, en un caso particular donde no había registros que establecieran la identidad y los sucesores de personas que habían sufrido violación a varios derechos protegidos por la Convención interamericana de derechos humanos, la Corte estimó que “ (...) El Convenio N 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) no ha sido aprobado por Surinam y en el derecho de gentes no existe ninguna norma convencional ni consuetudinaria que determine quiénes son los sucesores de una persona. Por consiguiente, es preciso aplicar los principios generales del derecho (art. 38.1.c. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) (...)”⁵⁸³

En mi opinión, aun cuando las disposiciones de los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales no contengan referencias explícitas a los principios generales del Derecho⁵⁸⁴, dichos principios pueden ser considerados como “ley aplicable” ante todos los Tribunales internacionales en virtud del artículo 31-3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Dicha disposición establece que “juntamente con el contexto (de un tratado), habrá de tenerse en cuenta: (...) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.” Como lo afirma el grupo de trabajo de la CDI en

⁵⁸² La única referencia a los principios generales del Derecho está contenida en el artículo 46.1 .a) de la Convención interamericana de derechos humanos. Dicho artículo dispone que: “para que una petición o comunicación presentada a la Comisión conforme a los artículos 44 ó 45 resulte admisible, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos.”

⁵⁸³ CIDH, *Aloeboetoe y otros*, sentencia de 10 de diciembre de 1993

⁵⁸⁴ Como es el caso, por ejemplo, de las Convenciones europea e interamericana de protección de los derechos humanos.

el reporte sobre la fragmentación del Derecho internacional,⁵⁸⁵ este artículo expresa el objetivo de “integración sistémica” de las normas internacionales. De acuerdo a dicho objetivo, independientemente de su finalidad o alcance específico, los Tratados son un producto del orden jurídico internacional y todo su funcionamiento jurídico es (pre)determinado por este hecho. La “integración sistémica” rige a todo el proceso de interpretación de los Tratados, como previsto en los artículos 31-32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Conforme con lo establecido en dichos artículos, la interpretación de los tratados debe basarse en determinados elementos que forman parte de su marco normativo (teniendo en cuenta en particular el texto, el contexto, el objeto y el fin de un tratado). El artículo 31-3 c) se refiere al caso en el que la interpretación debe tomar en consideración fuentes materiales externas al tratado que son relevantes para determinar su significado. Estas fuentes materiales externas pueden ser otros tratados, normas consuetudinarias o precisamente principios generales del Derecho. Como lo señala el reporte de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional, el artículo 31-3 c) establece dos presunciones, una negativa y la otra positiva, respecto a la interpretación de los Tratados de acuerdo a fuentes materiales externas (en particular de conformidad con los principios generales del Derecho).⁵⁸⁶

En primer lugar, se presume (positivamente) que las partes a un Tratado han de referirse a principios generales del Derecho (a normas consuetudinarias o a otros Tratados preexistentes) para todas las materias no expresamente reguladas por las disposiciones convencionales en cuestión. Como lo afirmó el Tribunal arbitral en el caso *Georges Pinson c. los Estados Unidos Mexicanos*, “debe presumirse que toda convención internacional se refiere a principios generales del Derecho internacional para todas las cuestiones que ella misma no resuelve explícitamente y diferentemente”.⁵⁸⁷ En el mismo sentido, McNair afirma

⁵⁸⁵ Reporte del grupo de trabajo de la CDI, *Fragmentation of International Law*, *op. cit.*, nota , pp. 8-10

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 9

⁵⁸⁷ *Georges Pinson c. Estados Unidos Mexicanos*, CPA, 1928, citado en Pauwelyn, Joost, *The Role of Public International Law in the WTO*, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 541

que los Tratados deben ser aplicados e interpretados en el marco (*against the background*) de los principios generales del Derecho.⁵⁸⁸

En segundo lugar, se presume (negativamente) que, al asumir sus obligaciones en virtud del Tratado, las partes no pretenden actuar en contra de los principios (generalmente reconocidos) del Derecho internacional. La interpretación de los Tratados de acuerdo a principios generales del Derecho (y a normas consuetudinarias y/o convencionales) cobra particular relevancia si las disposiciones del Tratados son poco claras o abiertas⁵⁸⁹, si los términos reconocidos en un Tratado tienen un significado particular en virtud de los principios generales del Derecho (o las normas consuetudinarias y/o convencionales) y si el Tratado presenta lagunas sobre un determinado problema jurídico.

Consecuentemente, incluso si los principios generales del Derecho no son expresamente previstos como “ley aplicable” en los Estatutos de los Tribunales internacionales o en las normas convencionales especializadas que éstos aplican, su “entrada” en la resolución de una controversia puede hacerse a través del artículo 31-3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los Tribunales internacionales podrán recurrir a los principios generales del Derecho para interpretar las normas (convencionales), aplicables a la materia litigiosa. De la misma manera, de acuerdo a la presunción positiva que se deriva del artículo 31-3 c), los principios generales del Derecho se aplicarían en el silencio o lagunas

⁵⁸⁸ McNair, A. D., *The Law of Treaties*, 1961, p. 466, citado en Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, nota 587, p. 541. En el mismo sentido según Hersch Lauterpacht, “es el Tratado como un todo que constituye Derecho. El Tratado como un todo trasciende cualquiera de sus disposiciones particulares e incluso la totalidad de sus disposiciones. Porque un tratado, una vez firmado y ratificado, es más que la mera expresión de la voluntad de sus partes. Es una parte del Derecho internacional y debe ser interpretado de acuerdo al fondo general de sus reglas y principios”. (Lauterpacht, Hersch, *Restrictive interpretation and the principle of effectiveness in the interpretation of treaties*, *British Yearbook of International Law*, vol. 48, 1949, p. 76, citado en Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, nota 587, p. 541). La CIJ, en *Fábrica de Chorzów*, estimó, respecto al principio de indemnización por violación de una obligación internacional, que “la indemnización es un complemento tan indispensable de la falla al aplicar una convención, que no es necesario que sea previsto en la convención misma”. En la opinión de la Corte, la obligación de remediar la violación de un compromiso internacional constituye “una concepción general del Derecho” (*a general conception of Law*). (CIJ, *Fábrica de Chorzów*, cit, párr. 29).

⁵⁸⁹ Tal es el caso, por ejemplo, cuando las disposiciones convencionales se refieren a un concepto que toma en cuenta subsecuentes desarrollos técnicos, económicos o jurídicos, o prevé nuevas obligaciones para las partes de acuerdo a un determinado factor de desarrollo progresivo. (Reporte del grupo de trabajo de la CDI, *Fragmentation of International Law*, *cit.*, nota 269, p. 10).

de un Tratado. Dicho en otros términos, cada vez que un Tratado no regula de manera expresa un determinado problema jurídico, los jueces internacionales podrían resolverlo de conformidad con los principios generales del Derecho. En este caso, los principios generales del Derecho podrían ser utilizados no como instrumento de interpretación sino como fuente de Derecho autónoma para la resolución de la controversia. Finalmente, en virtud de la presunción negativa que se deriva del artículo 31-3 c) aún si el Tratado regula una materia jurídica determinada, las obligaciones que establece deben ser conformes con los principios generales del Derecho (y las normas consuetudinarias y/o convencionales internacionales). Los Tribunales internacionales deben aplicar los principios generales del Derecho cuando la resolución particular de una controversia exige pronunciarse sobre esta conformidad.

En relación con lo anterior puedo concluir que el artículo 31-3 c) permite a los Tribunales internacionales recurrir a los principios generales del Derecho no sólo para interpretar una disposición convencional determinada, sino también, desde un punto de vista más general, resolver una controversia en virtud de fuentes de Derecho, externas al propio tratado. Para corroborar esta afirmación se puede citar un caso reciente⁵⁹⁰ en el que la CIJ aplicó extensivamente el artículo 31-3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En efecto en el caso *Plataformas petroleras*⁵⁹¹ la CIJ consideró que una disposición de un Tratado concluido entre Irán y Estados Unidos debía ser interpretada de acuerdo a

⁵⁹⁰ De la misma manera, en un caso más antiguo de 1971 (CIJ, *Case concerning the legal consequences for states of the continues presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, opinión consultativa, 21 de junio de 1971) la Corte afirmó que “(a)n international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation”.

⁵⁹¹ CIJ, *Case concerning Oil Platforms*, (Iran v. USA), 6 de noviembre de 2003. En dicho asunto Irán presentó una demanda contra los Estados Unidos por la destrucción de dos plataformas petroleras de la *National Iranian Oil Company* por barcos de guerra de los Estados Unidos durante su intervención militar en las guerras del Golfo en 1987 y 1988, respectivamente. Según el gobierno iraní dicho actuar constituía una violación de varias disposiciones de un Tratado de libre comercio y navegación concluido entre los Estados Unidos e Irán en 1955. La Corte consideró que para apreciar la conducta imputable a los Estados Unidos era necesario interpretar las disposiciones del Tratado a la luz del Derecho internacional del *jus ad bellum*, en particular refiriéndose a las normas consuetudinarias, aplicables en la materia y a lo previsto al respecto en la Carta de la ONU. Al término de un análisis exhaustivo e históricamente, la Corte concluyó que las acciones militares que condujeron a la destrucción de las plataformas petroleras iraníes por los barcos de guerra estadounidenses constituyen violaciones de varios principios generales del *jus ad bello*.

“toda norma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes.” El artículo 31-3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue utilizado por la Corte para introducir todo el concepto de *ius ad bellum*, como establecido en la costumbre y en los principios generales del Derecho. La Corte utilizó el artículo 31-3 c) para cambiar por completo su razonamiento jurídico en el caso particular. En efecto, la CIJ no examinó la conducta particular de los Estados Unidos de acuerdo a las disposiciones del Tratado⁵⁹² sino a la luz de los principios del *ius ad bellum* (que incluyen normas consuetudinarias y principios generales del Derecho).⁵⁹³

Como atinadamente lo afirma Rosalyn Higgins, el artículo 31-3 c) puede ser utilizado para promover la “integración sistémica” del orden jurídico internacional.⁵⁹⁴ En el mismo sentido, según Yuval Shany, la utilización de dicho artículo permite la construcción de “puentes” entre el Derecho específico (y especializado), aplicable ante los Tribunales internacionales y el marco normativo general del Derecho internacional. En particular, dicha disposición permite a los Tribunales internacionales cumplir con una función de “generadores de coherencia sistémica” (*systemic coherence-generating agents*).⁵⁹⁵ No cabe duda que dicho artículo fue propuesto por el grupo de trabajo de la CDI como un instrumento jurídico, susceptible de minimizar los efectos negativos de la “fragmentación” normativa del Derecho internacional.⁵⁹⁶ De la misma manera, según Pierre-Marie Dupuy, el artículo 31-3 c) expresa la no-autonomía (o no auto-suficiencia) de toda obligación internacional⁵⁹⁷ y su dependencia respecto a su contexto normativo general.⁵⁹⁸ Los principios generales del Derecho son un elemento de suma importancia de este contexto normativo general. Parafraseando a Dupuy, puedo

⁵⁹² Cabe señalar que la competencia de la Corte para resolver el asunto era basada precisamente sobre las disposiciones del Tratado.

⁵⁹³ Caso *Plataformas Petroleras*, *cit.*, párr. 41-42.

⁵⁹⁴ Higgins, Rosalyn, *A Babel of Judicial Voices*, *op. Cit.*, nota 37, p. 804

⁵⁹⁵ Shany, Yuval, *One Law to Rule Them All...*, *op. cit.*, nota 12, p. 22

⁵⁹⁶ Reporte del grupo de trabajo de la CDI, *Fragmentation of International Law...*, *op. Cit.*, nota 269, pp. 8-10

⁵⁹⁷ En la opinión de este autor, dicha regla permite a los intérpretes del Derecho internacional relacionar una norma determinada con todo el conjunto del “Derecho internacional general”. (Dupuy, Pierre-Marie, *L’unité...*, *op. Cit.*, nota 19, p. 456).

⁵⁹⁸ *Idem*

decir que el artículo 31-3 c) expresa la no-autonomía de toda norma internacional y su dependencia respecto a los principios generales del Derecho. Visto que todos los Tribunales interpretan los Tratados de acuerdo a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el artículo 31-3 c) constituye un importante incentivo (y a veces una obligación) para aplicar los principios generales del Derecho en la resolución de las controversias internacionales. El carácter común de dicha disposición para todos los Tribunales internacionales se convierte en un factor que armoniza sus distintas prácticas en la materia.

Finalmente, la práctica judicial concreta de los Tribunales internacionales demuestra que los principios generales del Derecho pueden ser considerados como “ley aplicable” para la resolución de las controversias internacionales. Todas las jurisdicciones internacionales recurren con frecuencia a los principios generales del Derecho para resolver los litigios que se les presentan. Los jueces internacionales utilizan dichos principios sin precisar la fuente de su competencia para aplicarlos. Así por ejemplo, la CIJ recurrió a los principios generales del Derecho en la resolución de numerosos asuntos.⁵⁹⁹ De la misma manera, en varios de los casos que le fueron presentados, el TIDM aplicó principios generales del Derecho. En el asunto *Grand Prince*, el TIDM aplicó el principio *compétence de la compétence*. En otros casos, el Tribunal se refirió al principio de agotamiento de los recursos internos⁶⁰⁰, y muy recientemente a los principios de *res iudicata* y *estoppel*.⁶⁰¹ La CPI también invocó la aplicación de los principios generales del Derecho en, al menos, tres de sus sentencias⁶⁰², en particular los relativos al

⁵⁹⁹ Así por ejemplo, en el caso *Delimitación territorial (Libia c. Chad*, CIJ, 3 de febrero de 1994), respecto a la interpretación de los tratados de buena fe. De la misma manera, en el asunto *North sea continental shelf (Alemania c. Dinamarca*, CIJ, 20 de febrero de 1969), la CIJ aplicó el principio de *estoppel*. Finalmente, en el caso *Gabcikovo-Nagymaros* (CIJ, Hungría c. Eslovaquia, 25 de septiembre de 1997), la Corte se refirió al principio de precaución.

⁶⁰⁰ En particular en los casos *Camouco* (Panamá c. Francia), TIDM, 7 de febrero de 2000; *Tommiraru* (Japón c. la Federación Rusa), TIDM, 6 de agosto de 2007

⁶⁰¹ TIDM, *Dispute Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary Between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, 14 march 2012

⁶⁰² Cabe señalar que el pequeño número de asuntos en los que la CPI aplicó principios generales del Derecho se explica, en parte, por la creación muy reciente de dicho órgano jurisdiccional. La CPI cuenta con apenas 9 años de funcionamiento desde su creación por el Estatuto de Roma en

derecho al reexamen de una decisión judicial⁶⁰³ y a los medios de prueba en los procesos penales.⁶⁰⁴ La aplicación sistemática de principios generales del Derecho también resulta de la práctica del mecanismo de solución de controversias de la OMC. Como lo ha afirmado su Órgano de apelación, los paneles de la OMC no podrían decidir los casos que se les someten “en un aislamiento clínico” del resto del Derecho internacional.⁶⁰⁵ Existen varios ejemplos de su jurisprudencia que demuestran la aplicación de principios generales del Derecho para propósitos interpretativos.⁶⁰⁶ La misma constatación es válida para las jurisdicciones penales internacionales. En muchas ocasiones el TPIY aplicó distintos principios generales del Derecho para resolver los litigios que le fueron presentados. Así por ejemplo, el Tribunal aplicó los principios de *res iudicata*⁶⁰⁷, *non bis in idem*⁶⁰⁸ o *nullum crimen nulla pena sine lege*⁶⁰⁹. En el mismo sentido, el TPIR, en algunas de sus sentencias, invocó la aplicación de los principios generales de *res iudicata*⁶¹⁰ y *iura novit curia*⁶¹¹. Los ejemplos de aplicación de principios generales también abundan en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales, competentes en materia de derechos humanos. En primer lugar, la CEDH recurrió a los principios generales del Derecho en numerosos casos de su jurisprudencia. Así por ejemplo, en varios asuntos⁶¹², la Corte aplicó el principio

2003. Además, el número total de los asuntos sometidos a la Corte en este corto periodo de tiempo no supera 15.

⁶⁰³ En los casos, *Situation in Uganda*, 28 de octubre de 2005 y *Situation in the Democratic Republic of Congo*, 31 de marzo de 2006.

⁶⁰⁴ En el caso *Situation in the Democratic Republic of Congo* y en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 8 de noviembre de 2006.

⁶⁰⁵ OMC, *United States-Standarts for reformulated and conventional gasoline*, 29 de abril de 1997

⁶⁰⁶ No obstante, la aplicación jurisprudencial de los principios generales del Derecho por parte de los paneles de la OMC no se limita a su función de interpretación. Así por ejemplo, en la resolución de la controversia relativa a la importación de camisas y blusas de India (*United States, Measure affecting the importation of woven wool shirts and blouses from India*, OMC, 6 de enero de 1997), el órgano de apelación aplicó un principio general del Derecho relativo al cargo de la prueba (*actori incumbit probatio*) para resolver el fondo de la controversia.

⁶⁰⁷ En el caso *Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 de noviembre de 1998

⁶⁰⁸ En el caso *Tadic*, 15 de julio de 1999

⁶⁰⁹ En el caso *Prosecutor v. Delalic, cit.*, nota 607 y en el caso *Tadic, cit.*, nota 608

⁶¹⁰ En el caso *Barayagwiza v. Prosecutor*, 31 de marzo de 2000

⁶¹¹ En el caso *Kambanda v. Prosecutor*, 19 de octubre de 2000

⁶¹² En particular, en los casos *Lawless c. Irlanda*, CEDH, 1º de julio de 1961, *Schmidt y Dahlstrom c. Suecia*, CEDH, 6 de febrero de 1976, *Borgers c. Bélgica*, CEDH, 30 de octubre de 1991, *Delcourt c. Bélgica*, CEDH, 17 de enero de 1970, *Lamy c. Bélgica*, CEDH, 30 de marzo de 1979, *Feldbrugge c. Holanda*, CEDH, 19 de mayo de 1986

de igualdad de las armas o principio contradictorio. En varios otros casos contenciosos, la Corte utilizó otros principios generales del Derecho, por ejemplo, el principio de *estoppel*.⁶¹³ En segundo lugar, la CIDH también aplicó varios principios generales del Derecho en su práctica jurisprudencial.⁶¹⁴

Además, al aplicar principios generales del Derecho, los Tribunales internacionales muchas veces se refieren a la práctica preexistente de otras jurisdicciones internacionales en la materia.

Así por ejemplo, la CPJI y la CIJ dedujeron la existencia de algunos principios generales del Derecho de su aplicación en las sentencias anteriores de los Tribunales arbitrales del siglo XIX. En particular, en el asunto *Fábrica de Chorzow*, la CPJI aplicó el principio según el cual *nullus commodum capere de sua iniuria propria*, estimando que “es un principio generalmente aceptado en la jurisprudencia arbitral internacional, y en la de las cortes nacionales (...)”⁶¹⁵

Se pueden citar varios otros ejemplos de Tribunales internacionales que se han referido a sentencias de otras jurisdicciones internacionales, al aplicar principios generales del Derecho. Así por ejemplo, en el asunto *Papamichalopoulos y otros c/ Grecia*⁶¹⁶ la CEDH se refirió al principio de reparación justa, establecido por la CPIJ en el asunto *Fábrica de Chorzow*⁶¹⁷. De la misma manera en la sentencia *Velázquez Rodríguez*⁶¹⁸, la CIDH citó la determinación del principio *iura novit curia* por parte de la CEDH en el asunto

⁶¹³ En particular, en los casos *Vagrancy* (de Wilde, Ooms and Versup c. Bélgica), CEDH, 18 de junio de 1971, *Artico c. Italia*, CEDH, 13 de mayo de 1980, *Foti y otros c. Italia*, CEDH, 10 de diciembre de 1982, *Bonisch c. Austria*, CEDH, 12 de febrero de 1985, *James y otros c. Reino Unido*, CEDH, 12 de julio de 1984.

⁶¹⁴ Así por ejemplo, la Corte aplicó el principio de agotamiento de los recursos internos en el caso *Castillo Páez* (en el mismo caso, el juez brasileño Cancado Trindade, en su voto razonado, sugirió la aplicación del principio de *estoppel*). De la misma manera, en su opinión consultativa número 14 (OC-14/94) del 9 de diciembre de 1994, la Corte se basó en el principio de buena fe de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. En el mismo sentido, en el caso *Velázquez Rodríguez* del 29 de julio de 1988, la CIDH aplicó el principio *iura novit curia*. Finalmente, en la sentencia del 21 de julio de 1989 en el mismo caso, la Corte aplicó el principio general de responsabilidad de los Estados por violación del Derecho internacional.

⁶¹⁵ “It is, moreover, a principles generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well by municipal courts that one party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation (...)”, CPJI, *Fábrica de Chorzow*, p. 31, citado en Raimondo, Fabián, *op. cit.*, nota 439, p. 31

⁶¹⁶ CEDH, *Papamichalopoulos y otros c/ Grecia*, 24 de junio de 1993

⁶¹⁷ CIJ, *Fábrica de Chorzow*, citado en Miller, Nathan, *op. Cit.*, nota 655, p. 503

⁶¹⁸ CIDH, *Velázquez Rodríguez*, 21 de julio de 1988

*Handsyde*⁶¹⁹. La CIDH también se refirió a la aplicación del principio *iura novit curia* por parte de la CEDH (caso *Handsyde*) en la sentencia *Godínez Cruz*.⁶²⁰ En estos dos asuntos la CIDH también citó la aplicación del principio *iura novit curia* por parte de la CPJI en el caso *Lotus*⁶²¹. Respecto a los principios generales del Derecho que gobiernan a los estándares de prueba, en la sentencia *Fairen Garbi y Solís Corrales*⁶²², la CIDH se refirió a lo establecido por la CIJ en los casos *Estrecho de Corfú*⁶²³ y *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*⁶²⁴. En el caso *Prosecutor v. Aleksovski*⁶²⁵, el TPIY se refirió a varias sentencias de la CEDH⁶²⁶ sobre la aplicación del principio contradictorio. En el caso *Prosecutor c. Brnadin y Talic*⁶²⁷, el TPIY citó las sentencias *Piersack c. Bélgica*⁶²⁸ y *Hauschildt c. Dinamarca*⁶²⁹ de la CEDH para aplicar el principio de independencia e imparcialidad de los jueces (*nemo iudex in causa sua*). En el asunto *Prosecutor v. Kordic y Cerkez*⁶³⁰, el TPIY se refirió al caso *Interpretación de los tratados de paz* (segunda fase) de la CIJ para aplicar el principio de interpretación efectiva de los tratados. En el asunto *Prosecutor v. Kupresic*, el TPIY⁶³¹ se basó en lo establecido en los asuntos *Ahmed c. Austria*⁶³², *Altun c. Alemania*⁶³³, *Venditelli c. Italia*⁶³⁴ y *Aksoy c. Turquía*⁶³⁵ para aplicar el principio *lex specialis generalibus derogant*. El panel de la OMC, en el asunto *United States, anti-dumping measures on certain hot-rolled steel products from Japan*⁶³⁶, citó el asunto *Lighthouse*⁶³⁷ de la CPJI

⁶¹⁹ CEDH, *Handsyde*, 7 de diciembre de 1978

⁶²⁰ CIDH, *Godínez Cruz*, 20 de enero de 1989

⁶²¹ cit.

⁶²² CIDH, *Fairen Garbi y Solís Corrales*, 15 de marzo de 1989

⁶²³ cit.

⁶²⁴ cit.

⁶²⁵ TPIY, *Prosecutor v. Aleksovski*, 16 de febrero de 1999

⁶²⁶ *Ekbatani c. Suecia* (CEDH, 26 de mayo de 1988), *Barber c. España* (CEDH, 17 de mayo de 1990), *Brandsetter v. Austria* (CEDH, 28 de agosto de 1991), *Beheer B.V. c. Holanda* (CEDH, 27 de octubre de 1993)

⁶²⁷ TPIY, *Prosecutor c. Brnadin y Talic*, 10 de diciembre de 2001

⁶²⁸ CEDH, *Piersack c. Bélgica*, 1º de octubre de 1982

⁶²⁹ CEDH, *Hauschildt c. Dinamarca*, 24 de mayo de 1989

⁶³⁰ TPIY, *Prosecutor v. Kordic y Cerkez*, 18 de septiembre de 2000

⁶³¹ cit.

⁶³² CEDH, *Ahmed c. Austria*, 17 de diciembre de 1996

⁶³³ CEDH, *Altun c. Alemania*, 3 de mayo de 1983

⁶³⁴ CEDH, *Venditelli c. Italia*, 18 de julio de 1994

⁶³⁵ CEDH, *Aksoy c. Turquía*, 18 de diciembre de 1996

⁶³⁶ OMC, *United States- anti-dumping measures on certain hot-rolled steel products from Japan*, 23 de agosto de 2001

sobre la aplicación del principio de buena fe. En el mismo sentido, en el asunto *United States- Antidumping Act of 1916*⁶³⁸, el panel de la OMC se refirió a varios asuntos de la CPJI y de la CIJ⁶³⁹ sobre la aplicación del principio *compétence de la compétence* (*kompetenz-kompetenz*). En el asunto *United States- Standart for reformulated and conventional gasoline*⁶⁴⁰, el panel de la OMC citó el asunto de *delimitación territorial entre Libia y Chad*⁶⁴¹ de la CIJ respecto a la interpretación de los tratados de buena fe. En el caso *Hormonas*⁶⁴², el panel de la OMC se refirió al caso *Gabcikovo-Nagymaros*⁶⁴³ para determinar la existencia del principio de cautela. En el asunto *Canada- Term of Patent Protection*⁶⁴⁴ el panel de la OMC citó a varios asuntos de la CIJ⁶⁴⁵ para aplicar el principio de interpretación efectiva de los tratados. En el asunto *United States- Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*⁶⁴⁶, el panel de la OMC se refirió a los asuntos *Estrecho de Corfu*⁶⁴⁷ y *delimitación territorial entre Libia y Chad*⁶⁴⁸ de la CIJ para aplicar el principio de interpretación efectiva de los tratados. En el caso *EC- Measures Affecting asbestos and asbestos containing products*⁶⁴⁹, el panel de la OMC citó el asunto *North sea continental shelf*⁶⁵⁰ de la CIJ para considerar la aplicación del principio de *estoppel*. El TIDM, en el asunto del *Grand Prince*⁶⁵¹ aplicó el principio *compétence de la compétence* refiriéndose a la sentencia de la CIJ en el caso

⁶³⁷ CPJI, *Lighthouse*, Francia c. Grecia, 17 de marzo de 1934

⁶³⁸ OMC, *United States- Antidumping Act of 1916*, 31 de marzo de 2000, DS136

⁶³⁹ CPJI, *Administration of the Prince von Pless*, 4 de febrero de 1933; Opinión individual del presidente sir McNair en el caso *Anglo-iranian Co.* (CIJ, Reino Unido c. Irán, objeciones preliminares, 22 de julio de 1952); Opinión separada del juez H. Lauterpacht in el caso *Certain norwegian loans* (CIJ, 6 de julio de 1957)

⁶⁴⁰ OMC, *United States- Standart for reformulated and conventional gasoline*, 29 de enero de 1996

⁶⁴¹ CIJ, *Delimitación territorial*, Libia c. Chad, 3 de febrero de 1994

⁶⁴² OMC, *EC-Measures concerning meat and meat products*, 18 de agosto de 1997

⁶⁴³ CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros*, Hungría c. Eslovaquia, 25 de septiembre de 1997

⁶⁴⁴ OMC, *Canada- Term of Patent Protection*, 18 de septiembre de 2000

⁶⁴⁵ CIJ, *Estrecho de Corfu* (cit., nota), *Delimitación territorial*, Libia c. Chad (cit., nota), *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (15 de febrero de 1995)

⁶⁴⁶ OMC, *United States- Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, 6 de agosto de 2001

⁶⁴⁷ cit.

⁶⁴⁸ CIJ, Libia c. Chad, cit., nota 641

⁶⁴⁹ OMC, *EC- Measures Affecting asbestos and asbestos containing products*, 18 de septiembre de 2000

⁶⁵⁰ CIJ, *North sea continental shelf*, Alemania c. Dinamarca, 20 de febrero de 1969

⁶⁵¹ TIDM, *Grand Prince*, Belize c. Francia, 20 de abril de 2001

Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Counsel.⁶⁵² Finalmente, el TPIR, en el caso *Jean Bosco Barayagwiza v. Prosecutor*⁶⁵³ se basó en lo establecido en el caso *Estrecho de Corfu*⁶⁵⁴ de la CPJI para aplicar el principio de “interpretación efectiva” como un principio general del Derecho.⁶⁵⁵

Los principios generales del Derecho constituyen así una fuente de Derecho, susceptible de ser aplicada en casi todos los casos y ante todos los Tribunales internacionales. Como ley aplicable ante todos los Tribunales internacionales, los principios generales del Derecho son sin duda susceptibles de considerarse como principios comunes a los Tribunales internacionales.

En mi opinión, la disponibilidad de esta ley (general) común, aplicable ante todos los jueces internacionales no depende de las disposiciones convencionales fijas (previstas en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales o en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) que autorizan al juez a recurrir a dicha fuente. Su utilización como “ley aplicable” depende de su relevancia para la resolución de un caso concreto. La apreciación de esta relevancia está por completo en manos del juez.

En la resolución de un caso concreto, el juez puede recurrir a distintas categorías de principios generales del Derecho.

7. La clasificación de los principios generales del Derecho

Aunque sea difícil lograr una clasificación estricta de los principios generales del Derecho, según yo, éstos son susceptibles de agruparse en cinco distintas categorías. Esta clasificación se establece en relación directa con las funciones que desempeñan los principios generales del Derecho respecto a las

⁶⁵² CIJ, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Counsel*, India c. Pakistán, 30 de agosto de 1971

⁶⁵³ TPIR, *Jean Bosco Barayagwiza v. Prosecutor*, 3 de noviembre de 1999

⁶⁵⁴ cit.

⁶⁵⁵ Todos citados en Miller, Nathan, An international jurisprudence? The Operation of “Precedent” across International Tribunals, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p. 484 (en tablas, pp. 500-526)

demás normas internacionales. El contenido normativo dinámico (y a la vez incierto) de algunos principios les permite formar parte de más de una categoría.

En primer lugar, los principios generales del Derecho suelen ser principios fundamentales o estructurales del sistema jurídico internacional.⁶⁵⁶ Principios como la *bona fides* constituyen las bases de todo el “edificio” normativo del Derecho internacional. Así por ejemplo en el asunto *Pruebas Nucleares*, la CIJ afirmó que el principio de buena fe constituye “un principio básico que gobierna la creación y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente (...)”.⁶⁵⁷ Por lo tanto, el principio de buena fe es un fundamento jurídico para todo el sistema de derechos-obligaciones que establece el sistema jurídico internacional. Los principios fundamentales constituyen así la base (pre)requerida sobre la que se construyen las demás normas jurídicas internacionales.

En segundo lugar, los principios generales del Derecho pueden ser principios rectores para la adopción de normas internacionales.⁶⁵⁸ Dichos principios son principalmente utilizados como una guía que indica a los creadores de normas internacionales la dirección que estas últimas deben tomar. Así por ejemplo, en Derecho internacional público la producción normativa debe respetar el principio de buena fe, de proporcionalidad, de reciprocidad etc. Muchos de estos principios han adquirido una importancia mayor en la práctica estatal y constituyen principios generales del Derecho internacional.⁶⁵⁹

En tercer lugar, muchos de los principios generales del Derecho pueden ser considerados como un “marco jurídico general” (“*general legal background*”) de las demás normas internacionales, visto que estos principios permiten llenar las lagunas de dichas normas y orientan su correcta adopción, interpretación y aplicación. Esta tercera categoría de principios generales del Derecho puede dividirse en dos sub-categorías: los principios procesales que regulan las distintas

⁶⁵⁶ Voigt, Cristina, The importance of general principles in international law and their relation to treaty law, *Retfaerd Argang*, vol. 31, 2008, p. 12

⁶⁵⁷ CIJ, *Pruebas Nucleares*, cit., párr. 253

⁶⁵⁸ Voigt, Cristina, *op. Cit.*, nota 656, p. 13

⁶⁵⁹ Así por ejemplo, el principio de auto-determinación de los pueblos posee un carácter consuetudinario en el Derecho internacional de los derechos humanos y, además, es incorporado en el artículo 1 del Pacto internacional sobre derechos económicos, políticos y culturales y en el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos.

fases del arreglo judicial de los litigios internacionales; y los principios sustanciales a través de los cuales se resuelve el fondo de dichos litigios.⁶⁶⁰ Estos principios permiten a los Tribunales internacionales interpretar, reforzar el significado o llenar las lagunas de las normas sustanciales de naturaleza convencional o consuetudinaria que se aplican en la materia. Como ejemplo de principios procesales podemos citar los principios de: independencia e imparcialidad de los jueces (*nemo iudex in causa sua*), autoridad de la cosa juzgada (*res iudicata*), prohibición de juzgar dos veces la misma causa (*non bis in idem*), el juez conoce el derecho (*iura novit curia*), el derecho de audiencia o el derecho de obtener la pronunciación de medidas cautelares. También podemos referir varios ejemplos de principios sustanciales utilizados por los Tribunales internacionales para resolver el fondo de las controversias internacionales. Así, en muchos casos de su jurisprudencia, los Tribunales internacionales recurren a los principios de buena fe, de *reparatio in integrum*, de proporcionalidad etc.

En cuarto lugar, los principios generales del Derecho también pueden consistir en principios que permiten la resolución de los conflictos que surjan entre las distintas normas internacionales.⁶⁶¹ En esta categoría se inscriben principios como *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi anteriori* o *lex superior derogat legi inferiori*.

Finalmente, los principios generales del Derecho constituyen principios interpretativos que los Tribunales internacionales utilizan para aclarar el significado de las normas internacionales o para escoger su interpretación más idónea entre las varias posibles.⁶⁶² Muchos de estos principios se han convertido en normas internacionales consuetudinarias y forman parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este es el caso, por ejemplo, del principio de interpretación efectiva de los Tratados o del principio de interpretación sistémica, expresado en el artículo 31-3) de dicha Convención.

De acuerdo con esta propuesta de clasificación de los principios generales del Derecho, puedo concluir que dichos principios se desarrollan en tres áreas

⁶⁶⁰ *Idem*; ver en el mismo sentido Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p.

⁶⁶¹ Voigt, Cristina, *op. Cit.*, nota 656, p. 22

⁶⁶² *Ibidem*, p. 20

principales. Los Tribunales internacionales aplican principios generales del Derecho para regular las distintas fases de sus procedimientos contenciosos (principios procesales), para interpretar las normas internacionales aplicables a cada caso concreto (principios interpretativos) y para resolver el fondo de las controversias (principios sustanciales).

En este trabajo me propongo examinar seis principios generales del Derecho, pertenecientes a la primera y a la tercera de estas tres categorías, con el objetivo de analizar su aplicación e interpretación convergente en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.

CAPÍTULO 3. LA APLICACIÓN CONCORDANTE DE PRINCIPIOS COMUNES POR PARTE DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

“El desarrollo continuo del Derecho en una sociedad cada vez más compleja, de valores múltiples y concurrentes, exige la existencia de jueces, encargados (...) de identificar valores y principios comunes a todos.”

Emmanuelle Jouannet⁶⁶³

1. Las convergencias en la aplicación de principios procesales, comunes a los Tribunales internacionales

“So long as the great fundamental principles of procedure are kept in view (...) - principles which are found in the municipal law of every civilized country- it really makes little difference what particular methods of procedure are adopted”.

William Cullen Dennis⁶⁶⁴

⁶⁶³ Jouannet, Emmanuelle, Actualité des questions d'indépendance et impartialité des juridictions internationales: la consolidation d'un tiers pouvoir international?, in Ruiz-Fabri, Hélène et Jean-Marc Sorel *Indépendance et impartialité des juridictions internationales*, ed. Pédone, 2003, p. 273.

⁶⁶⁴ Citado en Mani, V.S., *International Adjudication: Procedural Aspects*, ed. Martinus Nijhoff, 1980, p. 21

Los principios generales del Derecho desempeñan una función de particular importancia en la organización de los procedimientos contenciosos, tanto en el ámbito interno, como en el internacional. La conducta del proceso judicial, interno o internacional, se basa en una serie de principios cardinales, comunes a los órdenes jurídicos de las “naciones civilizadas”. Dichos principios se consideran a menudo como “estándares procesales mínimos”, “principios del proceso judicial”, “normas procesales fundamentales” o “principios de justicia procesal” (*principles of procedural justice*).⁶⁶⁵ Estos principios son inherentes a las nociones de justicia, Derecho y equidad que deben guiar la resolución de los litigios internacionales. La aplicación, por parte de los Tribunales internacionales, de principios procesales, establecidos objetivamente, constituye una característica definitoria de este modo de arreglo de las controversias.⁶⁶⁶ Además, estos “principios de justicia procesal” garantizan, correlativamente, una serie de derechos procesales fundamentales, reconocidos a las partes de un procedimiento judicial internacional.⁶⁶⁷

No existe un acuerdo sobre las fuentes de estos principios y no se ha establecido su catálogo exacto. No obstante, por su naturaleza misma, los principios generales del Derecho, aplicables al proceso internacional, son principios comunes a los órdenes jurídicos internos de los Estados. Debido a su fundamental importancia para la buena impartición de la justicia, dichos principios fueron traspuestos en el ámbito del Derecho internacional. En la mayoría de los casos se trata de principios originados en el Derecho romano y dotados de una “sabiduría jurídica” de más de veinte siglos de antigüedad. No existe un Tratado internacional que codifique estos “principios generales del proceso internacional”. Por lo tanto, su principal ámbito de desarrollo se encuentra en la jurisprudencia de

⁶⁶⁵ Gaffney, John P., Due process in the World Trade Organization, the Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System, *American University International Law Review*, vol. 14, 1999, p. 1179

⁶⁶⁶ En efecto, el arreglo judicial de las controversias internacionales se basa en un Derecho procesal, objetivo y común para todos los justiciables. En otros mecanismos de solución de las controversias internacionales, como por ejemplo en el arbitraje, el Derecho procesal que el Tribunal *ad hoc* aplica es completamente establecido por las partes a la controversia.

⁶⁶⁷ Así por ejemplo, las partes tienen derecho a que su causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial, que delibere en secreto, que motive sus sentencias, que evite la corrupción y el fraude etc.

los Tribunales internacionales. Desde mi punto de vista, la aplicación jurisprudencial convergente de “los principios de justicia procesal” los convierte en principios comunes a los Tribunales internacionales.

Para los propósitos limitados de la presente investigación examinaré cuatro principios generales del proceso judicial internacional⁶⁶⁸: el principio *compétence de la compétence* (A), el principio *nemo iudex in causa sua* (B), el principio *iura novit curia* (C) y el principio de *res iudicata* (D).

A. El principio *compétence de la compétence*

a) La *compétence de la compétence* como parte de los poderes inherentes de los Tribunales internacionales

Todo juez (interno o internacional) ejerce una serie de “poderes” en las distintas etapas del proceso judicial. Dichos poderes pueden ser explícitos, implícitos o inherentes. Por lo general, cada proceso (interno o internacional) consta de cuatro fases principales: la determinación de la competencia, la decisión sobre la admisibilidad de un caso (es decir la decisión de ejercer o no la competencia previamente establecida)⁶⁶⁹, la interpretación y la aplicación del Derecho procesal necesario para la resolución del fondo del litigio, la

⁶⁶⁸ Podríamos citar otros principios generales del Derecho de naturaleza procesal, comunes a todos los Tribunales internacionales. Así por ejemplo, todos los Tribunales internacionales aplican el principio *auditor et altera pars* que postula la igualdad de las partes en la conducta del proceso judicial; el principio según el cual las jurisdicciones internacionales son competentes para pronunciar medidas cautelares (para un estudio sobre este último principio ver: Brown, Chester, *op. Cit.*, pp. 119-151, y Le Floch, Guillaume, *L'urgence devant les juridictions internationales*, ed. Pédone, Paris, 2008, 571 p.) y principios generales, relativos a la prueba, como, por ejemplo, el principio *actori incumbit probatio* (para un estudio sobre los principios probatorios, comunes al proceso internacional ver Brown, Chester, *op.cit.*)

⁶⁶⁹ Estas dos últimas fases suelen confundirse. Por lo tanto, es necesario mencionar que el establecimiento de la competencia necesariamente precede la decisión sobre la admisibilidad de un caso particular. Una jurisdicción es competente si el litigio entra en su ámbito (o esfera) de competencia (*ratione materiae, ratione materiae, ratione temporis y ratione loci*). Asimismo, la competencia se refiere a la aptitud o capacidad de un Tribunal de pronunciarse sobre un litigio determinado. Por su parte, la admisibilidad de un asunto se basa en la aptitud del Tribunal de ejercer su función judicial en un litigio que entra en su esfera de competencia (por el cual el Tribunal es competente). El establecimiento (previo) de la competencia es una condición *sine qua non* para la determinación (posterior) de la admisibilidad.

interpretación y la aplicación del Derecho sustancial para el arreglo definitivo de la controversia.⁶⁷⁰

Los poderes explícitos constituyen prerrogativas expresamente previstas en los Estatutos Constitutivos de las jurisdicciones internacionales o en cualquier otro tipo de reglamentos de naturaleza procesal. Por su parte, los poderes implícitos de los Tribunales internacionales no son establecidos en dichos instrumentos, pero se revelan necesarios para el buen cumplimiento de los poderes explícitos. Dicho en otros términos, el ejercicio de los poderes explícitos puede exigir el recurso, por parte del Tribunal, a poderes implícitos adicionales. En este sentido, el objetivo principal de los poderes implícitos consiste en permitir y/o promover la pronta resolución de un caso contencioso.⁶⁷¹ Dichos poderes se refieren, por ejemplo, a la competencia de un Tribunal para pronunciar medidas cautelares, admitir las participaciones de terceras partes a las audiencias o autorizar la apelación o la revisión de las sentencias.

El establecimiento de un poder implícito resulta del ejercicio de los poderes inherentes de una jurisdicción internacional. Los poderes inherentes son los que el juez posee en virtud de su propio estatus de juez. Se trata de poderes funcionales, necesarios al ejercicio mismo de la función judicial en un determinado sistema de resolución de controversias. Dichos poderes no son expresamente previstos en el Estatuto o en las demás reglas de funcionamiento de un Tribunal. Su justificación se encuentra en la necesidad de cumplir con los objetivos inherentes a la función judicial (interna o internacional). Se presume que, al decidir crear un Tribunal internacional, los Estados consienten, *ipso iure*, al ejercicio de poderes inherentes por parte de este último. Esta presunción puede ser refutada únicamente a través de la adopción de una cláusula convencional *a contrario*.

Como lo afirmó la CIJ en el caso *Pruebas Nucleares*⁶⁷², un poder inherente permite a la Corte, por un lado, asegurarse de que el ejercicio de su competencia en el fondo, una vez establecido, no sea frustrado, y por el otro, promover el

⁶⁷⁰ Van Damme, Isabelle, *Inherent Powers of and for the WTO Appellate Body*, Working Paper Centre for Trade and Economic Integration, Graduate Institute, Geneva, p. 9.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 10

⁶⁷² CIJ, *Caso relativo a los ensayos nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, 20 de diciembre de 1974

arreglo eficaz de todos los aspectos de la controversia. En la opinión de la Corte, los poderes inherentes se derivan de su existencia misma como órgano judicial y tienen por objetivo el buen desempeño de su función judicial básica.⁶⁷³ En el mismo sentido, en su opinión separada en el caso *Camerún del Norte (Northern Cameroon)*, el juez Fitzmaurice señaló que los poderes inherentes son poderes cuyo ejercicio necesariamente condiciona el funcionamiento mismo de todo órgano judicial.⁶⁷⁴ Posteriormente, la juez Rosalyn Higgins, en su opinión separada en el caso *Licitud del uso de la fuerza* afirmó que la competencia inherente de la CIJ se deriva de su naturaleza judicial y de la necesidad de asegurar la buena impartición de la justicia.⁶⁷⁵

Los Tribunales internacionales pueden recurrir a sus poderes inherentes por su propia iniciativa, sin tomar en consideración los argumentos que las partes (o los demás intervinientes en la instancia) presenten al respecto.⁶⁷⁶

Uno de los principales poderes inherentes de toda jurisdicción internacional consiste en determinar *proprio motu* su competencia para resolver el fondo de una controversia. Un Tribunal (interno o internacional) es autorizado a pronunciarse, por su propia iniciativa, sobre su competencia para examinar los casos que le son sometidos. Dicho en otros términos, una jurisdicción se auto-proclama competente, al determinar, por sí misma, si las condiciones necesarias para el establecimiento de su competencia son satisfechas. La posibilidad para una jurisdicción de determinar su propia competencia se basa en un principio general del Derecho, común a los sistemas jurídicos de todos los pueblos (civilizados). El principio *compétence de la compétence* (en francés) o *kompetenz-kompetenz* (en alemán) es inherente a las nociones de Derecho, justicia y equidad que deben imperar en la resolución judicial de las controversias.

⁶⁷³ Caso *Pruebas Nucleares*, cit., p. 259-260, citado en Van Damme, Isabelle, *op. Cit.*, nota 668, p. 12

⁶⁷⁴ CIJ, *Northern Cameroons*, Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, p. 103, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/48/5221.pdf>

⁶⁷⁵ CIJ, *Legality of use of force (Serbia and Montenegro vs. Canada)*, Separate Opinion of Judge Rosalyn Higgins, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/105/8446.pdf>

⁶⁷⁶ Para un estudio exhaustivo de la noción de poderes inherentes, como parte de un Derecho procesal, común a los Tribunales internacionales, ver Brown, Chester *A Common Law of International Adjudication*, ed. Oxford University Press, 2009, pp. 35-81

El principio *compétence de la compétence* se basa en la teoría del Estado. En efecto, una de las teorías centrales de la ciencia y filosofía política postula que el Estado, como ente soberano, es dotado de la competencia de su competencia. Según dicha teoría, el Estado determina sus propias esferas de competencia y la extensión de las mismas. Dicho en otros términos, no existe un ente que se sitúe por encima del Estado y que pueda decidir sobre su competencia para intervenir en los asuntos de la vida política. El Estado es un ente soberano y autosuficiente, porque es libre de pronunciarse, por su propia iniciativa, sobre su propia competencia.

En el estricto ámbito de la resolución judicial de las controversias, el principio *compétence de la compétence* permite evitar la paradoja de una sentencia de incompetencia. Si un Tribunal que se declara incompetente, es, en realidad, competente, la validez de la sentencia sería afectada por el error en la apreciación de la competencia. Si, en cambio, la jurisdicción se declara incompetente porque en realidad lo es, entonces, la sentencia que determine dicha incompetencia no sería válida porque sería pronunciada por una jurisdicción incompetente. Por lo tanto, un Tribunal, interno o internacional, no podría, en ningún caso declararse incompetente.

El principio *compétence de la compétence* constituye así una base necesaria para el ejercicio de la función judicial. Como parte de los poderes inherentes de una jurisdicción, dicho principio se revela necesario a la buena impartición de la justicia. Si un Tribunal no se podría pronunciar competente, por su propia iniciativa, se correría el riesgo de paralizar el arreglo judicial de las controversias. El principio *compétence de la compétence* permite a un Tribunal, interno o internacional, llevar a buen cabo la primera fase de la resolución de los litigios y garantiza a las partes una decisión imparcial y objetiva sobre la cuestión primordial de la competencia.

Como lo afirmó Sir Hersch Lauterpacht en su opinión disidente sobre el caso *Interhandel*⁶⁷⁷, una Corte no puede dejar a la libre apreciación de las partes

⁶⁷⁷ Dissenting Opinion of Judge Sir H. Lauterpacht in the *Interhandel Case (Preliminary Objections)*, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2315.pdf>

una cuestión tan crucial como la de su competencia para resolver el fondo de la controversia. El principio *compétence de la compétence* constituye uno de los principios más firmemente establecidos en la práctica arbitral y judicial internacional. En virtud de este principio es el Tribunal internacional, y no las partes en un litigio, quien puede determinar si el asunto en cuestión entra en el ámbito de competencia, cubierto por su Estatuto constitutivo.⁶⁷⁸

En el mismo sentido, en su opinión separada sobre el caso *Certain Norwegian Loans*⁶⁷⁹, el juez Lauterpacht afirmó que el principio *compétence de la compétence* confiere a un Tribunal internacional, el derecho, pero también el deber, de decidir sobre su propia competencia. Dicho derecho no puede ejercerse por las partes en el litigio y es reservado exclusivamente al órgano judicial internacional.⁶⁸⁰

Como lo mencioné anteriormente, el principio *compétence de la compétence* constituye un principio general del Derecho, aplicado *in foro domestico* de todos los Estados y traspuesto en el ámbito del Derecho internacional. Asimismo, el principio *compétence de la compétence* es consagrado en los Estatutos constitutivos de la mayoría de los Tribunales internacionales. Además, dicho principio es interpretado y aplicado de manera concordante por parte de las jurisdicciones internacionales examinadas.

En mi opinión, la cristalización convencional del principio *compétence de la compétence* y su aplicación jurisprudencial convergente demuestran el carácter común de dicho principio para todos los Tribunales internacionales y para todas las esferas de impartición de la justicia internacional.

⁶⁷⁸ En términos de Lauterpacht: “*It is not within its power to abandon, in deference to a reservation made by a party, a function which by virtue of an express provision of the Statute is an essential safeguard of its compulsory jurisdiction. This is so in particular in view of the fact that the principle enshrined in Article 36 (6) of the Statute is declaratory of one of the most firmly established principles of international arbitral and judicial practice. That principle is that, in the matter of its jurisdiction, an inter-national tribunal, and not the interested party, has the power of decision whether the dispute before it is covered by the instrument creating its jurisdiction.*” (Opinión disidente de Sir H. Lauterpacht, *op. cit.*, nota , p. 104)

⁶⁷⁹ Separate Opinion of Judge Sir H. Lauterpacht in *Case of Certain Norwegian Loans*, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/29/4781.pdf>

⁶⁸⁰ En términos de Lauterpacht: “*(...) La raison en est qu'il est, à mon avis, juridiquement impossible pour la Cour d'agir à l'encontre du Statut qui lui impose le devoir et lui confère le droit de décider de sa compétence. Ce droit ne saurait être exercé par une partie au litige. (...)*” (Separate Opinion of Judge Sir H. Lauterpacht, *op. cit.*, nota 679, p. 43).

b) La cristalización del principio *compétence de la compétence* en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales

El principio *compétence de la compétence* es reconocido en la mayoría de los Estatutos constitutivos de los Tribunales internacionales.

Así por ejemplo, dicho principio es expresado en el artículo 36-6 del Estatuto de la CIJ⁶⁸¹, en el artículo 288-4 de la Convención de las NU sobre el Derecho del mar⁶⁸² y en el artículo 58 del Reglamento del TIDM.⁶⁸³

En el mismo sentido, el principio *compétence de la compétence* es contenido en el artículo 32-2 de la Convención europea de derechos humanos.⁶⁸⁴

Finalmente, la Convención de Roma también incluye una disposición expresa respecto a la *compétence de la compétence* de la CPI. En efecto, en virtud del artículo 19 de dicha Convención, la Corte tiene el poder y la obligación de cerciorarse de su competencia en todos los casos que le son sometidos.⁶⁸⁵

Cabe señalar que los Estatutos de la CIDH, del TPIY y del TPIR no consagran expresamente el principio *compétence de la compétence*. No obstante, su aplicación en dichos esquemas de impartición de la justicia resulta claramente de la jurisprudencia de estas tres jurisdicciones internacionales.

c) La aplicación concordante del principio *compétence de la compétence* en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales

⁶⁸¹ En virtud de dicha disposición: “En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá.”

⁶⁸² Este artículo establece que: “En caso de controversia en cuanto a la competencia de una corte o tribunal, la cuestión será dirimida por esa corte o tribunal.”

⁶⁸³ Dicho artículo retoma casi literalmente lo establecido en el artículo 288-4 de la Convención de Montego Bay. Según lo dispuesto en el artículo 58: “*In the event of a dispute as to whether the Tribunal has jurisdiction, the matter shall be decided by the Tribunal.*”

⁶⁸⁴ En virtud de esta disposición: “2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma.”

⁶⁸⁵ Según dicho artículo: “1. La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17.”

El principio *compétence de la compétence* es interpretado y aplicado de manera convergente por parte de las jurisdicciones internacionales.

La importancia de dicho principio fue enfatizada desde el inicio del desarrollo de los métodos judiciales de resolución de las controversias en el Derecho internacional. En efecto, dicho principio fue aplicado en el famoso caso *Betsey* que resolvió la primera Comisión arbitral, establecida según las reglas del *Tratado Jay* en 1797.⁶⁸⁶ En particular, en dicho caso se trataba de saber si la Comisión arbitral era competente para determinar el alcance de su propia competencia. En este sentido, uno de los Comisarios señaló que: “el poder de decidir si una petición particular entra en la competencia de este órgano, me parece inherente a su propia constitución e indispensablemente necesario para el cumplimiento de cualquiera de sus deberes (...).”⁶⁸⁷ El principio *compétence de la compétence* fue aplicado en términos similares por otros Tribunales arbitrales de los principios del siglo XX. Así por ejemplo, en el caso *Dreyffus Frères et Cie et al.* de 1900⁶⁸⁸, el Tribunal arbitral consideró que la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en admitir que los Tribunales internacionales determinan por sí mismos su propia competencia.⁶⁸⁹ Dicho principio fue aplicado en forma idéntica en varios casos arbitrales posteriores.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ Como fue señalado anteriormente, el Tratado de Jay preveía la creación de Comisiones arbitrales mixtas para resolver los litigios surgidos entre Gran Bretaña y Estados Unidos como resultado de la guerra de Independencia que tuvo lugar en este último país. La controversia en el caso *Betsey* de 1797 se originaba en una sentencia de una Corte inglesa. En particular, se contestaba el carácter definitivo de dicha sentencia y la competencia de la Comisión arbitral internacional para pronunciarse sobre un caso ya resuelto por un Tribunal inglés interno. (caso *Betsey*, citado en Cheng, Bing, *op. Cit.*, nota 379, p. 275)

⁶⁸⁷ En la versión inglesa de la sentencia: “A power to decide whether a claim preferred to this board is within its jurisdiction appears to me inherent in its very constitution, and indispensably necessary to the discharge of any of its duties (...)” (*Betsey Case*, p. 183, citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 276)

⁶⁸⁸ *Dreyffus Frères et Cie et al.*, Francia c. Chile, 1900, citado en Amerasinghe, Chittharanjan, *Jurisdiction of International Tribunals*, ed. Kluwer Law International, p. 123

⁶⁸⁹ En términos del Tribunal: “la doctrine et la jurisprudence son unánimes pour admettre que les Tribunaux internationaux apprécient eux-mêmes leur compétence.” (caso *Dreyffus Frères*, *cit.*, nota, p. 99, citado en Amerasinghe, Chittharanjan, *op. Cit.*, nota 685, p. 123).

⁶⁹⁰ Así por ejemplo, en el caso *Walfish Bay Boundary* de 1911, el Tribunal arbitral consideró que, de acuerdo a una doctrina constante en el Derecho internacional público, el árbitro tiene el poder de determinar su propia competencia. (caso *Walfish Bay Boundary*, p. 302, citado en Amerasinghe, Chittharanjan, *op. Cit.*, nota 685, p. 123). En el mismo sentido, dicho principio fue aplicado en los casos *Rio Grande Irrigation and Land Co* (1923) y *Société Radio-Orient* (1940). Finalmente, el principio *compétence de la compétence* también fue aplicado en los siguientes casos resueltos por

De la misma manera, la CPJI aplicó el principio *compétence de la compétence* en el caso relativo a la *Administración del Príncipe Von Pless*.⁶⁹¹ En dicho asunto, la Corte se estimó competente para invocar *proprio motu* una cuestión relativa a su competencia para resolver la controversia que le fue sometida. Además, la CPJI mencionó dicho principio en el caso *Fábrica de Chorzow*.⁶⁹² En este asunto la Corte señaló que, en el caso de objeciones respecto a su competencia, la Corte se pronunciará automáticamente (*ex officio*) sobre las mismas.⁶⁹³

Por su parte, el TIDM aplicó el principio *compétence de la compétence* en el asunto *Grand Price*.⁶⁹⁴ En dicho caso se trataba de un barco de nacionalidad del Belize que había sido interceptado por las autoridades francesas realizando pesca ilícita de bacalao en una de las islas del Atlántico Norte bajo jurisdicción francesa. Las partes no estaban de acuerdo respecto a la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre el caso. El TIDM consideró que, de acuerdo a una jurisprudencia bien establecida de los órganos judiciales internacionales, un Tribunal tiene que cerciorarse, en todo tiempo, de su competencia para resolver el caso que le es sometido.⁶⁹⁵ Por consiguiente, el Tribunal señaló que puede examinar todos los aspectos relativos a su competencia, sin importar si éstos fueron expresamente invocados por las partes. En primer lugar, el Tribunal se refirió a lo establecido al respecto en su propia jurisprudencia, citando el caso *M/V Saiga*.⁶⁹⁶ En este último asunto, el TIDM había considerado que aun cuando exista

la CPA: *Fondos Piadosos* (1902, México c. Estados Unidos) y *Russian Indemnity Case* (Russia vs. Turkey, 1912), citados en Amerasinghe, Chittharanjan, *op. Cit.*, nota 685, p. 123).

⁶⁹¹ CPJI, *Administration of the Prince Von Pless*, 4 de febrero de 1933, disponible en http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.02.04_prince_von_pless.htm

⁶⁹² CPJI, *Chorzow Factory Case* (Jurisdiction) 26 de julio de 1927, disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf, p. 32.

⁶⁹³ Caso *Fábrica de Chorzow*, cit., nota 690, p. 32.

⁶⁹⁴ TIDM, *Grand Price*, France vs Belize, 20 de abril de 2001, disponible en http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_8/Judgment.20.04.01.E.pdf

⁶⁹⁵ En términos del Tribunal: “According to the settled jurisprudence in international adjudication, a tribunal must at all times be satisfied that it has jurisdiction to entertain the case submitted to it. For this purpose, it has the power to examine proprio motu the basis of its jurisdiction.” (caso *Grand Prince*, cit., nota 692, párr. 77)

⁶⁹⁶ TIDM, *M/V Saiga*, Saint Vincent and the Grenadines vs Guinea, 1 de Julio de 1999, disponible en http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/1999.07.01_Saint_Vincent_v_Guinea.pdf. En este asunto, el TIDM estimó que aun si existe un acuerdo entre las partes respecto a su competencia, el Tribunal debe determinarla *proprio motu*.

desacuerdo entre las partes, el Tribunal debe, por su propia iniciativa, determinar su competencia para pronunciarse sobre un caso que le es sometido. En segundo lugar, por medio de una “referencia cruzada”, el TIDM citó el caso *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council* en el que la CIJ afirmó de manera muy solemne la importancia del principio general *compétence de la compétence*.⁶⁹⁷

En efecto, en este caso⁶⁹⁸, la CIJ tuvo que pronunciarse sobre la omisión, por parte de un Estado, de incluir su objeción respecto a la competencia de la Corte en la excepción preliminar que había presentado. La CIJ consideró que, sin importar los argumentos que las partes invoquen al respecto o el momento en el que los invoquen, la Corte siempre tiene que cerciorarse que posee competencia para pronunciarse sobre el caso y, si es necesario, tiene que determinar dicha cuestión *proprio motu*.⁶⁹⁹

El más claro reconocimiento del principio *compétence de la compétence* como principio común a todos los Tribunales internacionales y como parte de los poderes inherentes de toda jurisdicción se encuentra en el célebre caso *Nottebohm*.⁷⁰⁰ En dicho asunto, la CIJ afirmó que el párrafo 6 del artículo 36 de su Estatuto consagra una regla bien aceptada en el Derecho internacional general en lo relativo al ejercicio de la función judicial internacional. La CIJ añadió que, desde el caso *Alabama*, y en antecedentes jurisprudenciales anteriores, ha sido generalmente reconocido que, en ausencia de un acuerdo *a contrario*, un Tribunal internacional tiene el derecho de decidir sobre su propia competencia. La CIJ observó que dicho principio fue expresamente reconocido en los artículos 48 y 73 de las dos Convenciones de la Haya de 1899 y de 1907. Además, la Corte recordó

⁶⁹⁷ En términos del Tribunal: “*This Tribunal observed in the M/V "SAIGA" (No. 2) Case that, even where there is no disagreement between the parties regarding the jurisdiction of the Tribunal, "the Tribunal must satisfy itself that it has jurisdiction to deal with the case as submitted" (Judgment of 1 July 1999, paragraph 40). Likewise, the International Court of Justice has observed: The Court must however always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into the matter proprio motu.*” (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, cit. , nota , p. 46 y p. 52).

⁶⁹⁸ CIJ, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, India vs. Pakistan, 18 de agosto de 1972, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/54/5665.pdf>

⁶⁹⁹ En términos de la CIJ: “*The Court must however always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into that matter proprio motu.*” (caso *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, párr. 13)

⁷⁰⁰ CIJ, *Nottebohm*, Lichtenstein vs. Guatemala, 18 de noviembre de 1953, disponible en http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1953.11.18_nottebohm.htm

que el *Rapporteur* de la Convención de 1899 había enfatizado la importancia de este principio, estimando que se trata de la “esencia misma de la función arbitral y de uno de los requerimientos inherentes al ejercicio de la misma”.⁷⁰¹ En la opinión de la CIJ, este principio, aceptado en el Derecho internacional general en materia de arbitraje, tiene aún más relevancia tratándose de un Tribunal internacional, como la CIJ, que constituye el órgano judicial principal de las NU.⁷⁰² Además, aun si este principio no fuera reconocido expresamente en el artículo 36-6 de su Estatuto, la Corte cuya función consiste en resolver de acuerdo al Derecho internacional las disputas que le son sometidas (artículo 38-1), podría basar su competencia para determinar su propia competencia, por su iniciativa, en el Derecho internacional general. La CIJ concluyó que su naturaleza de órgano judicial y el reconocimiento del principio *compétence de la compétence* en el Derecho internacional general son suficientes para facultarla a determinar su propia competencia en el caso que le fue sometido.⁷⁰³

La CIJ también aplicó el principio *compétence de la compétence* en el caso relativo a la *interpretación de los tratados de paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania*.⁷⁰⁴ En dicho asunto, la Corte consideró que es competente para resolver todas las cuestiones referentes a su competencia para pronunciarse sobre un caso determinado.

En el mismo sentido, la Corte se refirió al principio *compétence de la compétence* en el caso *Pesquerías del Atlántico (Fisheries jurisdiction case)*⁷⁰⁵. En

⁷⁰¹ En términos de la Corte: “*Paragraph 6 of Article 36 merely adopted, in respect of the Court, a rule consistently accepted by general international law in the matter of international arbitration. Since the Alabama case, it has been generally recognized, following the earlier precedents, that, in the absence of any agreement to the contrary, an international tribunal has the right to decide as to its own jurisdiction and has the power to interpret for this purpose the instruments which govern that jurisdiction. This principle was expressly recognized in Articles 48 and 73 of the Hague Conventions of July 29th, 1899, and October 18th, 1907, for the Pacific Settlement of International Disputes, to which Guatemala became a Party. The Rapporteur of the Convention of 1899 had emphasized the necessity of this principle, presented by him as being "of the very essence of the arbitral function and one of the inherent requirements for the exercise of this function". This principle has been frequently applied and at times expressly stated.*” (caso *Nottebohm*, cit., nota 698, pp. 119-120).

⁷⁰² CIJ, *Nottebohm*, cit., nota 698, pp. 119-120

⁷⁰³ CIJ, *Nottebohm*, cit., nota 698, pp. 119-120

⁷⁰⁴ CIJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, opinión consultativa, 18 de Julio de 1950, first phase, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/8/1863.pdf> p. 72

⁷⁰⁵ CIJ, *Fisheries Jurisdiction Case*, Alemania c. Islandia, 2 de febrero de 1973, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/56/10713.pdf>

dicho caso Islandia se había negado a comparecer en las audiencias contenciosas ante la CIJ.⁷⁰⁶ La Corte consideró que si una de las partes en la controversia no comparece ante su foro, la Corte tiene que examinar *proprio motu* las cuestiones relativas a su competencia. Además, la Corte añadió que en el presente caso dicha prerrogativa es reforzada por lo dispuesto en el artículo 53 de su Estatuto. En virtud de dicho artículo, si una de las partes en la controversia no comparece en las audiencias o no presenta su defensa escrita, la Corte tiene la obligación de determinar su competencia antes de proceder a la resolución del fondo del litigio.⁷⁰⁷

El principio *compétence de la compétence* fue aplicado en los mismos términos en la jurisprudencia del ORD de la OMC. Así por ejemplo, en el caso *US-Antidumping Act of 1916*⁷⁰⁸, el Órgano de apelación consideró que: “algunas cuestiones de jurisdicción pueden ser de tal naturaleza que deban ser objeto de la atención del Grupo Especial en cualquier momento”⁷⁰⁹. Esta afirmación fue acompañada por una nota al pie de página en la que el Órgano de apelación explicó el principio *compétence de la compétence*, como reconocido en el Derecho internacional general. En términos de los árbitros de la OMC, “(...) según una regla universalmente aceptada, un tribunal internacional puede considerar de oficio la cuestión de su propia competencia, y cerciorarse de que tiene competencia en cualquier asunto que se le haya sometido.” En la misma nota al pie de página, el Órgano de apelación basó la aplicación del principio *compétence de la compétence* en abundantes “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CIJ y a

⁷⁰⁶ En particular, para protestar contra lo que ella consideraba como un abuso de la pesca en sus aguas territoriales por parte de Alemania.

⁷⁰⁷ En términos de la Corte: “*It is to be regretted that the Government of Iceland has failed to appear in order to plead the objections to the Court's jurisdiction which it is understood to entertain. Nevertheless the Court, in accordance with its Statute and its settled jurisprudence, must examine proprio motu the question of its own jurisdiction to consider the Application of the Federal Republic of Germany. Furthermore, in the present case the duty of the Court to make this examination on its own initiative is reinforced by the terms of Article 53 of the Statute of the Court. According to this provision whenever one of the parties does not appear before the Court, or fails to defend its case, the Court, before finding upon the merits, must satisfy itself that it has jurisdiction.*” (caso *Fisheries Jurisdiction*, cit., nota, párr. 13)

⁷⁰⁸ OMC, *US Antidumping Act of 1916*, reporte del Órgano de apelación del 28 de agosto de 2000, http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28%40meta%5FSymbol+WT%FCDS136%FCAB%FCR%2A+and+not+RW%2A%29&language=1

⁷⁰⁹ Caso *US Antidumping Act of 1916*, cit., nota 708, párr. 50

las opiniones disidentes y/o separadas de sus jueces.⁷¹⁰ Además, el Órgano de apelación citó las reglas aplicables al arbitraje CIADI y el reconocimiento de dicho principio en varios asuntos de su jurisprudencia. Por último, el Órgano de apelación también utilizó una “referencia cruzada” a la jurisprudencia del Tribunal mixto de reclamaciones entre Irán y Estados Unidos y mencionó las explicaciones doctrinales del principio *compétence de la compétence* en varios manuales de Derecho internacional público.

El principio *compétence de la compétence* es aplicado en términos idénticos en la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales, competentes en materia de derechos humanos.

Así por ejemplo, la CIDH se refirió a dicho principio en el reciente caso *Fleury y otros c. Panamá*⁷¹¹. En dicho asunto, Panamá se había negado a comparecer ante su foro. La Corte utilizó varias “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CIJ⁷¹² para apreciar la aplicación del principio *compétence de*

⁷¹⁰ En términos de la nota: “Véanse por ejemplo, *Case Concerning the Administration of the Prince von Pless (Preliminary Objection)* (1933) P.C.I.J. Ser. A/B, N° 52, p. 15; Individual Opinion of President Sir A. McNair, *Anglo-Iranian Oil Co. Case (Preliminary Objection)* (1952) I.C.J. Rep., p. 116; Separate Opinion of Judge Sir H. Lauterpacht in *Case of Certain Norwegian Loans* (1957) I.C.J. Rep., p. 43; and Dissenting Opinion of Judge Sir H. Lauterpacht in the *Interhandel Case (Preliminary Objections)* (1959) I.C.J. Rep., p. 104. Véanse también M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942* (MacMillan, 1943), pp. 418-419; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. 2 (Grotius Publications, 1986), pp. 530, 755-758; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court* (Martinus Nijhoff, 1985), pp. 467-468; L.A. Podesta Costa and J. M^a Ruda, *Derecho Internacional Público*, volumen 2 (Tipográfica Editora Argentina, 1985), p. 438; M. Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Tecnos, 1997), p. 759. Véanse también, el fallo del tribunal que entendió en la controversia entre los Estados Unidos e Irán, *Marks & Umman v. Iran*, 8 Iran-United States C.T.R., pp. 296-97 (1985) (Award N° 53-458-3); J.J. van Hof, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by the Iran-U.S. Claims Tribunal* (Kluwer, 1991), pp. 149-150; y la Regla 41(2) de las normas aplicables a los tribunales de arbitraje del CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (Reglas de arbitraje).”

⁷¹¹ CIDH, *Caso Fleury y otros c. Panamá*, 23 de noviembre de 2011, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_236_esp.pdf

⁷¹² En particular, la Corte se refirió a los casos: “*Compétence en matière d’Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, *Fond, arrêt*, C.I.J. Recueil 1986, p. 23, párr. 27 ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *Fond, arrêt*, C.I.J. Recueil 1974, p. 9, párr. 17; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *Arrêt du 20 décembre 1974*, C.I.J. Recueil 1974, p. 257, párr. 15 ; *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, *Arrêt du 19 décembre 1978*, C.I.J. Recueil 1978, p. 7, párr. 15 ; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d’Amérique c. Iran)*, *Arrêt du 24 mai 1980*, C.I.J. Recueil 1980, p. 18, párr. 33.” (caso *Fleury y otros c. Panamá*, cit., nota 711, párr.. 14, nota 8)

la *compétence* en el caso de ausencia de una de las partes de las audiencias contenciosas. Basándose en lo establecido al respecto en el caso *Pesquerías del Atlántico*, la Corte estimó que: “la inactividad procesal no genera una sanción contra las partes, en sentido estricto, ni afecta el desarrollo del proceso (...) Según se ha reconocido en la jurisprudencia internacional, la ausencia de una parte en cualquier etapa del caso no afecta la validez de la sentencia. (...)” Respecto a su poder de determinar su propia competencia, la Corte consideró que: “(...), corresponde a la Corte, en ejercicio de su poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*) (...).”⁷¹³

En el mismo sentido, en el caso *Ivcher Bronstein c. Perú*⁷¹⁴, la CIDH consideró que: “La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/KompetenzKompetenz*). La Corte no puede abdicar de esta prerrogativa, que además es un deber que impone la Convención Americana, para ejercer sus funciones (...).”⁷¹⁵ Según, la Corte: “Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción.”⁷¹⁶ La CIDH reafirmó literalmente lo establecido en la sentencia *Ivcher Bronstein* en el caso *Tribunal constitucional de Perú*⁷¹⁷, resuelto el mismo día.⁷¹⁸

⁷¹³ Caso *Fleury y otros c. Panamá*, cit., nota 711, párr. 14 y 15.

⁷¹⁴ CIDH, *Ivcher Bronstein c. Perú*, 24 de septiembre de 1999, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf

⁷¹⁵ Caso *Ivcher Bronstein*, cit., nota 714, párr. 32-33

⁷¹⁶ Caso *Ivcher Bronstein*, cit., nota 714, párr. 34

⁷¹⁷ Caso *del Tribunal Constitucional (Perú)*, Competencia, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, párr. 31 y ss., disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/55-esp.html>

⁷¹⁸ En términos de la Corte: “La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*). La Corte no puede abdicar de esta prerrogativa, que además es un deber que impone la Convención Americana (...). Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la

Además, los considerandos relativos al principio *compétence de la compétence* de la sentencia *Ivcher Bronstein* fueron repetidos en otros casos similares de la jurisprudencia posterior de la Corte. Así por ejemplo, en el caso *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*⁷¹⁹, la CIDH señaló que: “La Corte, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*). Los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción.”⁷²⁰

El principio *compétence de la compétence* es aplicado, en términos muy similares, en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales. Así por ejemplo, en el caso *Tadic*⁷²¹, el TPIY examinó a detalles el significado de dicho principio y su alcance en el Derecho internacional general. En dicho asunto, el TPIY basó la aplicación del principio *compétence de la compétence* en varias “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CIJ.⁷²² Según el Tribunal, el principio *kompetenz-kompetenz* o *compétence de la compétence* constituye una parte fundamental de los poderes inherentes de todo Tribunal judicial o arbitral, consistente en la competencia para determinar su propia competencia. En la opinión del TPIY, dicho principio es un componente básico del ejercicio de la función judicial y no necesita ser expresamente previsto en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales (aun si suele serlo, por ejemplo en el artículo 36-6 del Estatuto de la CIJ). En efecto, de acuerdo con lo establecido

Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción.” (caso del *Tribunal constitucional de Perú*, cit., nota 715, párr. 31-33).

⁷¹⁹ CIDH, *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf

⁷²⁰ Caso *Masacre de las Dos Erres*, cit., nota 717, párr. 44

⁷²¹ TPIY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 de octubre de 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>

⁷²² En particular, el Tribunal se refirió a lo establecido respecto al principio *compétence de la compétence* en los casos *Nottebohm* y *Effect of Awards of the United Nations Administrative Tribunal* (caso *Tadic*, cit., nota 721, párr. 16 y 18).

por la CIJ en el caso *Nottebohm*, se trata de un principio de Derecho internacional general, de particular relevancia para los órganos judiciales internacionales. Citando la opinión disidente del juez Córdova en uno de los casos contenciosos de la CIJ⁷²³, el TPIY afirmó que en el Derecho internacional, donde no existe un sistema judicial integrado, y cada Tribunal recibe su competencia de su Estatuto constitutivo, la primera obligación de toda jurisdicción (judicial o arbitral) consiste en determinar su propia competencia.⁷²⁴ Dicho poder inherente puede ser limitado, únicamente por una cláusula convencional expresa *a contrario*. Aunque dicha limitación podría ser controvertida porque se opondría al pleno ejercicio de la función judicial de un Tribunal internacional, en la opinión del TPIY, sólo un artículo expreso podría excluir la aplicación de un principio, tan fuertemente arraigado en el Derecho internacional general. Una limitación expresa de este tipo no existe en el Estatuto del TPIY, entonces, el Tribunal puede y debe ejercer su *compétence de la compétence* antes de examinar el fondo del litigio.⁷²⁵

Lo establecido por el TPIY en el caso *Tadic* fue reafirmado en la jurisprudencia posterior del Tribunal. Así por ejemplo, en el caso *Blaskic*⁷²⁶, el TPIY consideró que un Tribunal internacional tiene la competencia de determinar su propia competencia. Dicha prerrogativa forma parte de los poderes inherentes de todo órgano judicial y constituye una condición esencial para el ejercicio de la función judicial. Consecuentemente, este principio puede ser aplicado por parte de los Tribunales internacionales aún en ausencia de una disposición expresa al respecto en sus Estatutos constitutivos.⁷²⁷

⁷²³ Judge Cordova, dissenting opinion, advisory opinion on *Judgements of the Administrative Tribunal of the I.L.O.* upon complaints made against the U.N.E.S.C.O., 1956 I.C.J. Reports, 77, 163, citado en el caso *Tadic*, *op. cit.*, nota 719, párr. 18)

⁷²⁴ En términos del TPIY: "*This power, known as the principle of "Kompetenz-Kompetenz" in German or "la compétence de la compétence" in French, is part, and indeed a major part, of the incidental or inherent jurisdiction of any judicial or arbitral tribunal, consisting of its "jurisdiction to determine its own jurisdiction." It is a necessary component in the exercise of the judicial function and does not need to be expressly provided for in the constitutive documents of those tribunals, although this is often done.*" (Caso *Tadic*, *cit.*, nota 721, párr. 18)

⁷²⁵ Caso *Tadic*, *cit.*, nota 721, párr. 19

⁷²⁶ TPIY, *Prosecutor v. Blaskic, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum*, 18 de Julio de 1997, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tdec/en/70718SP2.htm>

⁷²⁷ En términos del Tribunal: "*In finding that the International Tribunal has the competence to determine its own jurisdiction, the Appeals Chamber has adopted a similar approach. It recognized*

Por lo tanto, puedo concluir que el principio *compétence de la compétence* es un principio firmemente arraigado en la práctica jurisprudencial de los Tribunales internacionales. Se trata de un principio universalmente aceptado e inherente al ejercicio mismo de la función judicial. Dicho principio no es objeto de demandas frecuentes por las partes en las controversias internacionales, aún si la cuestión más general de la competencia de una jurisdicción internacional es invocada muy a menudo por las mismas.

Desde mi perspectiva, el principio *compétence de la compétence* constituye sin duda un principio universal y común a todos los Tribunales, internos o internacionales. Dicho principio es aplicado de manera convergente por parte de las jurisdicciones internacionales examinadas y figura en la mayoría de sus Estatutos constitutivos. No obstante, de acuerdo a una jurisprudencia internacional constante, dicho principio no necesita ser convencionalmente establecido para ser aplicado por los Tribunales internacionales. Su naturaleza de principio general del Derecho y parte integrante del “Derecho internacional general” constituye una base legal suficiente para su invocación en los litigios internacionales. Todo órgano judicial está dotado de una *compétence de la compétence* que le permite cumplir eficazmente con su función judicial.

Otro principio general del Derecho, inherente al ejercicio mismo de la función judicial internacional es el principio en virtud del cual nadie debe ser juez de su propia causa.

B. El principio *Nemo iudex in causa sua*

“Four things belong to a judge: to hear courteously, to answer wisely, to consider soberly, and to decide impartially.”

that such competence is part of the incidental or inherent jurisdiction of any judicial tribunal and, in particular, “[i]t is a necessary component in the exercise of the judicial function and does not need to be expressly provided for in the constitutive documents (. . .) although this is often done”. (Caso Blaskic, cit., nota 726, párr. 29)

**a) La doble exigencia del principio *Nemo iudex in causa sua*:
la independencia y la imparcialidad de los jueces internacionales**

El principio general *Nemo iudex in Causa Sua* proviene del adagio latín *Nemo debet esse iudex in propria causa sua, quia no potest case iudex et pars* (Nadie debe ser juez de su propia causa porque no se puede ser (a la vez) juez y parte.) Dos otras versiones de dicho principio se expresan en las máximas: *Ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat*. (Nadie debe examinar su propia causa como un juez o hacerse un juicio a sí mismo) y *Nemo potest esse simul actor et iudex* (Nadie puede ser parte y juez al mismo tiempo).⁷²⁹

El término *causa*, que puede utilizarse como sinónimo de *res*, tiene múltiples significados en el latín y en el Derecho Romano. En el contexto de las máximas anteriormente señaladas, su significado se relaciona con la organización judicial y lo referente a un “juicio”. El objetivo principal de estas tres máximas consiste en subrayar el rechazo de toda asimilación entre los jueces y las partes en un juicio. Además, dichas reglas postulan la prohibición para los jueces de involucrarse personalmente en los casos que deben resolver de manera objetiva.⁷³⁰

La máxima *Nemo iudex in causa sua* expresa un principio general del Derecho, común a todos los órdenes jurídicos del mundo. Como lo señala el

⁷²⁸ Citado en Lutrell Ross, Samuel, *Bias challenges in international arbitration*, tesis doctoral, Murdoch University, Australia, <http://researchrepository.murdoch.edu.au/698/2/02Whole.pdf>

⁷²⁹ Swartzenberger, Georg, *The Nemo iudex in Sua Causa Maxim In International Judicial Practice*, *Anglo-American Law Review*, 1972, p. 482

⁷³⁰ No obstante, esta prohibición no es de carácter absoluto y puede ser sujeta a algunas limitaciones o excepciones. En los casos en los que no es posible reemplazar a un juez que es (o aparenta ser) parte a una controversia, éste debe cumplir con su función judicial de la mejor manera posible. La contra máxima *Necessitas quod cogit defendit* (La necesidad que lo fuerza a hacerlo, (es lo que) lo defiende) expresa esta excepción a la aplicación del principio. Otras contra-máximas que limitan el alcance de dicho principio son las relacionadas con la ausencia de control sobre el ejercicio de la función judicial en algunos casos específicos. Tal es el caso de la máxima *Prima Sedes a nemine iudicatur* (El Supremo Pontífice no puede ser juzgado por nadie) contenida en las reglas del Derecho Canónico y del principio *Rex non potest peccare* (El rey no puede hacer nada malo) característico del sistema británico de *Common Law* (Swartzenberger, Georg, *op. Cit.*, nota 729, p. 483)

Reporte sobre el Proyecto de creación de la CPA, adoptado durante la segunda Conferencia de Paz de la Haya en 1907: “la doctrina, según la cual nadie puede ser juez de su propia causa es universalmente aceptada y presente en todos los sistemas jurídicos.”⁷³¹ El carácter general y universal de dicho principio fue afirmado en la jurisprudencia arbitral desde los principios del siglo XX.⁷³² En los sistemas pertenecientes a la familia jurídica romano-germánica dicho principio forma parte de las reglas que gobiernan el ejercicio mismo de la función judicial. En los órdenes jurídicos del *Common Law*, el principio *Nemo iudex in causa sua* es uno de los componentes básicos de la doctrina de Justicia Natural (*Natural Justice*).⁷³³

El principio *Nemo iudex in causa sua* fundamenta dos requerimientos imperativos, inherentes a la noción misma de Derecho y de justicia: la independencia y la imparcialidad del juez. El ejercicio de la función judicial en todos los sistemas jurídicos debe cumplir con estas dos garantías primordiales. La impartición de la justicia y el acto de juzgar tienen que ser confiados a un tercero, independiente e imparcial, que decida de manera equitativa y neutral la resolución de un litigio. El arreglo judicial de las controversias es destinado a promover el respeto del Derecho por encima de los intereses particulares. La noción misma de justicia se relaciona con la independencia e imparcialidad de los órganos que la hacen valer. En este sentido, cabe señalar que las principales representaciones simbólicas de la justicia enfatizan su necesaria neutralidad y carácter objetivo.⁷³⁴

⁷³¹ *2ème Conférence Internationale de la Paix: 1 Actes et documents*, 1907, p. 367, citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 279

⁷³² Así por ejemplo, en la sentencia arbitral *Rudolph contra Venezuela* de 1903, el árbitro estimó que la “jurisprudencia” (en el sentido de “Derecho interno”) de los países civilizados y los principios de Derecho natural prohíben a una de las partes a un contrato juzgar a la otra. (*Arbitraje Venezolano* de 1903, citado en Gaffney, John, *Due Process in the World Trade Organization: The Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System*, *American University International Law Review*, vol. 14, 1999, p. 1173)

⁷³³ Dicha doctrina se refiere a la necesidad de impartir la justicia de manera natural, es decir conforme con los principios de la naturaleza, basados en la igualdad y la equidad. La *Natural Justice* se basa en dos máximas del Derecho Romano: *nemo iudex in causa sua* (nadie debe ser juez en su propia causa) y *audi alteram partem* (nadie debe ser condenado sin ser escuchado previamente). De acuerdo al principio *nemo iudex in causa sua*, todo juez debe ser independiente y libre de prejuicios (*bias*) respecto al caso concreto que se le somete.

⁷³⁴ En este sentido, a partir de la Revolución Francesa la diosa romana *Iustitia* se empieza a representar con los ojos vendados para marcar así su carácter objetivo, estrictamente apegado a la ley. Cabe señalar que ni las representaciones en Roma de la diosa *Iustitia*, ni las estatuas griegas

Como la mayoría de los principios generales del Derecho, el principio *Nemo iudex in causa sua* es intrínseco a la idea (y al ideal) de justicia. Sin contar con un juez independiente e imparcial para asegurar el respeto de las reglas jurídicas y la resolución pacífica de las controversias, el Derecho podría difícilmente cumplir con una de sus funciones fundamentales: regular la vida social. La independencia e imparcialidad de los jueces los define como tales porque garantiza su calidad (inherente) de “terceros” a la causa del litigio. Dichas exigencias son, por lo tanto, uno de los elementos que determinan a las nociones de juez, justicia y jurisdicción, tanto en el ámbito interno, como en el internacional.⁷³⁵

El derecho a un Tribunal independiente e imparcial constituye, además, un derecho humano básico, garantizado en todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.⁷³⁶ Así por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración universal de derechos humanos prevé que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.” En el mismo sentido, el artículo 6-1 de la Convención europea de derechos humanos establece que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley (...).” Este derecho humano constituye una de las garantías fundamentales del debido proceso (*due process of*

de la diosa *Themis* contaban con este detalle. Como lo afirma Emmanuelle Jouannet, la justicia a lo largo de la historia fue representada de dos maneras distintas: la primera imagen, y la más conocida, es la de una mujer, con ojos vendados, sosteniendo en sus manos los dos platos de una balanza equilibrada, y la segunda, mucho menos conocida, es la de un ojo gigantesco (*iustitiae oculus*) abierto sobre el mundo. Estas dos imágenes revelan la paradoja de la justicia: por un lado ésta debe ser neutral y libre de todo vínculo con el mundo que la rodea y, por otra, debe ser capaz de todo ver, incluso lo más oculto. (Jouannet, Emmanuelle, *Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales: la consolidation d'un tiers pouvoir international?*, in Ruiz-Fabri, Hélène, Sorel, Jean-Marc (dir.), *L'indépendance et l'impartialité des juridictions internationales*, *op. Cit.*, nota 663, p. 271)

⁷³⁵ Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 663, p. 271

⁷³⁶ Dicho derecho es, en particular, protegido por el artículo 10 de la Declaración Universal de derechos humanos, el artículo 14 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, el artículo 6 de la Convención europea de derechos humanos, el artículo 8 de la Convención interamericana de derechos humanos y el artículo 7 de la Carta africana de los derechos humanos y de los pueblos.

law)⁷³⁷ cuyo objetivo principal consiste en garantizar el respeto de los derechos individuales en la impartición de la justicia. Como lo señala la Asamblea General de la ONU en varias de sus resoluciones: el respeto del Derecho y la correcta impartición de la justicia desempeñan un papel central en la promoción y protección de los derechos humanos.⁷³⁸

El principio *Nemo iudex in causa sua*, como fundamento del derecho humano a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial, suele considerarse como dirigido a los jueces nacionales y no internacionales. En relación con esto, se han adoptado varios instrumentos internacionales, estableciendo estándares en la materia para los miembros de los Tribunales internos.⁷³⁹

La multiplicación de los Tribunales internacionales atrajo la atención sobre la aplicación del principio *Nemo iudex in sua causa* en la práctica judicial internacional. En particular, el respeto de dicho principio fue considerado como uno de los elementos que aseguran la credibilidad y legitimidad de la función judicial, ejercida por los numerosos Tribunales internacionales.⁷⁴⁰ Como lo afirma Jouannet, cuánto más casos sean llevados ante los Tribunales internacionales,

⁷³⁷ Aunque muchas veces se considera que el debido proceso tiene su origen en la Carta Magna inglesa de 1215, dicho concepto es un término utilizado principalmente en el Derecho estadounidense. En efecto, la Quinta Enmienda a la Constitución americana dispone que: “no person shall be (...) deprived of life, liberty or property without due process of law (...)”. El contenido normativo de la noción de debido proceso varía en función de las circunstancias particulares en cada especie. En el *Common Law* dicho concepto muchas veces se considera como análogo a los principios de *Natural justice*, mientras que en los sistemas romano-germánicos, en particular en el francés, se le considera como parte de *los droits de la défense* (derechos de la defensa). En el ámbito internacional, el debido proceso agrupa una serie de principios generales del Derecho, comunes a todos los sistemas de impartición de justicia. Dichos principios son principalmente los derivados de las máximas *nemo iudex in causa sua* y *audi alteram partem*. Otro importante componente del debido proceso es el principio de igualdad de las partes en un procedimiento contencioso. Dicho principio implica, entre otros, el derecho de acceso a la justicia o derecho al juez (*droit au juge*), las garantías procesales de composición del Tribunal, el secreto de las deliberaciones o el derecho a una sentencia motivada. (Gaffney, John, *op. Cit.*, nota 665, pp. 1176-1177)

⁷³⁸ En particular en las resoluciones 50/180 del 22 de septiembre de 1995 y 48/137 del 20 de diciembre de 1993, intituladas *Derechos humanos en la impartición de la justicia*.

⁷³⁹ Entre las iniciativas más importantes podemos citar: los Principios Básicos de las NU relativos a la independencia de la Judicatura de 1985, disponibles en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/judicatura.htm>, el Código de estándares mínimos de independencia judicial de la *International Bar Assotiation* de 1983, los principios de Beijing sobre la independencia de la judicatura de 1995 y los principios de Siracusa de 1981.

⁷⁴⁰ Mackenzie, Ruth y Philippe Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 274

tanto más éstos deben responder a las expectativas de sus justiciables y a una necesidad colectiva de justicia.⁷⁴¹ Desde esta perspectiva, la independencia e imparcialidad de los jueces internacionales es vista como un elemento de la “juridización” de la resolución de las controversias internacionales.⁷⁴² Muchas veces se considera que la justicia internacional es una expresión de la política (estatal) en materia de relaciones internacionales.⁷⁴³ El respeto por parte de los jueces internacionales del principio *Nemo iudex in causa sua* es un elemento-clave para apreciar la existencia misma de un verdadero sistema de impartición de justicia en el ámbito internacional. Este renovado interés por la aplicación de dicho principio en el Derecho internacional condujo a la adopción de varias propuestas de “estándares comunes” en materia de independencia e imparcialidad de los jueces internacionales.⁷⁴⁴

Resulta muy difícil distinguir la independencia de la imparcialidad de un juez. En términos generales, tanto la independencia como la imparcialidad permiten al juez definirse como un “tercero” respecto a las partes y respecto a la controversia que se le somete. Si el juez no es parte, entonces no será parcial (*partial* en inglés y en francés), sino imparcial (*impartial* en inglés y en francés). De igual modo, si el juez es un “tercero”, éste no debe ser dependiente de influencias (políticas) externas, porque para ser un verdadero “tercero”, el juez debe permanecer autónomo y libre de toda presión o tentativa de subordinación.⁷⁴⁵

Una parte de la doctrina considera que la imparcialidad es una noción incluida en el concepto más genérico de independencia y se refiere a la independencia personal de un juez *vis-à-vis* de una o de las dos partes en un

⁷⁴¹ Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, nota 663, p. 275

⁷⁴² En este sentido, según Jouannet, los antiguos, pero sobre todo los nuevos actores de la sociedad internacional, no se pueden contentar con procedimientos judiciales “negociados” (intergubernamentalmente) sino que van a exigir procedimientos judiciales más “transparentes” y comunes para todos. (Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 663, p. 275)

⁷⁴³ Mackenzie, Ruth and Philippe Sands, *op. cit.*, nota 740, p. 275

⁷⁴⁴ El más importante intento de sistematizar las reglas relativas a la independencia e imparcialidad de los Tribunales internacional son los *Principios de Burgh House relativos a la independencia de la judicatura internacional*, elaborados por un grupo de renombrados expertos en Derecho internacional en Burgh House, Inglaterra en 2004.

⁷⁴⁵ Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, nota 663, p. 277

litigio.⁷⁴⁶ Para otros autores, dichos principios deben ser distinguidos.⁷⁴⁷ De acuerdo a un método de análisis propuesto por el profesor Shimon Shetreet en 1976, la independencia de los jueces se subdivide en independencia individual e independencia colectiva. La independencia individual sería relativa, por ejemplo, a la permanencia del juez en el puesto o a su imparcialidad, y la independencia colectiva, de todo el órgano judicial, se basaría en aspectos institucionales, como por ejemplo su relación con los órganos políticos que lo establecieron o que deciden de su presupuesto.

En términos generales, la independencia se refiere a la ausencia de influencias del exterior. Según el diccionario Salmon independencia significa “el hecho por una persona o por una entidad de no depender de una autoridad, otra que la suya propia”. Un Tribunal sería, por tanto, independiente si no se encuentra bajo la autoridad de otro(s). La independencia no significa libertad completa. Una jurisdicción no puede ser completamente libre, sino que permanece sujeta a varias limitaciones. No obstante, ésta no debe subordinarse a otros poderes ni someterse a presiones exteriores. La independencia garantiza así un “libre juicio”, indispensable a la buena impartición de la justicia.⁷⁴⁸

Por su parte, la imparcialidad se refiere a los prejuicios o tendencias que un juez puede tener respecto a una de las partes en un caso concreto. La imparcialidad traduce violaciones “particulares” del principio *Nemo iudex in causa sua*, mientras que la independencia manifiesta limitaciones institucionales o sistémicas al ejercicio neutro de la función judicial. Como lo afirmó el TPIR en el caso *Kanyabashi*⁷⁴⁹: “la independencia judicial connota la libertad respecto a presiones e interferencias externas. La imparcialidad es caracterizada por la objetividad al poner en balance los intereses legítimos que están en juego”.⁷⁵⁰ Un

⁷⁴⁶ Por ejemplo Treschel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 45, Miller, Nathan, *Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary: General Overview of the Issue*, 2002, p. 3

⁷⁴⁷ Van Dijk, P., *The right of an accused to a fair trial under international law*, Kluwer Law International, 1998, p. 498

⁷⁴⁸ Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 663, p. 283

⁷⁴⁹ TPIY, *Prosecutor v. Kanyabashi*, 3 de junio de 1993

⁷⁵⁰ Párr. 35, citado en Bangamwabo, Francois-Xavier, *The right to an independent and impartial tribunal: a comparative study of the Namibian judiciary and international judges*, disponible en

juez puede ser independiente, pero a la vez completamente parcial en la resolución de un litigio. No obstante, el juez sólo puede ser imparcial si es suficientemente independiente. Según Kojeve: “es imparcial, el que no prejuzga una cuestión y no muestra preferencia a favor de una parte”. En el *Dictionnaire de Droit International Public* se enuncia que la imparcialidad de los jueces, árbitros, expertos o cualquier otra persona que desempeña una función similar, significa “no tomar partido, no tener prejuicios ni conflictos de interés” respecto a las partes o respecto a la cuestión jurídica que se debe resolver.⁷⁵¹ La imparcialidad se referiría entonces a una “justa distancia”, cuyos contornos precisos son muy difíciles de cernir. Como lo afirma Jouannet, la imparcialidad del juez exigiría un comportamiento completamente objetivo y neutro que sólo un juez-Dios⁷⁵² podría lograr. Si se tomara un criterio absoluto de imparcialidad, entonces, el juez deberá “distanciarse” de todo lo que puede afectar su juicio, incluyendo todos los prejuicios y preconcepciones, heredadas de su formación educativa, social, cultural etc. La imparcialidad supondría una cualidad ética interna del juez, a diferencia de la independencia que se percibe más como una situación externa, susceptible de afectar su “libre juicio.”⁷⁵³

Todos los Tribunales internacionales (e internos) son sujetos al respeto del principio *Nemo iudex in causa sua*. La independencia e imparcialidad, tanto personal como colectiva, de los jueces que sesionan en las jurisdicciones internacionales es una exigencia básica del ejercicio de su función judicial. Su observancia es garantizada, en primer lugar, por la existencia de normas

http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/namibia/Independence_Judiciary/bangamwabo.pdf, p. 248

⁷⁵¹ Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 663, p. 291

⁷⁵² Cabe recordar que, como fue mencionado anteriormente, en las creencias antiguas la justicia fue representada como una divinidad (*Themis* para los griegos, *Iustitia* para los romanos etc.). En el mismo orden de ideas, Ronald Dworkin habla de un “juez-Hercules”, omnipotente y omnipresente en la vida del Derecho. En el mismo sentido, esta idea de un juez-Dios es presente en varios momentos históricos. Por ejemplo, el ilustre civilista Jean Domat sintetizaba en el siglo XVII el ideal de un juez divino, estimando que: “*Ce n’est pas assez pour marquer la grandeur du ministère des juges, que de dire qu’ils sont des dieux ; nous pouvons dire encore que ce nom leur est donné par un privilège si singulier qu’il n’a été donné à aucune autre dignité. De sorte que cette singularité jointe à la grandeur de ce titre, marque clairement que la divine égalité se communique davantage dans la qualité de juge que dans aucune autre.*» (Domat, Jean «Harangue prononcée aux Assises de 1660 » in *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum defectus*, Nelle ed. Paris, 1777, t. II, p. 358, citado en Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 663 p. 292).

⁷⁵³ Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 663, p. 292

convencionales que consagran (o cristalizan) este principio general del Derecho. En segundo lugar, el respeto de dicho principio puede deducirse de la práctica jurisprudencial de los órganos judiciales internacionales. Tanto las trasposiciones normativas del principio *Nemo iudex in causa sua*, como su aplicación concreta por parte de los Tribunales internacionales demuestran el carácter general y universal de dicho principio. Además, las convergencias que pueden constatarse en la aplicación jurisprudencial del principio *Nemo iudex in causa sua* permiten observar el desarrollo de estándares jurídicos comunes, relativos a la independencia e imparcialidad de los miembros de la judicatura internacional.

b) La cristalización del principio *Nemo iudex in causa sua* en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales

Todos los Estatutos constitutivos de los Tribunales internacionales contienen disposiciones que consagran expresamente el principio *Nemo iudex in causa sua* en su primera vertiente relativa a la imparcialidad de los jueces internacionales.

El primer tipo de disposiciones que buscan garantizar la imparcialidad de los jueces internacionales establecen una serie de actividades, incompatibles con el ejercicio de la función judicial.

Así por ejemplo, los artículos 16, 17, y 24⁷⁵⁴ del Estatuto de la CIJ se refieren a los casos en los que un cargo, (previa o actualmente) asumido por un juez internacional, puede limitar su imparcialidad para resolver un asunto particular. Si este fuera el caso, el juez en cuestión deberá negarse a participar en la resolución de la controversia y proceder a su recusación. Dichas disposiciones muchas veces son tomadas como ejemplo para la redacción de disposiciones

⁷⁵⁴ El artículo 16 establece que: “1. Ningún miembro de la Corte podrá ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional. 2. En caso de duda, la Corte decidirá.”. De acuerdo al artículo 17: “1. Los miembros de la Corte no podrán ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto. 2. No podrán tampoco participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad. 3. En caso de duda, la Corte decidirá”. Por su parte, el artículo 24 establece la obligación de un juez de la Corte de recusarse si por algún motivo se estima incompetente para participar en los deliberados.

similares en los Estatutos constitutivos de las demás jurisdicciones internacionales. La incompatibilidad de algunos cargos internacionales con el ejercicio de la función judicial constituye una garantía a la imparcialidad de todos los jueces internacionales. Dicha garantía es sin duda una prueba del carácter común del principio *Nemo iudex in causa sua* para todos los Tribunales internacionales.

Así por ejemplo, dicha incompatibilidad está prevista en los artículos 7⁷⁵⁵ y 8⁷⁵⁶ del Estatuto del TIDM. Cabe señalar la similitud en la redacción de dichos artículos con lo establecido al respecto en el Estatuto de la CIJ.

En el mismo sentido, la imparcialidad de los jueces de la CEDH también es garantizada a través de la prohibición de asumir algunos cargos, considerados como incompatibles con el ejercicio de la función judicial. Dicha garantía está expresada, en particular, en el artículo 4 del Reglamento de la Corte.⁷⁵⁷

Por su parte, el artículo 18 del Estatuto de la CIDH⁷⁵⁸ garantiza la imparcialidad de los jueces a través de una regulación de los cargos incompatibles

⁷⁵⁵ Dicha disposición establece que: “1. Los miembros del Tribunal no podrán ejercer función política o administrativa alguna, ni tener una vinculación activa con ninguna empresa que intervenga en la exploración o la explotación de los recursos del mar o de los fondos marinos o en otra forma de aprovechamiento comercial del mar o de los fondos marinos, ni tener un interés financiero en dichas empresas. 2. Los miembros del Tribunal no podrán ejercer funciones de agente, consejero ni abogado en ningún asunto. 3. En caso de duda sobre estas cuestiones, el Tribunal decidirá por mayoría de los demás miembros presentes.”

⁷⁵⁶ El artículo 8 prevé lo siguiente: “1. Los miembros del Tribunal no podrán conocer de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, como miembros de un tribunal nacional o internacional o en cualquier otra calidad. 2. Si, por alguna razón especial, un miembro del Tribunal considera que no debe conocer de un asunto determinado, lo hará saber al Presidente del Tribunal. 3. Si el Presidente considera que, por alguna razón especial, un miembro del Tribunal no debe conocer de un asunto determinado, se lo hará saber. 4. En caso de duda sobre estas cuestiones, el Tribunal decidirá por mayoría de los demás miembros presentes.”

⁷⁵⁷ Tras su última modificación en febrero de 2012, el artículo 4 del Reglamento de la CEDH establece que ningún juez debe ejercer una actividad política, administrativa o profesional, incompatible con su independencia e imparcialidad, o con las demandas del ejercicio del oficio judicial a tiempo completo. Asimismo, cada juez debe declarar al Presidente de la Corte cualquier actividad adicional. En caso de desacuerdo entre el Presidente y el juez, la cuestión será llevada al pleno de la Corte. En el mismo sentido, un antiguo juez de la Corte no podrá representar (en la calidad de abogado o consejero) a una parte o a una tercera parte en un procedimiento que inició antes de que haya cesado sus funciones como juez. Tratándose de las demandas presentadas con posterioridad, el juez podrá representar a una parte o tercera parte a tales demandas únicamente después de haberse cumplido un periodo de dos años a partir del cese de sus funciones.

⁷⁵⁸ En virtud de dicho artículo: “1. Es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de los cargos y actividades siguientes: a. los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no

con el ejercicio de su función judicial. Dicha disposición es redactada en términos muy similares con lo establecido en los Estatutos de los Tribunales internacionales, previamente examinados. Además, el Estatuto de la CIDH contiene una disposición original, destinada a evitar los conflictos de interés que los jueces de la Corte podrían tener con los miembros de su familia.⁷⁵⁹

En el caso de la OMC, las reglas relativas a la imparcialidad de los miembros del órgano de solución de controversias son contenidas en las “Normas de conducta para la aplicación del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.” De acuerdo al punto III de dichas normas, cada miembro de los grupos especiales, así como los miembros del órgano de apelación, deben evitar cualquier conflicto de interés u otra circunstancia susceptible de afectar su imparcialidad.⁷⁶⁰ Además, el anexo 2 de las normas establece una Lista ilustrativa de las informaciones que deben revelarse por las personas que participan en calidad de árbitros en el mecanismo de resolución de controversias de la OMC.⁷⁶¹ Dichas informaciones buscan dar a

impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros; b. los de funcionarios de organismos internacionales; c. cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo. 2. La Corte decidirá los casos de duda sobre incompatibilidad. Si ésta no fuere subsanada, serán aplicables las disposiciones del artículo 73 de la Convención y 20.2 del presente Estatuto. 3. Las incompatibilidades únicamente causarán la cesación del cargo y de las responsabilidades correspondientes, pero no invalidarán los actos y resoluciones en que el juez afectado hubiera intervenido.”

⁷⁵⁹ En efecto, su artículo 18 establece que: “1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte. 2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si éste no la aceptare, la Corte decidirá (...).”

⁷⁶⁰ En virtud de dicha disposición : “1) se atenga estrictamente a las disposiciones del ESD; 2) revele la existencia o la aparición de cualquier interés, relación o circunstancia que razonablemente pueda pensarse que conoce y que pueda afectar a su independencia o imparcialidad o dar lugar a dudas justificables de éstas; y 3) ponga en el desempeño de sus funciones el debido cuidado en cumplir estas expectativas, inclusive evitando cualquier conflicto directo o indirecto de intereses en relación con el asunto del procedimiento. (...)”

⁷⁶¹ Dicha información, puede incluir lo siguiente: “a) intereses financieros (por ejemplo, inversiones, préstamos, acciones, intereses, otras deudas); intereses comerciales o empresariales (por ejemplo, puestos de dirección u otros intereses contractuales); e intereses patrimoniales pertinentes para la diferencia de que se trate; b) intereses profesionales (por ejemplo una relación pasada o actual con clientes privados, o cualesquiera intereses que la persona pueda tener en procedimientos nacionales o internacionales, y sus implicaciones, cuando éstos se refieran a cuestiones análogas

conocer toda circunstancia pertinente que podría afectar su libre juicio en relación con la resolución de un caso particular.

La garantía a la imparcialidad de los jueces, como expresión directa del principio general *Nemo iudex in causa sua*, también se aplica a los miembros de los Tribunales penales internacionales. En efecto, los instrumentos convencionales que regulan la actividad judicial del TPIY, del TPIR y de la CPI contienen disposiciones muy similares respecto a la necesaria imparcialidad de los jueces. En el caso de las dos jurisdicciones penales *ad hoc* se trata de disposiciones casi idénticas.

Según la regla 15 de las Reglas sobre procedimiento y pruebas del TPIY, un juez no puede comparecer en un juicio (de primera instancia o de apelación) en el que tiene un interés personal o algún otro tipo de relación que podría afectar su imparcialidad. En cualquier situación de este tipo el juez deberá recusarse y el Presidente del TPIY nombrará otro magistrado que lo sustituya en el cargo.⁷⁶² De igual manera, la regla 15 de las Reglas sobre procedimiento y pruebas del TPIR prevé un procedimiento de recusación idéntico al establecido en las Reglas del TPIY. La única diferencia entre los dos se refiere al órgano, encargado de decidir sobre la recusación de un juez por causa de imparcialidad. En el caso del TPIY dicha facultad es conferida al Presidente mientras que en el caso del TPIR las demandas de recusación son presentadas al *Bureau* del Tribunal.⁷⁶³

a las examinadas en la diferencia de que se trate); c) otros intereses activos (por ejemplo, participación activa en grupos de intereses públicos u otras organizaciones que puedan tener un programa declarado que sea pertinente para la diferencia de que se trate); d) declaraciones explícitas de opiniones personales sobre cuestiones pertinentes para la diferencia de que se trate (por ejemplo, publicaciones, declaraciones públicas); e) intereses de empleo o familiares (por ejemplo, la posibilidad de cualquier ventaja indirecta, o cualquier probabilidad de presión de parte de su empleador, socios comerciales o empresariales, o familiares inmediatos)".

⁷⁶² Además, cualquier parte puede presentar al Presidente de la Cámara una demanda de descalificación o recusación de un juez por las causas sus mencionadas. El Presidente de la Cámara se reunirá con el juez en cuestión y presentará un reporte al Presidente del Tribunal.

⁷⁶³ Las reglas de procedimiento y prueba del TPIR no cuentan con una traducción oficial al español. En su versión en idioma inglés la regla 15 establece lo siguiente: "A Judge may not sit in any case in which he has a personal interest or concerning which he has or has had any association which might affect his impartiality. He shall in any such circumstance withdraw from that case. Where the Judge withdraws from the Trial Chamber, the President shall assign another Trial Chamber Judge to sit in his place. Where a Judge withdraws from the Appeals Chamber, the Presiding Judge of that Chamber shall assign another Judge to sit in his place. (B) (...)."

Finalmente, el principio de imparcialidad de los jueces de la CPI está expresado en los artículos 40 y 41 de su Estatuto.⁷⁶⁴ Dichos artículos establecen una lista de cargos incompatibles con el ejercicio de la función judicial. Además, estas disposiciones prevén un procedimiento de recusación en toda circunstancia, susceptible de crear una duda razonable acerca de la imparcialidad de un magistrado de la Corte.

En conclusión, se comprueba que la regulación de los cargos incompatibles figura en todos los Estatutos constitutivos de los Tribunales internacionales. Además, su redacción es muy similar y los procedimientos previstos manifiestan varias analogías. Dicha regulación constituye la cristalización del primer componente del principio *nemo iudex in causa sua*.

Como lo expuse anteriormente, el segundo aspecto de dicho principio- el de la independencia de los jueces internacionales- se relaciona con factores externos a la resolución de un caso concreto. Mientras que la imparcialidad es una cuestión concerniente a la relación entre los jueces y las partes en una controversia, la independencia se refiere a la relación de los magistrados con terceros.⁷⁶⁵ Las garantías que el Derecho internacional ofrece a la independencia de los jueces son numerosas y complejas. El principio de independencia de los jueces internacionales se declina en varias formas y modalidades de aplicación según la materia contenciosa y según la jurisdicción en cuestión. Así, la independencia puede ser externa cuando se trata de las relaciones entre el Tribunal y sus principales justiciables, e interna cuando se examinan las garantías ofrecidas a los

⁷⁶⁴ El artículo 40 establece que: “1. Los magistrados serán independientes en el desempeño de sus funciones. 2. Los magistrados no realizarán actividad alguna que pueda ser incompatible con el ejercicio de sus funciones judiciales o menoscabar la confianza en su independencia. 3. Los magistrados que tengan que desempeñar sus cargos en régimen de dedicación exclusiva en la sede de la Corte no podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional. (...)” En el mismo sentido, según el artículo 41: “1. La Presidencia podrá, a petición de un magistrado, dispensarlo del ejercicio de alguna de las funciones que le confiere el presente Estatuto, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. 2. a) Un magistrado no participará en ninguna causa en que, por cualquier motivo, pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad. Un magistrado será recusado de conformidad con lo dispuesto en el presente párrafo, entre otras razones, si hubiese intervenido anteriormente, en cualquier calidad, en una causa de la que la Corte estuviere conociendo o en una causa penal conexas sustanciada a nivel nacional y que guardare relación con la persona objeto de investigación o enjuiciamiento. Un magistrado será también recusado por los demás motivos que se establezcan en las Reglas de Procedimiento y Prueba (...).”

⁷⁶⁵ Miller, Nathan, *op. Cit.*, nota 746, pp. 7-10

jueces al interior del órgano judicial. Dicho en otros términos, la independencia puede ser orgánica o funcional.⁷⁶⁶ En el mismo sentido, se distingue entre la independencia del juez respecto a las partes y respecto a los terceros en la instancia. En la primera categoría de reglas se incluyen las relativas a la elección de los jueces internacionales, a sus privilegios e inmunidades, al secreto de sus deliberaciones, a las condiciones de su permanencia en el puesto, a sus remuneraciones y a los procedimientos disciplinarios de los cuales pueden ser objeto. En la segunda categoría de disposiciones (independencia del Tribunal como un todo) pueden incluirse las relativas a su presupuesto general.⁷⁶⁷ Como lo afirma Jouannet, un análisis estrictamente formalista de todos los componentes del principio de independencia de los jueces internacionales está desprovisto de sentido porque el verdadero significado de dichos componentes se desprende del contexto particular en el que se insertan.⁷⁶⁸

Examinar la totalidad de los componentes del principio de independencia de los jueces internacionales excede los propósitos limitados de la presente investigación. Por lo tanto, centraré mi atención sobre un aspecto particular de dicho principio: el de la nacionalidad de los jueces internacionales.

Todos los jueces internacionales son nacionales de un Estado miembro de la Comunidad internacional. Por lo general, sus miembros tienen la nacionalidad de los Estados miembros de la organización que los creó o de los Estados que hayan ratificado sus Estatutos constitutivos.

Para no ser juez de su propia causa (*nemo iudex in causa sua*) es preciso ser independiente tanto respecto a las partes, como respecto a los terceros a una controversia. A diferencia de los árbitros internacionales, los jueces internacionales resuelven controversias a las que necesariamente participa una parte estatal. Dicho en otros términos, los jueces internacionales juzgan a los Estados soberanos, en su calidad de miembros de la Comunidad internacional. Podría parecer contrario al principio *Nemo iudex in causa sua* que los justiciables

⁷⁶⁶ En particular, de la personalidad de cada juez, del paisaje judicial en el que cada jurisdicción se inserta, de las prácticas propias de cada institución y de su entorno político general. (Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, nota 663, p. 287)

⁷⁶⁷ Miller, Nathan, *op. Cit.*, nota 746, pp. 13-21, *Principios de Burgh House*.

⁷⁶⁸ Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 663, p. 287

designen a su propio juez y que éste sea en la mayoría de los casos uno de sus nacionales. De acuerdo al principio establecido en la famosa sentencia *Nottebohm*⁷⁶⁹, la nacionalidad siempre supone la existencia de un vínculo efectivo entre el ciudadano y su Estado nacional. ¿Cómo garantizar que en el ejercicio de las funciones judiciales, el juez no se sentirá influenciado por este vínculo? ¿Cómo saber si en la resolución concreta de los litigios internacionales el juez no defenderá los intereses nacionales de su Estado por encima del respeto de las reglas jurídicas internacionales? ¿Cómo no ser juez de la causa de su Estado nacional cuando el nombramiento al puesto judicial depende casi exclusivamente del apoyo político por parte del mismo? ¿Son los jueces de Estados, designados por los mismos Estados, verdaderamente jueces independientes de la(s) causa(s) de los Estados? Como lo afirma Elihu Root: “los jueces solo son hombres (...) (y) están sujetos a las influencias de su entorno. Ellos no pueden escapar a las influencias del sentido popular y a los prejuicios en su Comunidad, (...) y su propia permanencia al puesto puede estar bajo el control de sus acciones...Ellos desean la aprobación de sus compatriotas y, en algunos casos de interés público, les puede costar trabajo decidir en contra de su propio país.”⁷⁷⁰

Puede parecer curioso que la nacionalidad sea un criterio de apreciación de la independencia de un juez. Todos los jueces internos tienen la nacionalidad de su país. No obstante, la nacionalidad sí puede suscitar varios problemas tratándose de los jueces internacionales. Muchas veces se cita el famoso ejemplo del Estatuto de la CEDH según el cual la función del juez *ad hoc* consiste en representar a su Estado y reequilibrar la solución de la controversia a su favor. Un juez nacional no piensa en su nacionalidad a la hora de rendir un veredicto y nadie le reprocharía ser imparcial por el simple hecho de ser nacional de su Estado. Pero un juez internacional olvida difícilmente su nacionalidad y puede ser más fácilmente sospechado de representar y/o defender los intereses de su Estado nacional a la hora de resolver una controversia. Muchas veces a los jueces internacionales se les designa por su nacionalidad. Así por ejemplo, se habla del

⁷⁶⁹ CIJ, *Nottebohm, Lichtenstein vs. Guatemala*, 18 de noviembre de 1953, http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1953.11.18_nottebohm.htm

⁷⁷⁰ Citado en Gaffney, John, *op. Cit.*, nota 665, p. 1197

“juez francés” o del “juez búlgaro” a la CEDH, del “juez estadounidense” o del “juez brasileño” a la CIJ etc.⁷⁷¹ El vínculo de nacionalidad de un juez internacional significa, en un contexto inter-nacional, una posible defensa de los intereses nacionales de un Estado, de su política jurídica (económica, comercial, humanitaria etc.) exterior, o al menos, una defensa de los valores dominantes en este Estado y de su visión del Derecho internacional. Como lo afirma Hersch Lauterpacht, el aspecto más importante del problema de la nacionalidad de los jueces internacionales es su actitud en la calidad de nacionales de un Estado.⁷⁷² Así por ejemplo, podemos citar el caso de dos jueces de nacionalidad búlgara y eslovena cuyo mandato para sesionar en la CEDH no fue renovado porque votaron “en contra” de su país de origen.⁷⁷³ También podemos pensar al hecho de que todos los jueces franceses a la CIJ son antiguos altos funcionarios del Estado. Además, muchas veces, pero no todas, las opiniones personales o disidentes de los jueces internacionales retoman de manera fiel y literal la posición que su Estado nacional había defendido en la resolución del litigio. Tratándose de los jueces *ad hoc* esta coincidencia se hace aún más flagrante. Así por ejemplo, la famosa alinea 2 E de la sentencia de la CIJ⁷⁷⁴ en el caso relativo a la *Licitud de la amenaza y del empleo de armas nucleares* fue adoptada con 7 votos a favor y 7 en contra, con voto preponderante del entonces Presidente de la CIJ Mohammed Bedjaoui. Por lo general, los votos y las opiniones reflejaban la posición “nacional” de los jueces.

Aunque la redacción de las reglas relativas a la designación de los jueces internacionales difiere, su contenido es sumamente convergente. En general, en el Derecho internacional se combinan dos fases de designación: una nominación

⁷⁷¹ Jouannet, Emmanuelle, *op. Cit.*, nota 663, p. 286

⁷⁷² Lauterpacht, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, *op. Cit.*, nota 513, p. 211

⁷⁷³ En particular, el mandato del juez búlgaro Dimitar Gotchev no fue renovado después de su voto a favor del demandante en el caso *Loukanov c. Bulgaria* (CEDH, 20 de marzo de 1997). Para más ejemplos de jueces a la CEDH, sancionados después de haber votado en contra de su propio país, ver: Voeten, Erik, *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, *American Political Science Review*, vol. 102, 2008, p. 421

⁷⁷⁴ “...*Au vu de l'état actuel du droit international, et des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause* » (<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7494.pdf>)

nacional (un Estado nombra a una persona para ser juez en una jurisdicción internacional) y una elección internacional (el nominado por su Estado nacional es posteriormente electo a través de un procedimiento internacional).

A continuación examinaré las reglas de nominación de los jueces que componen las jurisdicciones internacionales, objeto de mi estudio.

La CIJ es compuesta por 15 jueces electos por un periodo renovable de 9 años. Cada tres años el mandato de una tercera parte expira y se procede a nuevas elecciones para 5 de los 15 miembros. Los jueces son electos por un voto a la mayoría simple de la Asamblea de la ONU y del Consejo de Seguridad a partir de una lista de nominados. El Consejo de Seguridad no puede ejercer un derecho de veto en la elección. Los nominados son presentados por los grupos nacionales, presentes en la CPA o por un grupo nacional, compuesto exclusivamente para este propósito. Por lo tanto, los candidatos a ser jueces a la CIJ deben necesariamente contar con la aprobación de su gobierno nacional y con la de muchos otros gobiernos para que su elección alcance una mayoría simple en la Asamblea General. De la misma manera, los jueces que se presentan a la elección deben obtener un voto a favor por parte de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.⁷⁷⁵ En consecuencia, la elección de los jueces a la CIJ presenta una clara dimensión política.

La designación de los jueces de los dos Tribunales penales *ad hoc* es el resultado de un proceso complejo. El TPIY es compuesto por 16 jueces y el TPIR por 14. 7 de los jueces del TPIY y 5 de los del TPIR son miembros de una Cámara de apelaciones común. Los Estados sujetos a su jurisdicción tienen el derecho de proponer hasta dos candidatos que no pueden tener la misma nacionalidad ni la nacionalidad de otro juez miembro de la Cámara de apelaciones. Los miembros son presentados al Consejo de Seguridad de la ONU que puede revisar la lista de nominados antes de presentarla al voto de la Asamblea General. Los candidatos que obtienen la aprobación tanto del Consejo de Seguridad, como de la Asamblea General tienen que haber contado con un importante apoyo tanto por parte de su

⁷⁷⁵ Las reglas relativas a la elección de los jueces de la CIJ se establecen en el artículo 3 del Estatuto de la Corte.

gobierno nacional, como por parte de la mayoría de los gobiernos de los Estados miembros de la ONU.⁷⁷⁶

Los jueces de la CEDH son electos por parte del Consejo de Europa por un periodo de 6 años renovable. Cada juez representa a uno de los Estados miembros de la Convención europea de derechos humanos. Cada Estado presenta tres nominados que deben obtener la aprobación de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa. Dichos nominados deben ser personas de un alto prestigio profesional y moral. La Asamblea ha intentado promover un equilibrio entre los miembros de las profesiones jurídicas que llegan a ser jueces de la CEDH (magistrados, abogados o profesores) y el respeto de la equidad de género. A partir de las elecciones de 1998, los Estados han desarrollado una práctica de consultas informales previas a la nominación de los candidatos para satisfacer estas demandas.⁷⁷⁷ Por lo tanto, para ser juez a la CEDH también se necesita concluir con un proceso altamente politizado y contar con la aprobación previa de su Estado nacional.

Los jueces de la CIDH son electos por el voto secreto de los Estados miembros de la Convención interamericana de derechos humanos. Su mandato es de 6 años, renovable una única vez. Cada Estado miembro puede nominar 3 candidatos de su nacionalidad o de la nacionalidad de cualquier otro Estado miembro de la OEA. La Asamblea general de la OEA supervisa las elecciones que presentan una fuerte dimensión política.⁷⁷⁸ Los jueces de la CIDH también son, en su mayoría, de la nacionalidad del Gobierno que representan.

⁷⁷⁶ En este sentido, el artículo 12 del Estatuto del TPIY prevé las reglas de elección de los jueces que sesionan en este Tribunal internacional. Las disposiciones relativas a la elección de los jueces del TPIR son redactadas de manera casi idéntica.

⁷⁷⁷ El artículo 20 de la Convención europea de derechos humanos establece que: "El Tribunal se compondrá de un número de jueces igual al de las Altas Partes Contratantes." El artículo 22 dispone que: "Los jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria a título de cada Alta Parte Contratante, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante."

⁷⁷⁸ El artículo 4 del Estatuto de la CIDH dispone que: "1. La Corte se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual sean nacionales o del Estado que los postule como candidatos. 2. No puede haber más de un juez de la misma nacionalidad." Además, los artículos 7, 8 y 9 prevén lo siguiente: "1. Los jueces son elegidos por los Estados partes en la Convención, en

Los 24 miembros del TIDM son electos por un voto secreto de los Estados miembros de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar. Cada Estado propone dos personas y el nombre de todos los candidatos propuestos figura en una lista, sujeta a la votación de todos. Los jueces son electos por un mandato de 9 años renovable, y de la misma manera que en el caso de la CIJ, el mandato de un tercio de los miembros expira cada 3 años.⁷⁷⁹ Para llegar a ser juez al TIDM también se necesita obtener una nominación y aprobación previa por parte de su Estado nacional.

Los 3 miembros de los grupos especiales del mecanismo de solución de las controversias de la OMC son propuestos a las partes en una diferencia por la Secretaría de la OMC. Dichos miembros no pueden tener la nacionalidad de una de las partes y son escogidos a partir de una lista de candidatos que satisfacen las condiciones de elegibilidad establecidas por parte de la Secretaría. No obstante, el Entendimiento sobre la solución de las controversias prevé que en una controversia en la que son parte un país desarrollado y un país en vía de desarrollo, este último puede solicitar a la Secretaría que el grupo especial, nombrado para la resolución de la controversia cuente, con, al menos, un nacional de otro país en vía de desarrollo.⁷⁸⁰ Por su parte, los miembros del órgano de

la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados (...).”

⁷⁷⁹ En este sentido, el artículo 4 del Estatuto del TIDM establece que: “1. Cada Estado Parte podrá proponer como máximo dos personas que reúnan las calificaciones prescritas en el artículo 2 de este Anexo. Los miembros del Tribunal serán elegidos de la lista de personas así propuestas. (...) 3. La primera elección se celebrará dentro de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigor de esta Convención. 4. Los miembros del Tribunal serán elegidos por votación secreta. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes, convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas, en el caso de la primera elección, y según el procedimiento que convengan los Estados Partes en el de las elecciones siguientes.(...)”

⁷⁸⁰ En este sentido, el artículo 8 del Entendimiento sobre solución de controversias prevé que: “3.Los nacionales de los Miembros cuyos gobiernos sean parte en la diferencia o terceros en ella en el sentido del párrafo 2 del artículo 10 no podrán ser integrantes del grupo especial que se ocupe de esa diferencia, salvo que las partes en dicha diferencia acuerden lo contrario. 4. Para facilitar la elección de los integrantes de los grupos especiales, la Secretaría mantendrá una lista indicativa de personas, funcionarios gubernamentales o no, que reúnan las condiciones indicadas en el párrafo 1, de la cual puedan elegirse los integrantes de los grupos especiales, según proceda (...). 5.Los grupos especiales estarán formados por tres integrantes, a menos que, dentro de los 10 días siguientes al establecimiento del grupo especial, las partes en la diferencia convengan en que sus integrantes sean cinco.(...)10. Cuando se plantee una diferencia entre un país en desarrollo Miembro y un país desarrollado Miembro, en el grupo especial participará, si el país en

apelación son designados por el Órgano de solución de las controversias por un periodo de 4 años renovable. Dichas personas deberán representar, en términos generales, a la composición de la OMC.⁷⁸¹

De este análisis comparativo, puedo concluir con certeza que todos los jueces internacionales son nacionales de los Estados miembros de la Comunidad internacional.

Los Estatutos de casi todos los Tribunales internacionales adoptan reglas muy similares respecto a la nacionalidad de los jueces que los componen. “El enfoque tradicional” retoma, por lo general, lo establecido en la materia a partir de la creación de la CPJI.⁷⁸² En efecto, en el Estatuto de la primera jurisdicción internacional permanente, la cuestión relativa a la nacionalidad de los jueces se basaba, en primer lugar, en la limitación del número de jueces de la misma nacionalidad. En segundo lugar, dicho Estatuto preveía la nominación de un juez *ad hoc* de la nacionalidad de uno de los Estados, parte en la controversia, cuando dicho Estado no contaba con un representante en la Corte al surgir el litigio.⁷⁸³ La presencia de dos jueces nacionales de un Estado en la composición de la Corte era visto, por los redactores de su Estatuto, como susceptible de generar una duda legítima respecto a su independencia.⁷⁸⁴ Para contrabalancear esta duda se instituyó la figura del juez *ad hoc*. Los redactores del Estatuto de la CPJI

desarrollo Miembro así lo solicita, por lo menos un integrante que sea nacional de un país en desarrollo Miembro.”

⁷⁸¹ En particular, el artículo 17 del Entendimiento sobre solución de controversias establece que: “2. El OSD nombrará por un periodo de cuatro años a las personas que formarán parte del Órgano de Apelación y podrá renovar una vez el mandato de cada una de ellas. (...) 3. El Órgano de Apelación estará integrado por personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. No estarán vinculadas a ningún gobierno. Los integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC (...).”

⁷⁸² Dannenbaum, Tom, Nationality and the International Judge: The Nationalist Presumption Governing the International Judiciary and Why it Must be Reversed?, *Cornell International Law Journal*, vol. 45, 2012, pp. 89-90

⁷⁸³ Artículos 2 y 31 del Estatuto de la CPJI.

⁷⁸⁴ Como lo notaron los redactores del Estatuto de la CPJI durante los trabajos preparatorios de su artículo 3, la presencia de dos o más jueces de la misma nacionalidad entre los miembros de la Corte era susceptible de crear una duda respecto a su imparcialidad, visto que la justicia no sólo debía ser imparcial sino también parecer ser imparcial. (*Procès-verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists*, 24th meeting, at 528– 29 (July 14, 1920), citado en Dannenbaum, Tom, *op. cit.*, nota 782, p. 112

consideraron que, para respetar el principio de igualdad de las armas⁷⁸⁵, los dos Estados, parte en la controversia, debían contar con un juez de su nacionalidad.⁷⁸⁶

Dicha regla es retomada explícitamente en los artículos 3⁷⁸⁷ y 31 del Estatuto de la CIJ.⁷⁸⁸ Esta doble exigencia respecto a la nacionalidad de los jueces es retomada en los mismos términos por los Estatutos del TIDM⁷⁸⁹ y de la CIDH.⁷⁹⁰ En otros casos, dicha regla sufre algunas derivaciones de su formulación inicial. Así por ejemplo, los Estatutos de las tres jurisdicciones penales internacionales (los dos Tribunales penales *ad hoc* y la CPI) consagran el principio de limitación del número de jueces de la misma nacionalidad pero no retoman el relativo a la institución de un juez *ad hoc*.⁷⁹¹ Por su parte, el Protocolo 11 de reforma a la Convención europea de derechos humanos suprimió el artículo 38 que prohibía la nominación de dos jueces de la misma nacionalidad.⁷⁹² No obstante, las reglas que gobiernan la nominación y la elección de los jueces de la CEDH excluyen esta hipótesis.⁷⁹³ Por su parte, el artículo 22 de la Convención europea de derechos humanos establece un principio similar al de la designación de un juez *ad hoc*.⁷⁹⁴

⁷⁸⁵ Como lo afirma la CIDH, la institución del juez *ad hoc* tiene por objetivo principal garantizar el principio de igualdad de las armas en la solución judicial de una controversia. (*Opinión consultativa OC-20/09 solicitada por la República Argentina*, 29 de septiembre de 2009). Cabe señalar que la presencia de un juez *ad hoc* en el ámbito de la CIDH se refiere sólo a los casos que oponen un Estado a otro Estado miembro de la Convención interamericana de derechos humanos y no se aplica para los casos en los que intervienen individuos.

⁷⁸⁶ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists*, 34th meeting, supra note 251, at 720–722, citado en, Dannenbaum, Tom, *op. cit.*, nota 782, p. 114

⁷⁸⁷ Según el primer párrafo del artículo 3: “1. La Corte se compondrá de quince miembros, de los cuales no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado.”

⁷⁸⁸ Según el artículo 31 del Estatuto de la CPJI: “2. Si la Corte incluyere entre los magistrados del conocimiento uno de la nacionalidad de una de las partes, cualquier otra parte podrá designar a una persona de su elección para que tome asiento en calidad de magistrado. (...)3. Si la Corte no incluyere entre los magistrados del conocimiento ningún magistrado de la nacionalidad de las partes, cada una de éstas podrá designar uno de acuerdo con el párrafo 2 de este Artículo.”

⁷⁸⁹ Artículos 3 y 17.

⁷⁹⁰ Artículos 4, párrafos 1 y 2 y 10.

⁷⁹¹ Artículo 12-1 del Estatuto del TPIY, artículo 11-1 del Estatuto del TPIR, artículo 35-7 del Estatuto de Roma.

⁷⁹² Protocolo 11

⁷⁹³ En efecto, los jueces son designados entre los nacionales de cada una de las partes a la Convención europea de derechos humanos. Por lo tanto, la CEDH es necesariamente compuesta por un juez por Estado miembro.

⁷⁹⁴ Dannenbaum, Tom, *op. Cit.*, nota 782, pp. 91-101

El único Tribunal internacional que no adopta la postura “tradicional” respecto a la nacionalidad de los jueces es el órgano de solución de controversias de la OMC.⁷⁹⁵ En virtud de las reglas pertinentes, los paneles de la OMC no pueden ser compuestos por árbitros que tengan la nacionalidad de una de las partes a la controversia.⁷⁹⁶ Por otro lado, tratándose de una controversia entre un país desarrollado y uno en vía de desarrollo, este último tiene el derecho de nombrar un árbitro, nacional de otro país de la misma categoría.⁷⁹⁷ Las reglas relativas a la nacionalidad de los miembros del Órgano de apelación adoptan un enfoque más “cosmopolita”. Según dichas reglas, la composición del OA debe reflejar la composición global de la OMC.⁷⁹⁸ No obstante, hasta la fecha el OA no ha contado con dos jueces de la misma nacionalidad.

Como lo señalé anteriormente, el objetivo de esta doble regla (sólo un juez por Estado en la composición de la Corte y derecho a un juez *ad hoc* para un Estado parte en una controversia para la que el otro Estado parte cuenta con un juez nacional) consiste en preservar (la apariencia) de independencia de los jueces internacionales. Como lo afirma Zile, sus dos componentes son dos partes de una misma moneda: frenar el “nacionalismo” de los jueces internacionales y evitar que un Estado particular tenga un grupo nacional de “simpatizantes” en una determinada jurisdicción internacional.⁷⁹⁹ En la opinión de Antonio Cassese, un juez podría recibir instrucciones expresas de su gobierno nacional respecto a cómo votar en la resolución concreta de un asunto.⁸⁰⁰ Además, el juez podría ser sujeto a influencias mucho más tácitas por parte de su Estado nacional. Los Estados muchas veces nominan jueces internacionales que son favorables a su posición nacional en el ámbito de las relaciones internacionales. Una vez terminada la carrera de un individuo como juez internacional, el seguimiento de la

⁷⁹⁵ Dannenbaum, Tom, *op. Cit.*, nota 782, pp. 103-104

⁷⁹⁶ Artículo 8-3 del Entendimiento sobre solución de las controversias de la OMC.

⁷⁹⁷ Artículo 8-10 del Entendimiento sobre solución de las controversias de la OMC.

⁷⁹⁸ Artículo 17-3 del Entendimiento sobre solución de las controversias de la OMC.

⁷⁹⁹ Zigurds L Zile, *A Soviet Contribution to International Adjudication: Professor Krylov's Jurisprudential Legacy*, *American Journal of International Law*, vol. 58, 1964, pp. 359-382, citado en Dannenbaum, Tom, *op. cit.*, nota 781, p. 116

⁸⁰⁰ Cassese, Antonio, in *Discussion: International Criminal Justice, in Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation*, p. 194 (Robert Badinter & Stephen Breyer eds., 2004), citado en Dannenbaum, Tom, *op. cit.*, nota 782, p. 117

misma también depende de su Estado (muchos antiguos jueces internacionales son después nominados a los altos cargos diplomáticos o gubernamentales, como miembros de la judicatura interna etc.).

En resumen, las reglas relativas a la nacionalidad de los jueces internacionales buscan evitar todo tipo de dependencia (natural o que puede parecer natural) de un juez respecto a su Estado nacional. De esta manera, se procura evitar que los jueces sean a la vez jueces y partes en una controversia. En todos los ámbitos de impartición de la justicia internacional, el vínculo de nacionalidad que une un juez internacional a su Estado nacional, es visto como un elemento, susceptible de violar el principio *Nemo iudex in causa sua*.

No obstante, como lo afirma Dadenndaum, la nacionalidad de un juez raras veces puede justificar la ansiedad respecto a su imparcialidad o independencia. Según este autor, la nacionalidad es sólo uno de los factores que determinan las “preferencias personales” (subjetivas) de un juez. El juez está obligado a desvincularse de dichas preferencias en el ejercicio imparcial de su actividad profesional. En primer lugar, el juez es un experto en Derecho internacional que dicta una sentencia, basada en reglas jurídicas, y fundamentada a través de una argumentación jurídica razonada, lógica y objetiva. Además, en la mayoría de los casos, el juez es miembro de un Tribunal internacional colegial, en el que tendrá que adaptar su postura respecto a un determinado caso con la de los otros magistrados. Por consecuencia, la nacionalidad de un juez internacional raras veces (pre)determina su independencia.⁸⁰¹ La jurisprudencia de los Tribunales internacionales admite muy raras violaciones del principio *Nemo iudex in causa sua*, debidas, exclusivamente, a la nacionalidad de un juez particular.

c) La aplicación del principio *Nemo iudex in causa sua* en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales

El primer aspecto del principio *Nemo iudex in causa sua*- la imparcialidad de los jueces internacionales- ha sido invocado en varios casos de su jurisprudencia.

⁸⁰¹ Dannenbaum, Tom, *op. Cit.*, nota 782, p. 119

Esta exigencia del principio *Nemo iudex in causa sua* ha sido discutida desde los inicios del desarrollo de los métodos judiciales de solución de controversias en el Derecho internacional. Podemos hallar ejemplos de sentencias muy antiguas que tratan del requerimiento de imparcialidad de los jueces internacionales. Varios casos resueltos por Tribunales arbitrales desde el siglo XIX demuestran la vigencia del principio *Nemo iudex in causa sua* en el ámbito de la justicia internacional, aún antes del establecimiento de las primeras jurisdicciones internacionales permanentes.⁸⁰² Así por ejemplo, en la sentencia *McKenny*, el Comisario estadounidense en una Comisión mixta de reclamaciones que resolvió una diferencia entre México y Estados Unidos consideró que: “(...) no es “un representante judicial de los Estados Unidos en esta Comisión”, ni un “agente judicial” de este gobierno. La autoridad que posee se deriva tanto de los Estados Unidos, como de México, y lo obliga a ejercerla imparcialmente y en beneficio de ambos.”⁸⁰³

La CPJI se pronunció por primera vez respecto a la aplicación del principio *Nemo iudex in causa sua* en el caso *Mosul (Interpretación del artículo 3 del Tratado de Lausanne)* en 1925. El origen de la controversia era una disputa

⁸⁰² Así por ejemplo, en el caso *Virginus* (1873), un barco de nacionalidad estadounidense fue capturado por militares españoles en la alta mar y los 53 miembros de su equipaje (entre los cuales había varios ciudadanos británicos) fueron rápidamente juzgados y ejecutados. El gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de España solicitaron al Gobierno británico intervenir en el arreglo de su controversia internacional en la calidad de árbitro. En una carta del 17 de noviembre de 1873, Earl Granville, el entonces Primer Ministro británico declinó la invitación, estimando que: “Ellos (El Gobierno de su Majestad, la Reina) consideran (...) que no son calificados para ser árbitros porque ellos mismos son también parte en la controversia, sujeta al arbitraje.” A contrario, respecto a la relación entre la calidad de árbitro internacional y representante de un Gobierno nacional, en el caso *Betsey* (1797) el Comisario de los Estados Unidos afirmó que: “Aunque yo sea ciudadano de uno sólo (de los Estados, parte en la controversia), soy (...) un juez para los dos. Cada nación tiene el mismo (...) derecho de exigirme fidelidad y diligencia en el examen (de las demandas), exactitud y justicia en la decisión.” En el mismo sentido en los casos *Medea* y *The Good return*, el Comisario de los Estados Unidos, después de adoptar una sentencia en contra de los intereses de su Gobierno nacional estimó que: “Los Comisarios deben considerarse a sí mismos no como abogados (*attorneys*) del uno o del otro (Estado parte en la controversia) sino como jueces nombrados con el propósito de resolver las cuestiones que se les someten, imparcialmente, conforme con el Derecho y la justicia, y sin referencia a qué parte de la controversia su decisión afectará favorable o desfavorablemente”. (todos estos casos son citados por Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, pp. 281-282)

⁸⁰³ Citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, pp. 282-283

territorial entre Turquía e Iraq por la antigua provincia otomana de Mosul.⁸⁰⁴ En virtud del artículo 3 del Tratado de Lausanne, las partes demandaron al Consejo de la Liga de Naciones de arbitrar su controversia. El Consejo solicitó una opinión consultativa a la CPJI respecto a varios problemas jurídicos suscitados por este litigio. La segunda pregunta presentada a la Corte se refería a las condiciones en las que el Consejo debía adoptar su decisión resolutoria del asunto. En particular, se trataba de saber si la decisión debía ser adoptada con la unanimidad o la mayoría de los miembros votantes y si en la votación podían participar representantes de los dos países, partes en la controversia. La Corte estimó que la decisión por la que el Consejo resolvía la controversia debía ser adoptada a la unanimidad y que no había impedimento para la participación de representantes turcos e iraquíes en la votación. No obstante, la Corte afirmó que “la regla bien conocida según la cual nadie puede ser juez en su propio juicio” se aplica a las circunstancias. En consecuencia, la CPJI concluyó que los votos de los representantes de las dos partes en la controversia no debían ser contados para determinar si la decisión obtuvo la unanimidad de los miembros del Consejo.⁸⁰⁵

Por su parte, la CIJ aplicó el principio *Nemo iudex in causa sua* en el caso *Anglo-Iranian Co.*⁸⁰⁶ En dicho asunto, el juez de nacionalidad india Sir Benegal Raw declinó su competencia para participar en la resolución de la controversia porque había sido representante de India en el Consejo de Seguridad de la ONU cuando éste adoptó una decisión que servía de antecedente para la resolución del caso en cuestión.⁸⁰⁷

⁸⁰⁴ Tanto Iraq como Turquía pretendían ejercer su soberanía territorial sobre la provincia. La Liga de las Naciones había nombrado una Comisión especial que después de entrevistar a la población de la provincia recomendó otorgar su administración al entonces Reino de Iraq, bajo mandato británico.

⁸⁰⁵ CPJI, *Mosul Boundary Case*, opinión consultativa, núm. 12, 21 de noviembre de 1925, Párr. 95-98, disponible en http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.11.21_lausanne.htm

⁸⁰⁶ CIJ, 22 de julio de 1952

⁸⁰⁷ En particular, el Consejo de Seguridad había tenido que pronunciarse sobre la demanda de Gran Bretaña en contra de la inejecución, por parte de Irán, de las medidas cautelares pronunciadas por la CIJ en su sentencia previa.

Posteriormente, en el caso *Namibia*,⁸⁰⁸ la CIJ rechazó la demanda de Sudáfrica de recusar a los jueces Sir Zafrulla Khan, Padilla Nervo y Morozov debido a su previa participación en el caso en la calidad de representantes de sus Gobiernos nacionales ante la ONU. La Corte concluyó que la pasada actividad de los jueces como representantes de sus Gobiernos no violaba el artículo 17 de su Estatuto.

En el mismo sentido, en el caso *Certain Phosphate Lands in Nauru*⁸⁰⁹ uno de los jueces se recusó, debido a su involucración previa con el caso. Otro juez de la CIJ estimó que no podía participar en la resolución de la controversia en el caso *Arbitral Award of 31 July of 1989*⁸¹⁰ porque había sido árbitro en la sentencia arbitral que lo originó. *A contrario*, en el caso *Rights of Nationals of the United States in Morocco*⁸¹¹ participaron dos jueces que habían sido consejeros jurídicos de las partes en la controversia en sus etapas anteriores.⁸¹²

La jurisprudencia de la CEDH respecto al principio *Nemo iudex in causa sua* se refiere a los criterios de aplicación del artículo 6 de la Convención europea de derechos humanos. Por lo tanto, se trata de la apreciación de la independencia e imparcialidad de los jueces internos y no internacionales. No obstante, dichos criterios merecen la atención porque fueron retomados por otros Tribunales internacionales a través de la utilización de “referencias cruzadas” (*cross-references*).

Uno de los casos en los que la CEDH estableció con claridad el doble-test de imparcialidad de un magistrado es *Piersack c. Bélgica*.⁸¹³ En este caso el Sr. Piersack alegaba la falta de imparcialidad de uno de los jueces del Tribunal penal que lo condenó, en particular, porque este juez había ejercido el cargo previo de

⁸⁰⁸ CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, opinión consultativa, 21 de junio de 1971, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>

⁸⁰⁹ CIJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Australia vs Nauru)*, 26 de junio de 1992, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=80&code=naus&p3=4>

⁸¹⁰ CIJ, *Arbitral Award of 31 July of 1989 (Guinea Bissau vs Senegal)*, 31 de Julio de 1989, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=82&code=gbs&p3=4>

⁸¹¹ CIJ, *Rights of Nationals of the United States in Morocco (France vs USA)*, 27 de agosto de 1952, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=11&code=fus&p3=4>

⁸¹² Citados en Miller, Nathan, *op. Cit.*, nota 744, pp. 5-6

⁸¹³ CEDH, *Piersack C. Bélgica*, 1o de octubre de 1982, <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/621>

Procurador. Según el demandante, dicho cargo le había permitido pre-juzgar de su caso y le había creado prejuicios, susceptibles de afectar su imparcialidad. La CEDH estimó que la apreciación de la imparcialidad de un juez (interno) debe ser sujeta a un doble criterio. En primer lugar, se debe aplicar un criterio subjetivo, al determinar la convicción personal de un juez sobre un determinado caso y, en segundo lugar, se debe proceder a un examen objetivo para saber si las garantías a su imparcialidad son suficientes para excluir cualquier duda legítima al respecto.⁸¹⁴ Dicho en otros términos, no es necesario probar exclusivamente la imparcialidad subjetiva de un juez, sino que basta con alegar la existencia de una apariencia suficientemente fundada de imparcialidad. En lo particular, la CEDH consideró que se trataba de una violación de este segundo criterio objetivo del test de imparcialidad. El juez que previamente había fungido como Procurador, generó en el Sr. Piersack una duda legítima respecto a su imparcialidad. Consecuentemente, Bélgica fue condenada por una violación del artículo 6 de la Convención europea de derechos humanos. Este doble test de imparcialidad fue reiterado por la CEDH en varios casos de su jurisprudencia posterior.⁸¹⁵

⁸¹⁴ En términos de la Corte: “*Whilst impartiality normally denotes absence of prejudice or bias, its existence or otherwise can, notably under Article 6 § 1 (art. 6-1) of the Convention, be tested in various ways. A distinction can be drawn in this context between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.*” (caso *Piersack c. Bélgica*, párr. 30)

⁸¹⁵ Así por ejemplo, en el caso *Delcourt c. Bélgica*, la CEDH examinó la función que cumple el Procurador general ante la Corte de casación belga. En efecto, según el Derecho de este país el Procurador podía estar presente en las deliberaciones de dicho Tribunal sin posibilidad de votar. Aplicando el doble test de imparcialidad introducido en la sentencia *Piersack*, la CEDH concluyó que la presencia del Procurador en las deliberaciones no afectaba la independencia e imparcialidad de la Corte de casación belga. En el mismo sentido, en el caso *Hauschildt v. Dinamarca* (sentencia del 24 de mayo de 1989), el demandante ante la CEDH, Mogens Hauschildt, cuestionaba la imparcialidad de un juez, quien, después de haber dictado una serie de resoluciones decretando la prisión provisional del Sr. Hauschildt, formó parte del Tribunal de Copenhague que, junto con otros dos magistrados no profesionales, celebró la vista oral del procedimiento seguido en su contra y posteriormente dictó su sentencia condenatoria. La CEDH reiteró que la imparcialidad se debe valorar también con arreglo a un criterio objetivo que lleve a la seguridad de que reunía las garantías suficientes para excluir, a este respecto, cualquier duda legítima. Resumiendo el doble test de imparcialidad, la CEDH en el caso *Findlay c. Reino Unido* afirmó que: “[I]n order to establish whether a tribunal can be considered as “independent,” regard must be had *inter alia* to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence (...). As to the question of “impartiality,” there are two aspects to this requirement. First, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to

La jurisprudencia de la CEDH respecto a la imparcialidad de los jueces internos es literalmente seguida por la CIDH. Así por ejemplo, en el caso *Herrera Ulloa*⁸¹⁶, la CIDH citó lo establecido en las sentencias *Morris*⁸¹⁷ y *Pabla KY*⁸¹⁸ de la CEDH, recordando el doble test de imparcialidad que se debe aplicar a los jueces nacionales. En términos de la Corte: “Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso.”⁸¹⁹ En lo particular la Corte consideró que los jueces de la Corte de casación de Costa Rica no habían reunido la exigencia de imparcialidad porque se habían pronunciado en una casación anterior respecto a gran parte del fondo del litigio del Sr. Herrera Ulloa, prejuzgando de esta manera de su asunto.⁸²⁰ Las mismas consideraciones fueron expresadas por la CIDH en el caso *Palamara Iribarne contra Chile*⁸²¹ respecto a la imparcialidad de los Tribunales militares chilenos.⁸²² De la misma manera, la CIDH

exclude any legitimate doubt in this respect (...).” (citado en Torre Blanco, Humberto, *La imparcialidad objetiva en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, disponible en <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/judicial/HumbertoTorre.pdf>, pp. 7-10)

⁸¹⁶ CIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

⁸¹⁷ CEDH, *Steel and Morris vs the UK*, 15 de mayo de 2005, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68224>

⁸¹⁸ CEDH, *Pabla KY vs Finlandia*, 22 de junio de 2004, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_INDEX_2004_ENG_863567.pdf

⁸¹⁹ Sentencia *Herrera Ulloa*, cit., nota 816, párr. 170

⁸²⁰ Sentencia *Herrea Ulloa*, cit., nota 816, párr. 171-175

⁸²¹ CIDH, *Palamara Iribarne contra Chile*, 22 de noviembre de 2005, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

⁸²² En particular, la CIDH estimó que: “La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya

en el caso *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*⁸²³ citó lo establecido por la CEDH en los casos *Pullar contra Reino Unido*⁸²⁴, *Fey contra Austria*⁸²⁵, *Daktaras contra Lituania*⁸²⁶ y *Piersack contra Bélgica*⁸²⁷ para estimar que: “En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.”

La jurisprudencia de la CEDH sobre la imparcialidad de los miembros de un Tribunal fue retomada literalmente en una sentencia reciente de otro Tribunal internacional. En efecto, el TPIY, en el caso *Furundzija*⁸²⁸ se basó en la jurisprudencia de la CEDH para aplicar el principio *Nemo iudex in causa sua* en el contexto específico de la justicia penal internacional. La Cámara de apelaciones

en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.” (sentencia *Palamara Iribarne contra Chile*, cit., nota, párr. 145-147)

⁸²³ CIDH, *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*, 5 de agosto de 2008, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

⁸²⁴ CEDH, *Pullar vs the UK*, 10 de junio de 1996, disponible en <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/a33a6b18677f067ac1256640004c2fd0?OpenDocument>

⁸²⁵ CEDH, *Fey vs Austria*, 24 de febrero de 1993, disponible en <http://echr.ketse.com/doc/14396.88-en-19930224/>

⁸²⁶ CEDH, *Daktaras vs Lithuania*, 11 de enero de 2000, disponible en <http://echr.ketse.com/doc/42095.98-en-20000111/>

⁸²⁷ Cit., nota 812

⁸²⁸ TPIY, Cámara de apelaciones, 21 de julio de 2000

no aclaró la naturaleza de dicho principio pero su carácter de principio general del Derecho fue discutido en la declaración del juez Shabudeen.⁸²⁹

En lo particular, se trataba de una alegación de imparcialidad en contra de la juez Florence Mumba. Según los abogados del Sr. Furundzija, la juez había defendido una causa política, al proponer, en el detrimento del acusado, que la violación se considerara como un crimen de guerra. Los defensores del Sr. Furundzija alegaron que en su anterior puesto en la Comisión de la ONU sobre el estatus de las mujeres, la juez Mumba había participado activamente en la elaboración de la *Beijing Platform for Action*. En dicho documento se proponía considerar a la violación y a otros crímenes de género como crímenes contra la humanidad. Según los abogados de la defensa, esta toma de posición previa respecto a uno de los problemas por resolver en el caso Furundzija, era susceptible de afectar la imparcialidad de la juez Mumba. Además, según los defensores del acusado, debido a su participación en la Comisión de la ONU, la juez Mumba se había reunido con tres grupos no gubernamentales que intervenían como *amici curae* en el caso Furundzija. Esta relación previa de la juez con los *amici* también sería de naturaleza a afectar su participación imparcial en el asunto.⁸³⁰ Respecto a estas alegaciones, la Cámara de apelaciones del TPIY consideró que se debe apreciar no solamente la imparcialidad subjetiva de un juez, sino también las circunstancias que podrían crear una duda legítima respecto a su imparcialidad objetiva.⁸³¹ El TPIY consideró que un juez es imparcial si: 1) es demostrado que existe una imparcialidad actual (subjetiva) o si existe una apariencia inaceptable de imparcialidad (objetiva). Una tal apariencia existe si: el juez es parte al caso o tiene intereses financieros o propietarios relacionados con su resolución, o si dicha resolución llevará a la obtención de una causa en la que el juez está involucrado junto con una de las partes. Bajo estas circunstancias la recusación del juez debe ser automática; 2) las circunstancias llevarían a un

⁸²⁹ Según el juez Shabudeen, no era necesario comprobar si se trataba de un principio general del Derecho, ya que dicho principio era “recogido” (“cristalizado”) en el artículo 13 del Estatuto del TPIY. No obstante, en la opinión del este juez, el principio de imparcialidad es sin duda un principio general del Derecho reconocido en todos los órdenes jurídicos internos. (declaración del juez Shabudeen en el caso Furundzija, citada en Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota , p. 135

⁸³⁰ Miller, Nathan, *op. Cit.*, nota 744, p. 7

⁸³¹ Sentencia Furundzija, Cámara de apelaciones, párr. 189-191

observador razonable a dudar razonablemente de la imparcialidad del juez.⁸³² Respecto a la determinación de un “observador razonable”, el Tribunal estimó que “una persona razonable debe ser una persona informada, con conocimiento acerca de todas las circunstancias relevantes de un caso, incluyendo las exigencias de independencia e imparcialidad (...) y tener conocimiento del hecho de que la imparcialidad es uno de los deberes que los jueces prometen cumplir bajo juramento.”⁸³³ En lo particular, la Cámara de apelaciones estimó que la relación de la juez Mumba con algunos de los *amici curae* era demasiado distante para crear una duda razonable respecto a su imparcialidad. Además, el Tribunal subrayó que su participación previa en los trabajos de la ONU acerca de los crímenes de género constituía una importante aportación para el desarrollo del Derecho internacional y, en vez de descalificar su labor como juez en el caso *Furundzija*, la calificaba aún más.⁸³⁴ Finalmente, el Tribunal también recordó que la imparcialidad de un juez internacional goza de una presunción, muy difícil de refutar.⁸³⁵

La cuestión de la imparcialidad de la juez Florence Mumba fue de nuevo objeto de la demanda en el caso *Talic*.⁸³⁶ En la opinión de los defensores del Sr. Talic, la participación previa de la juez en el asunto *Tadic*, que trataba de hechos muy similares, era susceptible de crear una duda respecto a su imparcialidad. El TPIY rechazó la demanda, considerando que no se deben tomar en cuenta todas

⁸³² En palabras del Tribunal: “A. A Judge is not impartial if it is shown that actual bias exists. B. There is an unacceptable appearance of bias if: i) a Judge is a party to the case, or has a financial or proprietary interest in the outcome of a case, or if the Judge's decision will lead to the promotion of a cause in which he or she is involved, together with one of the parties. Under these circumstances, a Judge's disqualification from the case is automatic; or ii) the circumstances would lead a reasonable observer, properly informed, to reasonably apprehend bias.” (Sentencia *Furundzija*, párr. 164-215 (apéndice IV))

⁸³³ En términos de la Cámara de apelaciones del TPIY: “reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including the traditions of integrity and impartiality that form a part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties that Judges swear to uphold.” (Sentencia *Furundzija*, párr. 190)

⁸³⁴ Miller, Nathan, *op. Cit.*, nota 744, pp. 7-8

⁸³⁵ Sentencia *Furundzija*, párr. 196-197

⁸³⁶ TPIY, *Decision on the Application by Momir Talic for the Disqualification and Withdrawal of a Judge* (Trial Chamber II), 18 de mayo de 2000, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tdec/en/00518DQ212937.htm>

las apariencias de imparcialidad que las partes invocan, con el objetivo de obtener un juicio más favorable a su causa.⁸³⁷

De la misma manera, en el caso *Kordic y Cerkez*⁸³⁸ el TPIY rechazó una demanda de recusación de los jueces Jorda y Riad debido a su participación previa en un caso que trataba de los mismos hechos.

Finalmente, en el caso *Celebici*⁸³⁹, el TPIY utilizó una “referencia cruzada” a la jurisprudencia de la CEDH para pronunciarse sobre una demanda de recusación por imparcialidad de la juez Odio-Benito. Esta juez había sido nominada recientemente a ocupar el cargo de Vice-Presidenta de Costa Rica, que en este entonces era miembro no permanente del Consejo de Seguridad de la ONU. Los abogados de la defensa alegaron la incompatibilidad de dicha función con lo establecido en el artículo 16 del Estatuto del TPIY. Además, consideraron que dicha incompatibilidad era susceptible de crear una duda legítima respecto a su imparcialidad. Los miembros del TPIY rechazaron esta demanda y subrayaron que la juez Odio-Benito había afirmado, en repetidas ocasiones, que no tomará posesión del cargo de vice-presidenta de su país antes de que se resuelva el caso pendiente ante el Tribunal. Por lo tanto, no existía ni un cumulo de funciones contrario con el artículo 16 del Estatuto del TPIY, ni una apariencia justificada de imparcialidad.⁸⁴⁰

La jurisprudencia del TPIR ofrece ejemplos muy interesantes de aplicación del principio *Nemo iudex in causa sua* en el contexto internacional. A partir del caso *Rutaganda*⁸⁴¹, el Tribunal aceptó los criterios relativos a la apreciación de la

⁸³⁷ En particular los miembros del Tribunal recordaron las famosas consideraciones del *Chief Justice* Mason estimando que: “*It needs to be said loudly and clearly that the ground of disqualification is a reasonable apprehension that the judicial officer will not decide the case impartially or without prejudice, rather than that he will decide the case adversely to one party. [...] Although it is important that justice must be seen to be done, it is equally important that judicial officers discharge their duty to sit and do not, by acceding too readily to suggestions of appearance of bias, encourage parties to believe that, by seeking the disqualification of a judge, they will have their case tried by someone thought to be more likely to decide the case in their favour.*” (sentencia *Talic*, párr. 18, citado en Miller, Nathan, *op. cit.*, nota , p. 6)

⁸³⁸ TPIY, *Kordic y Cerkez* 17 de diciembre de 2004, disponible en http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/fr/index.htm

⁸³⁹ TPIY, *Celebici*, 16 de noviembre de 1998

⁸⁴⁰ Miller, Nathan, *op. Cit.*, nota 744, p. 6.

⁸⁴¹ TPIR, *Georges A. N. Rutaganda vs. Prosecutor*, 26 de mayo de 2003, disponible en <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Rutaganda/decisions/030526.pdf>

imparcialidad de los jueces penales internacionales ya desarrollados en la jurisprudencia del TPIY. En particular, el Tribunal utilizó una “referencia cruzada”, al citar lo establecido al respecto en los casos *Acayesu*⁸⁴², *Furundzija*⁸⁴³ y *Celebici*⁸⁴⁴, y estimó que el derecho a un tribunal independiente e imparcial forma parte del derecho a un debido proceso.⁸⁴⁵

Como lo expuse anteriormente, en principio, sólo las jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos son competentes para pronunciarse sobre la imparcialidad e independencia de los miembros de los Tribunales internos. La apreciación de la imparcialidad de los jueces internos por parte de los jueces internacionales se basa en lo previsto al respecto en las Convenciones internacionales de protección de los derechos humanos. No obstante, las jurisdicciones penales internacionales también han recibido una autorización expresa para pronunciarse sobre la independencia e imparcialidad de los miembros de los Tribunales internos. En virtud del artículo 11 *bis* de las Reglas de procedimiento del TPIR, el Tribunal puede transferir un acusado a una jurisdicción interna del país en el que se cometió el crimen o en el que el acusado fue arrestado o en cualquier otro Estado que esté competente para juzgarlo. Para determinar la oportunidad de esta transferencia, el Tribunal debe examinar, en particular, si los Tribunales internos que juzgarán al individuo reúnen las garantías del debido proceso.⁸⁴⁶

Así, en el caso *Munyazaki*, la Cámara de primera instancia del TPIR había negado la transferencia del acusado a un Tribunal ruandés, estimando que este último no reunía las garantías necesarias de independencia e imparcialidad. En

⁸⁴² Cit., nota

⁸⁴³ Cit., nota 823

⁸⁴⁴ Cit., nota 839

⁸⁴⁵ Sentencia *Rutaganda*, cit., nota 841, párr. 38-42

⁸⁴⁶ El artículo 11 bis de las Reglas de procedimiento del TPIR establece que: “(A) *If an indictment has been confirmed, whether or not the accused is in the custody of the Tribunal, the President may designate a Trial Chamber which shall determine whether the case should be referred to the authorities of a State:(i) in whose territory the crime was committed; or (ii) in which the accused was arrested; or (iii) having jurisdiction and being willing and adequately prepared to accept such a case, so that those authorities should forthwith refer the case to the appropriate court for trial within that State. (...) (C) In determining whether to refer the case in accordance with paragraph (A), the Trial Chamber shall satisfy itself that the accused will receive a fair trial in the courts of the State concerned and that the death penalty will not be imposed or carried out.*”

particular, la Cámara de primera instancia consideró que el Tribunal era compuesto por un solo juez, lo que le impedía ser neutral. La falta de colegialidad del órgano favorecía la recepción de influencias y presiones políticas por parte del Gobierno de Ruanda. La Cámara de apelaciones del TPIR consideró que la Cámara de primera instancia había hecho una apreciación errónea de la imparcialidad del Tribunal ruandés. En particular, la Cámara de primera instancia no había comprobado de manera suficiente la ausencia de garantías a la imparcialidad del Tribunal ruandés (*Rwandian High Court*). La Cámara de apelaciones subrayó que una jurisdicción compuesta por un único juez no es *ipso facto* imparcial.⁸⁴⁷

La Cámara de apelaciones común de los dos Tribunales penales *ad hoc* también aplicó el principio de imparcialidad de los jueces en el caso *Renzaho*⁸⁴⁸. En dicho caso, el acusado invocaba la imparcialidad de los jueces del TPIR debido a su participación previa en dos asuntos⁸⁴⁹ que trataban de hechos idénticos a los de su causa. La Cámara de apelaciones citó lo establecido al respecto en su jurisprudencia previa, recordando que la imparcialidad de un Tribunal es un requerimiento básico del derecho a un debido proceso, expresado en los artículos 19 y 20 del Estatuto del Tribunal y 15 (A) de sus reglas de procedimiento.⁸⁵⁰ El Tribunal también citó varios considerandos de los casos *Furundzija*⁸⁵¹ y *Celebici*⁸⁵² del TPIY y recordó el doble test de la CEDH respecto a la garantía de

⁸⁴⁷ TPIR, *Prosecutor vs. Munyazaki*, decision of the Appeals Chamber, 8 de octubre de 2008, Párr. 22-30,

<http://www.unict.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CMunyakazi%5Cdecisions%5C081008.pdf>

⁸⁴⁸ TPIR, *Tharcisse Renzaho vs. The Prosecutor*, Appeal Chamber, 1 de abril del 2011, http://www.unict.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CRenzaho%5Cjudgement%20and%20sentence%5C110401_apl_judgement.pdf

⁸⁴⁹ TPIR, *Bagosora et al. vs. The Prosecutor*, Trial Chamber, 18 de diciembre de 2008.

⁸⁵⁰ En particular, el Tribunal recordó lo establecido al respecto en el caso *Nahimana et al.*, estimando que: “*The right of an accused to be tried before an impartial tribunal is an integral component of his right to a fair trial as provided in Articles 19 and 20 of the Statute. Furthermore, Article 12 of the Statute cites impartiality as one of the essential qualities of any Tribunal Judge, while Rule 14(A) of the Rules provides that, before taking up his duties, each Judge shall make a solemn declaration that he will perform his duties and exercise his powers “impartially and conscientiously”. The requirement of impartiality is again recalled in Rule 15(A) of the Rules, which provides that “[a] judge may not sit in any case in which he has a personal interest or concerning which he has or has had any association which might affect his impartiality”.* (sentencia *Renzaho*, cit., nota 848, párr. 20)

⁸⁵¹ Cit., nota 828

⁸⁵² Cit., nota 839

imparcialidad: se debe apreciar no sólo la imparcialidad subjetiva sino también la imparcialidad objetiva de un juez.⁸⁵³ El Tribunal subrayó la presunción de imparcialidad de la que gozan todos los jueces, misma que puede ser difícilmente refutada.⁸⁵⁴ La carga de la prueba del contrario corresponde a la parte que alega la imparcialidad. Respecto a la participación de los jueces internacionales en asuntos con hechos similares o idénticos, la Cámara de apelaciones reafirmó lo establecido en el caso *Tadic*⁸⁵⁵: un juez penal no es descalificado por tener que pronunciarse sobre varios casos, originados en los mismos hechos.⁸⁵⁶

La cuestión de la imparcialidad de los jueces también fue invocada en el caso *Hategekimana* del 8 de mayo de 2012⁸⁵⁷. En dicho asunto, el acusado invocaba una apariencia de imparcialidad de los jueces de la Cámara de primera instancia del TPIR debido a la participación de un jurista de dicho Tribunal en un concurso de ensayos. El Tribunal había organizado un concurso de ensayos para jóvenes africanos. El ensayo que obtuvo el primer premio relataba los asesinatos cometidos por el acusado y contenía una ficción de la sentencia del TPIR en la que un juez lo reconocía culpable. Según su defensa, la participación de un jurista del Tribunal en el jurado del concurso y su posterior participación en la redacción de la sentencia de la Cámara de primera instancia creaban una duda legítima respecto a su imparcialidad. La Cámara de apelaciones rechazó su demanda, recordando que la adopción de las sentencias está al cargo exclusivo de los jueces y que los demás integrantes del Tribunal no intervienen en dicha actividad. Además, la Cámara de apelaciones señaló que según una jurisprudencia bien

⁸⁵³ En palabras del Tribunal: "The Appeals Chamber has previously held that a Judge should not only be subjectively free from bias, but there should also be nothing in the surrounding circumstances which objectively gives rise to an appearance or a reasonable apprehension of bias." (sentencia *Renzaho*, cit., nota 848, párr. 21)

⁸⁵⁴ Según el Tribunal: "There is a presumption of impartiality which attaches to any Judge of the Tribunal and which cannot be easily rebutted." (sentencia *Renzaho*, cit., nota, par. 21)

⁸⁵⁵ Cit.

⁸⁵⁶ En terminos del Tribunal: "It is assumed, in the absence of evidence to the contrary, that, by virtue of their training and experience, the Judges will rule fairly on the issues before them, relying solely and exclusively on the evidence adduced in the particular case. The Appeals Chamber agrees with the ICTY Bureau that "a judge is not disqualified from hearing two or more criminal trials arising out of the same series of events, where he is exposed to evidence relating to these events in both cases." (sentencia *Renzaho*, cit., nota 848, párr. 22)

⁸⁵⁷ TPIR, *Ildelphonse Hategekimana vs, Prosecutor*, 8 de mayo de 2012, <http://www.unictf.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CHategekimana%5Cjudgement%5C120508.pdf>

establecida en la materia, los jueces del Tribunal benefician de una presunción de imparcialidad que puede ser difícilmente refutada por la parte que la invoca.⁸⁵⁸

En conclusión, puedo afirmar que el principio *Nemo iudex in causa sua* constituye un principio fundamental del proceso judicial internacional, común e inherente a todos los Tribunales internacionales. Dicho principio garantiza que la impartición de la justicia internacional sea confiada a un juez, verdaderamente imparcial e independiente. La cristalización de los distintos aspectos de dicho principio en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales demuestra su fundamental importancia para el ejercicio de la función judicial internacional. Además, su aplicación e interpretación concordante por parte de los Tribunales internacionales manifiesta un acuerdo general (y universal) acerca de su tenor y alcances. De este modo, el respeto del principio *Nemo iudex in causa sua* se convierte en un requerimiento básico e imprescindible de la resolución judicial de las controversias internacionales.

C. El principio *lura novit curia*

a) El objetivo del principio *lura novit curia*: distinguir la función judicial de la de las partes en una controversia

lura novit curia (el juez conoce el Derecho) constituye un adagio latín que reenvía a prácticas muy antiguas del Derecho romano, relativas a la determinación de la función del juez y de las partes en la resolución judicial de las controversias. Según este principio, el juez es el encargado de conocer o saber el Derecho y las partes son responsables de demostrarle los hechos. Dicho principio es válido para todo juez y es inherente al ejercicio mismo de la función judicial, interna o internacional. En el mismo sentido, el principio *lura novit curia* se aplica a todas las jurisdicciones internacionales, sin excepción alguna. Todos los jueces

⁸⁵⁸ sentencia *Hategekimana*, cit, nota 856, párr. 13-22

internacionales tienen una responsabilidad particular: conocer el Derecho aplicable a la resolución pacífica de las controversias internacionales.⁸⁵⁹

El principio *lura novit curia* no figura en los Estatutos constitutivos de los Tribunales internacionales pero resulta claramente de su práctica jurisprudencial. Así por ejemplo, la CIJ aplicó dicho principio en el caso *Pesquerías del Atlántico*⁸⁶⁰. Ante el carácter incierto de las reglas del Derecho marítimo internacional y en ausencia de un acuerdo de las partes respecto a su interpretación o alcance, la CIJ se veía obligada a conocer y “decir el Derecho”. La Corte afirmó las características de su propia función en términos muy solemnes. La CIJ señaló que “la Corte tiene por misión determinar y aplicar el Derecho en las circunstancias de cada caso particular; la obligación de establecer o de probar sus reglas no puede ser impuesta a ninguna de las partes porque el Derecho atañe del conocimiento judicial de la Corte.” Dicho en otros términos, la Corte debe “decir” el Derecho a las partes y su demostración (o negación) no depende de las mismas. Sin importar las dudas acerca del contenido y del alcance de las normas jurídicas aplicables al litigio, la Corte determinará el Derecho y resolverá la controversia. Dicha afirmación resume de manera muy clara el principio *lura novit curia*.⁸⁶¹

Como lo señalé anteriormente, el principio *lura novit curia* concierne la repartición de las funciones entre el juez y las partes: el juez conoce el Derecho y las partes, únicamente los hechos. Dicha repartición se expresa, además, en otro adagio del Derecho romano: *Dami factum, dabo tibi ius* (Dame los hechos y yo te daré el Derecho). Estos dos adagios expresan una sabiduría jurídica de más de 20 siglos de antigüedad en el ámbito de la impartición de la justicia. La repartición de las competencias entre el juez y las partes en una controversia internacional

⁸⁵⁹ Verhoeven, Joe, *Juris novit curia et le juge international*, disponible en http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Verhoeven_CT_video_1.html

⁸⁶⁰ Dicho asunto se originaba en una controversia de delimitación marítima (relativa, en particular a las zonas de pesca del Atlántico Norte) entre Gran Bretaña, Alemania e Islandia. Durante la fase judicial de la controversia ante la CIJ, Islandia se negó a comparecer y no presentó demandas escritas para protestar contra lo que ella consideraba como invasión de sus aguas territoriales por parte de Gran Bretaña y Alemania.

⁸⁶¹ Verhoeven, Joe, *op. Cit.*, nota 859

conduce al establecimiento de una presunción de carácter irrefutable: el juez debe conocer el Derecho para poder “dárselo” a las partes.⁸⁶²

Así, el principio *lura novit curia* obliga al juez, en primer lugar, a conocer el Derecho⁸⁶³ y, en segundo, a aplicarlo para resolver el litigio. ¿Por qué es necesario conocer el Derecho? ¿Qué hay que conocer y cómo conocerlo?

En primer lugar, es necesario que el juez conozca el Derecho porque si no lo conociera dependería por completo de lo que las partes determinen como Derecho. En este caso, las partes podrían no llegar a un acuerdo sobre el Derecho aplicable al caso, o *a contrario*, entenderse “a espaldas” del juez sobre el contenido del mismo. En la primera hipótesis, la ausencia de Derecho determinado por las partes impediría al juez ejercer su función judicial y, en la segunda, se correría el peligro de que las partes, de un común acuerdo, deformen el Derecho para “hacer decir” al juez lo que más les convenga. En virtud del principio *lura novit curia*, las partes pueden expresarse respecto a la oportunidad de las normas jurídicas aplicables al caso (si es justo o no de que se les apliquen, si es eficaz, etc.). No obstante, estas últimas no deben decir lo que “es” el Derecho porque dicha determinación corresponde exclusivamente al juez.⁸⁶⁴

En segundo lugar, cabe preguntarse qué tiene que conocer el juez para cumplir con los postulados del principio *lura novit curia*. El juez no está obligado a conocer los acuerdos particulares concluidos por las partes (por lo menos los acuerdos que las partes no le comunican explícitamente); su conocimiento del Derecho⁸⁶⁵ se basa principalmente en las reglas de aplicación general.⁸⁶⁶

⁸⁶² Verhoeven, Joe, *op. Cit.*, nota 859

⁸⁶³ En aplicación de otro principio de Derecho romano, nadie debe ignorar la ley (en particular para que se le exima de su incumplimiento): *Nemo censetur ignorare legem*. En virtud de dicho principio, nadie puede alegar desconocer el Derecho para poder excusarse de su incumplimiento. Este principio se aplica, en primer lugar, a los particulares. La necesaria obligatoriedad de las normas jurídicas y la capacidad del Estado para hacerlas cumplir exige que, a partir de la publicación de una norma jurídica, todos sus sujetos deben respetarla. Por lo tanto, no pueden utilizar su desconocimiento como pretexto para no cumplir con sus preceptos.

⁸⁶⁴ Verhoeven, Joe, *op. Cit.*, nota 859

⁸⁶⁵ El conocimiento por parte del juez de las reglas de aplicación general no implica que las partes al litigio las ignoren. No obstante, el juez tiene un conocimiento privilegiado de dichas reglas o de lo que podría considerarse como “el espíritu de las leyes.”

⁸⁶⁶ Verhoeven, Joe, *op. Cit.*, nota 859

Consecuentemente, el conocimiento del Derecho por parte del juez concierne únicamente al Derecho internacional- Derecho del orden jurídico que le otorga su función judicial. El juez no puede, ni debe conocer el Derecho nacional de las partes o cualquier otro Derecho interno de un Estado miembro de la Comunidad internacional. El juez internacional tiene el monopolio del conocimiento del Derecho internacional y la responsabilidad de decir el Derecho (*iuris dictio*) para resolver los litigios concretos que se le someten.⁸⁶⁷ Además de la obligación de conocer el Derecho (internacional), el principio *lura novit curia* impone al juez la obligación de “decir” este Derecho (*iuris dictio*), de “dárselo” a las partes. Para que el juez “diga lo que sabe” (es decir, el Derecho), las partes deben aportarle los hechos sobre los cuales se basará la resolución judicial de la controversia. En particular, las partes deben presentar al juez una demanda y precisarle la causa de su demanda (los hechos que la justifican).⁸⁶⁸

b) La aplicación convergente del principio *lura novit curia* en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales

El principio *lura novit curia* fue aplicado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales. Como lo expuse anteriormente, dicho principio no está expresamente establecido en el Estatuto constitutivo de ninguna de las jurisdicciones internacionales examinadas. Su desarrollo resulta principalmente de la práctica jurisprudencial concreta de los jueces internacionales. La afirmación de sus principales postulados se basa en las “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de otros Tribunales internacionales.

⁸⁶⁷ ¿Cómo saber lo que son las reglas generales del Derecho internacional? En los órdenes jurídicos internos dichas reglas son, en la mayoría de los casos, escritas y llevadas al conocimiento de todos a través de los distintos procedimientos de publicación. Además, dichas reglas muchas veces son agrupadas y sistematizadas en Códigos. Tales procedimientos no existen en el ámbito internacional. El juez internacional no puede simplemente hojear un Diario Oficial o cualquier otro texto compilatorio de las normas generales del Derecho internacional y así conocerlas. Por lo tanto, muchas veces el juez debe hacer una tarea indagatoria particularmente difícil para determinar la existencia de las normas del Derecho internacional general (por ejemplo de la costumbre o de los principios generales del Derecho), de su alcance o de su aplicabilidad en el caso particular que las partes le someten.

⁸⁶⁸ Verhoeven, Joe, *op. Cit.*, nota 859

Dichas referencias muchas veces son explícitas y permiten a cada jurisdicción internacional, por un lado, confirmar la eficacia del principio *lura novit curia*, y por el otro, legitimar su utilización para la resolución del caso concreto.

Las primeras jurisdicciones internacionales que aplicaron el principio *lura novit curia* en el ámbito del Derecho internacional fueron la CPJI y su sucesora: la CIJ. Así por ejemplo, en el caso *Río Oder (River Oder Case)*⁸⁶⁹, la CPJI afirmó que las partes deben aportar los hechos, pero la Corte puede calificar jurídicamente los mismos de manera autónoma. Por consecuencia, el juez internacional puede examinar una cuestión de Derecho *ex officio* o *proprio motu*, incluso si dicha cuestión no fue invocada en la petición presentada por las partes. En lo particular, Polonia estimaba que la Corte no debía basar su decisión en la aplicación e interpretación de una convención internacional (la convención de Barcelona) porque su gobierno no la había ratificado. La Corte consideró que aún si Polonia no había ratificado dicha convención, era evidente que su aplicación a los hechos del caso era una clara cuestión de Derecho que podría y debería ser examinada por la Corte *ex officio*.⁸⁷⁰

De igual manera, en el caso *Lotus*⁸⁷¹, la CPJI estimó que su tarea principal consiste en conocer, determinar y aplicar el Derecho internacional para resolver las controversias que se le presentan. Para cumplir eficazmente con lo establecido por el principio *lura novit curia*, la Corte no debe limitarse a las pretensiones jurídicas de las partes. En particular, la Corte señaló que para cumplir con su misión y determinar el Derecho aplicable al caso, no es necesario basarse únicamente en los argumentos presentados por las partes al respecto. La Corte debe realizar su propia búsqueda de los elementos (jurídicos o extra-jurídicos) necesarios para resolver el caso.⁸⁷²

⁸⁶⁹ CPJI, *River Oder Case*, 10 de septiembre de 1929

⁸⁷⁰ En términos de la Corte: "[the fact that Poland has not ratified the Barcelona Convention not being contested, it is evident that the matter is purely one of law such as the Court could and should examine *ex officio*."

⁸⁷¹ CPJI, S.S. *Lotus*, France v. Turkey, 7 de septiembre de 1927, disponible en http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm

⁸⁷² En términos de la Corte: "The Court, having arrived at the conclusion that the arguments advanced by the French Government either are irrelevant to the issue or do not establish the existence of a principle of international law precluding Turkey from instituting the prosecution which was in fact brought against Lieutenant Demons, observes that in the fulfillment of its task of itself

Esta aplicación particular del principio *lura novit curia* fue retomada en la jurisprudencia de las jurisdicciones regionales, competentes en materia de derechos humanos. En primer lugar, la CEDH, en el famoso caso *Handsyde c. Reino Unido*⁸⁷³ consideró que, para resolver un caso, la Corte debe examinar todas las cuestiones de Derecho que los hechos particulares requieren. La CEDH afirmó, en un *obiter dictum*, que la Corte es la única responsable de la caracterización jurídica de los hechos y, por lo tanto, es competente para examinar *ex officio* todas las cuestiones de Derecho relevantes, incluso si éstas no fueron incluidas en las peticiones contenciosas de las partes.⁸⁷⁴

Los criterios establecidos por la CPJI en los casos *River Oder* y *Lotus* y retomados posteriormente por la CEDH en el caso *Handsyde*, también fueron reafirmados por la CIDH mediante una “referencia cruzada”. En los casos *Velásquez Rodrigues c. Honduras*⁸⁷⁵ y *Godínez Cruz c. Honduras*⁸⁷⁶, la CIDH se basó expresamente en dichos criterios para aplicar el principio *lura novit curia* en

ascertaining what the international law is, it has not confined itself to a consideration of the arguments put forward, but has included in its researches all precedents, teachings and facts to which it had access and which might possibly have revealed the existence of one of the principles of international law contemplated in the special agreement.” (caso *Lotus*, cit., nota 870, párr. 7)

⁸⁷³ CEDH, *Handsyde vs. UK*, 7 de diciembre de 1976, disponible en <http://www.mlfoe.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=b1e78df9-60bd-4537-8e37-158de331e172>.

Dicho caso era relativo a la prohibición de la difusión de una obra literaria en Gran Bretaña por atento contra la “moralidad pública”. Su autor presentó un recurso ante la CEDH alegando que dicha prohibición vulneraba su derecho a la libertad de expresión. La CEDH rechazó el recurso, considerando que, para asegurar el respeto de la “moralidad pública”, los Estados miembros de la Convención europea de derechos humanos deben beneficiar de un “margen de apreciación” suficiente.

⁸⁷⁴ CEDH, *De Wilde, Ooms and Versyp vs Belgium*, 18 June 1971, párr. 49

⁸⁷⁵ CIDH, *Velásquez Rodrigues c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/4-esp.html>. El caso *Velásquez Rodrigues* era relativo a las desapariciones reiteradas de personas que habían sido secuestradas, ilícitamente detenidas, torturadas y asesinadas por las fuerzas armadas de Honduras. Ante estas violaciones flagrantes de los derechos humanos, la CIDH estimó que Honduras había violado, en la persona de *Velásquez Rodrigues*, los derechos garantizados en el artículo 1.1 de la Convención interamericana de derechos humanos. En virtud de dicho artículo, “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.”

⁸⁷⁶ CIDH, *Godínez Cruz c. Honduras*, 20 de enero de 1989, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/5-esp.html>. Los hechos del caso *Godínez Cruz* eran muy similares a los del caso *Velásquez Rodrigues*. En la especie, se trataba de la desaparición de un profesor hondureño, secuestrado, detenido y asesinado por las fuerzas armadas del país. La solución de los dos casos por parte de la CIDH también fue idéntica.

el contexto interamericano de protección de los derechos humanos. En ambos casos la Corte afirmó que: “La Comisión no señaló de manera expresa la violación del artículo 1.1 de la Convención, pero ello no impide que sea aplicado por esta Corte, debido a que dicho precepto constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención y porque sería aplicable, de todos modos, en virtud de un principio general de Derecho, como es el de *iura novit curia*, del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente (“Lotus”, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A No. 10, pág. 31 y Eur. Court H.R., Handyside Case, Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, párr. 41).”⁸⁷⁷ Además, cabe señalar que la CIDH y la Comisión interamericana de derechos humanos utilizan el principio *iura novit curia* para fundamentar la caracterización jurídica de los hechos en los recursos que se les presentan.⁸⁷⁸

La jurisprudencia de los Tribunales internacionales examinados también ofrece valiosos ejemplos de la aplicación uniformizada de otro aspecto importante del principio *iura novit curia*. Como lo mencioné anteriormente, dicho principio implica que el juez internacional conoce el Derecho internacional y no el Derecho nacional de alguna de las partes en la controversia o el Derecho nacional de cualquier otro Estado miembro de la Comunidad internacional. Según una jurisprudencia internacional constante, el Derecho nacional constituye un mero hecho para el juez internacional. Este hecho puede o no ser tomado en cuenta en

⁸⁷⁷ Sentencia *Velázquez Rodríguez*, cit., nota 875, párr. 172. El mismo *obiter dictum* es retomado literalmente en el párrafo 163 de la sentencia *Godínez Cruz*.

⁸⁷⁸ En efecto, cuando se pronuncia sobre la admisibilidad de los recursos, la Comisión interamericana de derechos humanos suele basar su competencia para caracterizar jurídicamente los hechos en el principio *iura novit curia*. Así por ejemplo, en el caso *Andrés Mestre c. Colombia*, la Comisión consideró que: “Asimismo, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Comisión considera que los hechos podrían caracterizar violaciones al derecho a la personalidad jurídica previsto en el artículo 3 de la Convención Americana en concordancia con el artículo 1.1 del mismo instrumento, respecto de la alegada desaparición forzada de Andrés Mestre Esquivel.” (INFORME No. 75/08 (comisión IDH), PETICIÓN 268-06, ADMISIBILIDAD, ANDRÉS MESTRE ESQUIVEL, COLOMBIA, 17 de octubre de 2008, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Colombia268-06.sp.htm>, párr. 42)

la resolución de una controversia conforme con las normas del Derecho internacional.

En este sentido, en el caso de los *Préstamos Brasileños (Brazilian Loans Case)*⁸⁷⁹ la CPJI consideró que, en algunas circunstancias, la Corte, en su calidad de Tribunal internacional, puede ser llevada a aplicar el Derecho nacional de un Estado miembro de la Comunidad internacional. No obstante, la Corte es responsable únicamente del conocimiento del Derecho internacional y no de un Derecho nacional particular. Consecuentemente, el Derecho nacional constituye un simple hecho que las partes deben comprobar o que la Corte debe establecer por otros medios probatorios.⁸⁸⁰ El mismo criterio fue expresamente retomado por la CPJI en el caso *Algunos intereses alemanes en la Alta Silesia (Some German Interests in the Polish Upper Silesia)*⁸⁸¹. En dicho asunto, la Corte reafirmó que, para un juez internacional, el Derecho nacional constituye un simple hecho. El juez internacional no está obligado a tomarlo en consideración para resolver la controversia internacional que le es sometida. El juez internacional conoce el Derecho internacional y no el Derecho nacional de los Estados.⁸⁸²

Esta aplicación particular del principio *lura novit curia* fue retomada expresamente por el TPIR en el reciente caso *Prosecutor vs. Jean Kambanda*.⁸⁸³ En dicho asunto, el TPIR afirmó que el principio *lura novit curia* se refiere al conocimiento del Derecho internacional y no del Derecho nacional de un país determinado. El Tribunal recordó su competencia para conocer y aplicar el Derecho penal internacional y no el Derecho penal de un Estado, en específico, el

⁸⁷⁹ CPJI, *Case concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France*, (Brazilian Loans case), France vs. Brazil, 12 de Julio de 1929

⁸⁸⁰ Según la CPJI, “*though bound to apply municipal law when circumstances so require, the Court, which is a tribunal of international law, and which, in this capacity, is deemed itself to know what this law is, is not obliged also to know the municipal law of the various countries. All that can be said in this respect is that the Court may possibly be obliged to obtain knowledge regarding the municipal law which has to be applied. And this it must do, either by means of evidence furnished it by the Parties or by means of any researches which the Court may think fit to undertake or to cause to be undertaken.*” (*Brazilian Loans Case*, cit., nota 879, párr. 79).

⁸⁸¹ CPJI, *Some German Interests in the Polish Upper Silesia*, 25 de agosto de 1925, disponible en http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.08.25_silesia.htm

⁸⁸² *Some German Interests in the Polish Upper Silesia*, cit., nota 881, párr. 51

⁸⁸³ TPIR, *Prosecutor vs. Jean Kambanda*, 4 de septiembre de 1998, disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/KAMBANDA_ICTR-97-23/KAMBANDA_ICTR-97-23-S.html

de Ruanda. En la determinación de la pena aplicable al acusado, el Tribunal estimó que no es necesario basar la sentencia en las penas aplicables en el Derecho penal ruandés, sino en su propia apreciación de los hechos y de las reglas jurídicas internacionales (y no nacionales).⁸⁸⁴ El Derecho nacional aplicable a la materia constituye un simple indicio (fáctico), pero no tiene fuerza jurídica vinculante para la resolución de la controversia internacional.

En el mismo sentido, en virtud del principio *lura novit curia*, los Tribunales internacionales deben conocer el Derecho internacional y no están obligados a derivar consecuencias jurídicas de hechos ocurridos en los órdenes jurídicos internos. Así por ejemplo, en el caso *Asylum*⁸⁸⁵, la CIJ estimó que las declaraciones de altos funcionarios de los Estados, parte en la controversia, no tenían un valor jurídico para su resolución. En la opinión de la CIJ, la Corte, cuyo deber consiste en conocer y aplicar el Derecho internacional, no puede otorgarles una importancia decisiva para el arreglo del litigio.

Finalmente, en la *Opinión consultativa sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas de destrucción masiva*⁸⁸⁶, la CIJ consideró que conforme con el principio *lura novit curia*, al conocer y “decir” el Derecho internacional aplicable a cada caso particular, la Corte no crea nuevas reglas (no legisla), simplemente determina y aclara las normas jurídicas necesarias para su resolución.⁸⁸⁷ En dicha

⁸⁸⁴ En términos del Tribunal: “*That said, the Chamber raises the question as to whether the scale of sentences applicable in Rwanda is mandatory or whether it is to be used only as a reference. The Chamber is of the opinion that such reference is but one of the factors that it has to take into account in determining the sentences. It also finds, as did Trial Chamber I of the ICTY in the Erdemovic case, that “the reference to this practice can be used for guidance, but is not binding”. According to that Chamber, this opinion is supported by the interpretation of the United Nations Secretary-General, who in his report on the establishment of the ICTY stated that: “in determining the term of imprisonment, the Trial Chamber should have recourse to the general practice of prison sentences applicable in the courts of the former Yugoslavia.” (Prosecutor vs. Kambanda, cit., párr. 23).*”

⁸⁸⁵ CIJ, *Asylum*, Colombia c. Peru, CIJ, 20 de noviembre de 1950, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1849.pdf>

⁸⁸⁶ CIJ, *Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, avis consultatif, 8 de julio de 1996, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>

⁸⁸⁷ En este sentido, la CIJ precisó que: “*Enfin, certains Etats ont fait valoir qu’en répondant à la question posée la Cour dépasserait sa fonction judiciaire pour s’arroger une fonction législative. La Cour ne saurait certes légiférer, et, dans les circonstances de l’espèce, elle n’est nullement appelée à le faire. Il lui appartient seulement de s’acquitter de sa fonction judiciaire normale en s’assurant de l’existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la menace ou à l’emploi d’armes nucléaires. L’argument selon lequel la Cour, pour répondre à la question posée, serait obligée de légiférer, se fonde sur la supposition que le corpus juris*”

determinación, la Corte debe guiarse únicamente por el objetivo de asegurar el buen cumplimiento de su función judicial. El principio *lura novit curia* no exige de la Corte conocer y tomar en consideración el contexto político específico que origina cada caso concreto. Conocer y aplicar el Derecho para resolver una controversia es una tarea autónoma e independiente; la Corte no debe preocuparse por las consecuencias políticas de la impartición de la justicia internacional.⁸⁸⁸

Del anterior análisis de los casos jurisprudenciales en los que los Tribunales internacionales aplicaron el principio *lura novit curia* puedo concluir que existe un acuerdo generalizado sobre su tenor y alcances. Todas las jurisdicciones internacionales examinadas adoptan una postura concordante respecto al significado fundamental de dicho principio para la resolución de las controversias internacionales. Una convergencia similar puede ser observada respecto a la aceptación de excepciones al principio *lura novit curia* por parte de los Tribunales internacionales.

c) Las excepciones a la aplicación del principio *lura novit curia* por parte de los Tribunales internacionales

Como lo señalé anteriormente, el juez conoce el Derecho (internacional) y es el único responsable de su interpretación y aplicación en los casos concretos, sujetos al ejercicio de su función judicial. No obstante, el principio *lura novit curia* no convierte al juez internacional en un juez omnisciente y omnipotente⁸⁸⁹, capaz

existant ne comporterait pas de règle pertinente en la matière. La Cour ne saurait souscrire à cet argument; elle dit le droit existant et ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution." (Avis consultatif sur la menace ou l'emploi d'armes nucléaires, cit., nota 886, párr. 18).

⁸⁸⁸ En términos de la Corte: "The question put to the Court by the General Assembly is indeed a legal one, since the Court is asked to rule on the compatibility of the threat or use of nuclear weapons with the relevant principles and rules of international law. To do this, the Court must identify the existing principles and rules, interpret them and apply them to the threat or use of nuclear weapons, thus offering a reply to the question posed based on law. The fact that this question also has political aspects, as, in the nature of things, is the case with so many questions which arise in international life, does not suffice to deprive it of its character as a "legal question" and to "deprive the Court of a competence expressly conferred on it by its Statute" (Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, 1973, p. 172, párr. 14).

⁸⁸⁹ A la imagen del "juez Hércules" de Ronald Dworkin, por ejemplo.

de estudiar y conocer la resolución de todos los problemas extra-jurídicos, susceptibles de presentarse en las circunstancias específicas de un caso particular. Si en virtud del principio *lura novit curia*, se presume que el juez conoce las normas jurídicas necesarias para el arreglo de un litigio, no es posible exigirle que tenga un conocimiento de todos los aspectos “técnicos” de los hechos contenciosos. Por consecuencia, muchas veces, los Tribunales tanto internos, como internacionales suelen recurrir a expertos externos para cumplir con su propia función judicial.⁸⁹⁰

El peritaje (*expertise*) es una medida de instrucción, consistente en encargar a una o varias personas competentes, denominadas expertos (o peritos), la realización de un examen técnico y/o científico y la elaboración de un reporte sobre determinados problemas que se presentan en la resolución judicial de una controversia.⁸⁹¹ El término “experto” se refiere a las personas designadas por el juez o por las partes en una controversia internacional para realizar un peritaje en razón de sus conocimientos, de su experiencia o de su formación particular.⁸⁹²

La consultación de expertos se limita, en principio, a las cuestiones relativas a la determinación de los hechos y no a las normas jurídicas que deben fundamentar su caracterización en Derecho. Dicho en otros términos, los expertos pueden pronunciarse únicamente sobre los problemas fácticos, los problemas de Derecho quedan reservados al conocimiento exclusivo del juez (*lura novit curia*). No obstante, en algunos casos, el peritaje puede tocar directamente algunos puntos jurídicos, como por ejemplo la traducción de un Tratado o el análisis de una legislación estatal interna.⁸⁹³

Un error sobre los hechos o una apreciación errónea de los mismos puede tener consecuencias particularmente negativas en el ámbito de la resolución de los conflictos internacionales. Como lo señalé anteriormente, los principales justiciables de los Tribunales internacionales siguen siendo los Estados

⁸⁹⁰ Savadogo Louis, Le recours des juridictions internationales à des experts, *Annuaire français de droit international*, vol. 50, 2004, p. 231.

⁸⁹¹ *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 483-484, citado en Savadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 231

⁸⁹² Acuerdo del 14 de diciembre de 2004, concluido entre el TIDM y Alemania, relativo a la sede del Tribunal, artículo 1.

⁸⁹³ Savadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 231

soberanos. Un error en la determinación de las consecuencias jurídicas de su conducta concreta perjudicaría a la credibilidad de la impartición de la justicia internacional. Además, un error en la apreciación de los hechos de un caso contencioso también podría afectar las relaciones amistosas entre los distintos Estados miembros de la Comunidad internacional. Estas consideraciones explican la rigidez de las reglas relativas al peritaje en los juicios internacionales.

La competencia de las jurisdicciones internacionales para citar a expertos en las audiencias contenciosas está expresamente prevista en sus Estatutos constitutivos. Así por ejemplo, dicha facultad se establece en los artículos: 50 del Estatuto de la CIJ⁸⁹⁴, 70 de las Reglas de procedimiento y prueba del TPIY⁸⁹⁵, artículo A1, 2, del anexo al Reglamento de la CEDH⁸⁹⁶, artículo 289 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar⁸⁹⁷, artículo 13 del entendimiento sobre reglas y procedimiento que siguen la solución de las controversias en la OMC⁸⁹⁸ etc.

Los expertos ante los Tribunales internacionales son designados directamente por los jueces. Los jueces internacionales tienen la libertad de escoger a las personas cuyos conocimientos y observaciones técnicas los pueden asistir en la “búsqueda de la verdad” judicial. En general se designa a un solo experto, pero la complejidad de algunas cuestiones sometidas a los Tribunales internacionales puede justificar el nombramiento de un comité compuesto por

⁸⁹⁴ En virtud de dicha disposición: “La Corte podrá, en cualquier momento, comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial.”

⁸⁹⁵ Según este artículo: “*Notwithstanding the provisions of Rules 66 and 67, reports, memoranda, or other internal documents prepared by a party, its assistants or representatives in connection with the investigation or preparation of the case, are not subject to disclosure or notification under those Rules.*”

⁸⁹⁶ En virtud de esta regla: “*The Contracting Party on whose territory on-site proceedings before a delegation take place shall extend to the delegation the facilities and co-operation necessary for the proper conduct of the proceedings. (...)*”

⁸⁹⁷ De acuerdo a lo establecido en dicha disposición: “En toda controversia en que se planteen cuestiones científicas o técnicas, la corte o tribunal que ejerza su competencia conforme a esta sección podrá, a petición de una de las partes o por iniciativa propia, seleccionar en consulta con las partes por lo menos dos expertos en cuestiones científicas (...).”

⁸⁹⁸ En virtud del apartado 2 del artículo 13: “Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia (...).”

varios expertos. Las personas responsables de efectuar un peritaje a la demanda de un juez internacional no deben ser nacionales de los Estados parte en la controversia y benefician de algunos privilegios e inmunidades en el cumplimiento de sus funciones.⁸⁹⁹ Su misión es estrictamente determinada por el juez en cuanto a su objeto y a su finalidad. Por consecuencia, los expertos no pueden deslindarse de los límites que les fueron asignados por parte del órgano jurisdiccional.⁹⁰⁰

La utilización del peritaje en la práctica judicial concreta de los Tribunales internacionales con competencia universal ha sido relativamente rara. Así por ejemplo, la CPJI recurrió al dictamen de expertos en un solo caso: el de la *Fábrica de Chorzow*⁹⁰¹. Por su parte, la CIJ aplicó la prerrogativa que le confiere el artículo 68 de su Estatuto en el asunto relativo al *Estrecho de Corfú*.⁹⁰² En este caso, se trataba del nombramiento de un comité de expertos en materia naval, en particular, en materia de procedimientos relativos a la puesta de minas y a su desmontaje en aguas profundas. En el mismo caso, tratándose de la fijación de la indemnización debida a Gran Bretaña por la destrucción de un buque de guerra, la Corte nombró un experto en materia de construcción naval. Fuera de este caso, el recurso a expertos por parte de las jurisdicciones internacionales que tratan únicamente de litigios de carácter interestatal ha sido relativamente raro. Así por ejemplo, hasta la fecha, el TIDM no ha utilizado su facultad de nombrar expertos.

En cambio, las demás jurisdicciones internacionales recurren con mucha más frecuencia a esta práctica. Así por ejemplo, la CEDH ha procedido al nombramiento de expertos en varios casos de su jurisprudencia. En particular, la Corte utilizó este procedimiento para solicitar un peritaje grafológico (caso *Brozicek c. Italia*⁹⁰³), hipotecario (caso *Papamichaopoulos c. Grecia*⁹⁰⁴), económico, artístico (caso *ex rey de Grecia y otros*⁹⁰⁵) o médico (*Balyemez c.*

⁸⁹⁹ Covadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 243

⁹⁰⁰ Covadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 243

⁹⁰¹ CPJI, *Fábrica de Chorzow*, indemnizaciones, 13 de septiembre de 1928

⁹⁰² CIJ, *Estrecho de Corfú*, fondo, 1954.

⁹⁰³ CEDH, *Brozicek c. Italia*, 19 de noviembre de 1989

⁹⁰⁴ CEDH, *Papamichaopoulos c. Grecia* 25, de octubre de 1995

⁹⁰⁵ CEDH, *ex rey de Grecia y otros*, 28 de noviembre de 2002

Turquía⁹⁰⁶). Por su parte, el órgano de solución de controversias de la OMC solicitó la elaboración de un peritaje científico en 6 casos contenciosos⁹⁰⁷. En 4 otros casos⁹⁰⁸ la demanda de información fue dirigida a organizaciones internacionales, y, en un solo asunto, el órgano de solución de controversias recurrió a un experto en traducción.⁹⁰⁹ De la misma manera, el recurso al peritaje es frecuentemente utilizado por el TPIY. En efecto, las jurisdicciones penales internacionales desarrollaron nuevas formas de peritaje, en particular el peritaje psicológico y el psiquiátrico.⁹¹⁰ Estos tipos de peritaje médico fueron utilizados en 19 casos contenciosos⁹¹¹ y, en otro caso, el TPIY recurrió a un experto para comprobar ciertos datos científicos.⁹¹²

Como fue mencionado anteriormente, el recurso a expertos por parte de los Tribunales internacionales no debe contradecir el principio *lura novit curia*. La función de los expertos consiste en aclarar hechos litigiosos que generan problemas de carácter técnico o científico. La gravedad de algunos problemas que el juez no puede resolver por sí mismo justifica el nombramiento de expertos. En estos casos, el juez internacional, experto únicamente en la materia jurídica (internacional) sería desprovisto de la linterna de Diógenes. No obstante, en virtud

⁹⁰⁶ CEDH, *Balyemez c. Turquía*, 6 de septiembre de 2004

⁹⁰⁷ OMC, *Communautés européennes (CE) - Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, CE - *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *Australie - Prohibition des importations de saumons en provenance du Canada, Japon — Mesures visant les produits agricoles*, CE - *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, recours du Canada*, citados en Cavadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 238

⁹⁰⁸ Por ejemplo: *Inde — Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles textiles et industriels*: consultación del FMI por parte del ORD para obtener información respecto a la situación de las reservas monetarias y del balance de los pagos de India, citado en Cavadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 238

⁹⁰⁹ *Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, recours des États-Unis*, citado en Covadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 238

⁹¹⁰ En este sentido, en virtud del artículo 74 bis de las reglas de procedimiento y prueba, una Cámara de primera instancia puede solicitar el examen médico, psiquiátrico o psicológico del inculpado. Dicho peritaje es confiado a expertos en estas materias, cuyos nombres figuran en una lista especial, establecida para este efecto en la secretaría del Tribunal.

⁹¹¹ Pore ejemplo: TPIY, 15 juillet 2004, *Le Procureur c. Slobodan Milosevic, nouvelle ordonnance relative à l'examen médical de l'accusé* ; 7 June 2002, *Prosecutor v. Dusan Fustar*, Order of Defense Motion for Medical Examination ; 31 May 2002, *Prosecutor v. Mile Mrksic*, Order on Mile Mrksic's Motion for Provisional Release ; 28 May 2002, *Prosecutor v. Mladen Naletili*, alias « Tuta », Order to the Registry ; 7 May 2002, *Prosecutor v. Milomir Staki*, Order for Medical Examination Staki, citados en Cavadogo, Louis, *op. cit.*, nota 890, p. 241

⁹¹² TPIY, 18 avril 2000, *Le Procureur c. Mladen Naletili*, alias « Tuta », *ordonnance aux fins d'une analyse de police scientifique*, citado en Cavadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 241

del principio *lura novit curia* el experto no debe reemplazar al juez en el ejercicio de su función judicial. Dicho en otros términos, el experto en los hechos queda limitado a la aclaración técnica o científica de estos últimos y no debe pronunciarse sobre su calificación jurídica o sobre cualquier otra cuestión de Derecho que el caso plantee. Dichas cuestiones relevan de las prerrogativas exclusivas del juez y no son susceptibles de ser delegadas a un tercero.⁹¹³ El juez es el experto en Derecho y el experto- experto en los hechos. El experto debe aclarar al juez los aspectos técnicos o científicos de los hechos, pero el juez conoce el Derecho (*lura novit curia*) y no necesita que un tercero se lo explique.

No obstante, muchas veces la distinción entre el peritaje y la función judicial no es tan fácil de establecer. La asociación entre el juez (o árbitro) y el experto surge de manera natural porque las cuestiones de hecho y las cuestiones de Derecho no siempre logran ser separadas con claridad. En efecto, muchas veces, a la demanda de las partes, los expertos pueden cumplir con una función judicial y ser responsables de la resolución jurídica de una controversia internacional.⁹¹⁴

Además, los expertos están autorizados a participar en las deliberaciones ante algunas jurisdicciones internacionales. Así por ejemplo, el artículo 289 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar permite la presencia de expertos en las deliberaciones, sin por lo tanto, dotarlos de un derecho de voto. De igual modo, el artículo 30 del Estatuto de la CIJ permite la participación de expertos en las deliberaciones ante la Corte, sin posibilidad de votar. La necesidad de prevenir errores técnicos en las sentencias de ambas jurisdicciones justifica esta participación de terceros en la resolución judicial de la controversia. Pero, en estos dos casos, la asimilación de los expertos-asesores al acto de juzgar parece casi inevitable. Si el experto puede participar en las deliberaciones, es lógico que pueda discutir con el juez mientras éstas duren. A pesar de que el asesor no goza de un derecho de voto en la adopción final de la sentencia, su presencia en la fase de las deliberaciones le permite expresar

⁹¹³ Cavadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 244

⁹¹⁴ Así por ejemplo, en el caso de las *Zonas Francas de Alta Savoie*, las partes a la controversia delegaron su resolución definitiva a tres expertos en materia económica y financiera (*Compromis d'arbitrage. Importation des produits des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, RSA, volume III, pp. 1457-1476, citado en Cavadogo, Louis, *op. Cit.*, nota 890, p. 244

libremente sus opiniones y exponerlas delante del juez. Por razones, tanto jurídicas como prácticas resulta difícil negar un cierto grado de participación del experto en el ejercicio de la función judicial.⁹¹⁵

Así, el recurso a expertos por parte de los Tribunales internacionales constituye una importante excepción al principio *lura novit curia*. La cercanía entre la función del juez y del experto es paralela a la especialización creciente de las jurisdicciones internacionales. La complejidad de los problemas relacionados con la solución de las controversias internacionales exige conocimientos cada vez más específicos y técnicos por parte del juez. El principio *lura novit curia* ya no se limita únicamente al conocimiento del Derecho (internacional) sino que va mucho más allá. Los jueces internacionales son y deben ser conocedores no sólo de las normas generales del Derecho internacional sino también de sus campos normativos especializados (Derecho del comercio internacional, Derecho internacional de las inversiones, Derecho internacional de los derechos humanos etc.). Además, el principio *lura novit curia* exige un entendimiento de las relaciones entre el Derecho internacional general y los Derechos internacionales especializados. La “compartimentación” del Derecho internacional obliga al juez a conocer el Derecho, pero también a indagar constantemente sobre el desarrollo de nuevos fenómenos en el ámbito tanto jurídico, como extra-jurídico de las relaciones internacionales.

El acercamiento entre la función del juez y del experto se hace aún más palpable en la intervención de otro tercero a la instancia ante los Tribunales internacionales: el *amicus curae* (amigo de la Corte). A diferencia de los expertos que presentan un peritaje sobre determinados problemas fácticos, los *amici curae* (amigos de la Corte) pueden “informar” el juez sobre cuestiones de Derecho. No obstante, en virtud del principio *lura novit curia*, dichas cuestiones deberían ser de la competencia exclusiva del juez.

La institución del *amicus curae*⁹¹⁶ existe en la mayoría de los órdenes jurídicos internos y fue traspuesta en el ámbito de los procedimientos contenciosos

⁹¹⁵ Estas consideraciones podrían explicar, en parte, la renuencia de la CIJ y del TIDM al nombramiento de expertos.

internacionales. Dicho procedimiento se utiliza ante los Tribunales internacionales pero también en el caso del arbitraje internacional, particularmente en materia de inversiones. Como lo afirmó un Tribunal arbitral del CIADI, el *amicus curae* es un amigo de la Corte- un tercero (no parte) a la instancia, que ofrece presentar al Tribunal, sus argumentos, su perspectiva especial o su peritaje sobre la controversia en la forma de observaciones escritas (*briefs or submission*).⁹¹⁷ El *amicus curiae* permite que los terceros a un proceso ofrezcan opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido al conocimiento judicial, justificando su interés en su resolución final.”⁹¹⁸

La posibilidad de admitir las observaciones de un *amicus curae* está prevista en los Estatutos constitutivos de todos los Tribunales internacionales examinados.

Así por ejemplo, el Estatuto de la CIJ contiene disposiciones que podrían servir de base legal para la intervención de los Estados⁹¹⁹ y de las organizaciones internacionales intergubernamentales en la calidad de *amicus curae* en los procesos iniciados ante la Corte.⁹²⁰ No obstante, hasta la fecha, la Corte no ha

⁹¹⁶ El *amicus curiae* tiene su antecedente en el Derecho romano, ámbito en el que los abogados eran consultados por los jueces (*iudex*) para recibir de ellos una ayuda o consejo en la solución de un caso. A comienzos del siglo IX, esta institución se incorporó a la práctica judicial en países de tradición anglosajona (*common law*), como colaborador interesado en apoyar al tribunal al momento de decidir un caso, fuese aclarando dudas sobre temas jurídicos o advirtiendo algún error en el que pudiese estar incurriendo. Esta intervención se justificó en aquellos casos de interés público, pero que presentaban cuestiones polémicas y controvertidas. Durante los siglos XVII y XVIII, el uso del *amicus curiae* se extendió en Inglaterra con el propósito de instruir, advertir, informar o hacer alguna petición al tribunal. (El *amicus curae*. ¿Qué es y para qué sirve?, Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo, Serie documentos Defensoriales, Documento número 8, Perú, p. 20)

⁹¹⁷ *Aguas Argentinas S.A and Others v. Petition Jbr Transparency and Participation as Amicus Curiae*, ICSID case No. ARB/03 19, 19 May 2005, citado en Bartholomeusz, Lance, *The amicus curae Before international Courts and Tribunals*, *Non-States Actors and International Law*, vol. 5, 2005, p. 211

⁹¹⁸ *El amicus curae*. ¿Qué es y para qué sirve?, cit., nota 916, p. 17

⁹¹⁹ La capacidad de los Estados de intervenir en el procedimiento en la calidad de *amicus curae* podría basarse en los artículos 62 y 63 del Estatuto de la CIJ. En virtud del artículo 62: “1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir (...)” En el mismo sentido, según lo establecido en el artículo 63: “1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados. 2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso (...)”

⁹²⁰ La posibilidad para las organizaciones internacionales de intervenir en los procesos ante la CIJ en la calidad de *amicus curae* podría deducirse de los artículos 34 y 50 del Estatuto de la Corte.

tenido que pronunciarse sobre la admisibilidad de una petición de intervención de *amicus curae*. A pesar del interés directo que los individuos⁹²¹ o las organizaciones no gubernamentales⁹²² puedan tener en la resolución de una determinada controversia ante la CIJ, la Corte siempre les ha negado la capacidad de presentar observaciones de *amicus curae*.

El TIDM es otra jurisdicción internacional permanente que se ha mostrado renuente en admitir la participación de *amicus curae* en sus procedimientos contenciosos. Hasta la fecha, el Tribunal no ha aceptado una solicitud de presentación de observaciones escritas por parte de un *amicus curae*. Las reglas de su Estatuto, inspiradas en las de la CIJ, contienen varias disposiciones que podrían servir de base legal para la admisión de este tipo de observaciones en el futuro.⁹²³

En cambio, la intervención de terceros a la instancia, en particular, en la calidad de *amicus curae*, es ampliamente reconocida en los procesos ante los Tribunales internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, la CEDH es competente para recibir observaciones escritas por parte de los Estados miembros de la Convención europea de derechos humanos en todos los asuntos en los que intervienen nacionales de estos Estados en la calidad de demandantes. De igual modo, el Comisario de derechos humanos del Consejo Europeo puede presentar estas observaciones en todos los casos llevados ante la Corte.⁹²⁴ Finalmente, el

⁹²¹ Como fue señalado anteriormente, los individuos no tienen un *locus standi* ante la CIJ. La única manera para un individuo de hacer valer sus derechos ante la Corte es a través de la protección diplomática que su Estado nacional ejercería, en su nombre y por su cuenta. En el mismo sentido, la única manera para los individuos de tener acceso al pretorio de la CIJ es en la calidad de testigos o expertos. La Corte no ha aceptado incluirlos en la categoría de entes jurídicos autorizados a intervenir en el proceso en virtud del artículo 34 del Estatuto. Por lo tanto, los individuos están excluidos del campo de aplicación de dicho artículo y no disponen de una base legal que les permita presentar observaciones a la Corte en la calidad de *amicus curae*.

⁹²² La Corte nunca aceptó la intervención de las ONG en los casos que le fueron presentados. Así por ejemplo, en el caso *Asylum*, la *Liga internacional para los derechos del hombre* solicitó presentar información a la Corte en virtud del artículo 34. Dicha solicitud fue rechazada por la CIJ, estimando que únicamente las organizaciones internacionales intergubernamentales podrían hacer uso de esta prerrogativa. (citado en Bartholomeusz, Lance, *op. Cit.*, nota 917, p. 215)

⁹²³ Así por ejemplo, el artículo 84 del Reglamento del TIDM retoma casi literalmente lo establecido en el artículo 34 del Estatuto de la CIJ respecto a la posibilidad para las organizaciones internacionales intergubernamentales de intervenir en los procedimientos contenciosos para presentar información útil para la resolución del caso.

⁹²⁴ En efecto, en virtud del artículo 36 de la Convención europea de derechos humanos: "1. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo

Reglamento de la Corte establece que el Presidente de la Cámara puede autorizar todo Estado, parte a la Convención europea de derechos humanos, que no tenga relación directa con el asunto, o todo particular, que no sea parte en la controversia, a someter observaciones escritas o a participar en la audiencia, si dichas participaciones benefician a la buena impartición de la justicia.⁹²⁵ Además, el Reglamento fija condiciones muy precisas para la admisión de este tipo de observaciones escritas.⁹²⁶ La participación de *amicus curae* en los procedimientos ante la CEDH es importante en términos generales, pero relativa si se toma en cuenta el número de asuntos resueltos anualmente por la Corte de derechos humanos “más activa del mundo”.⁹²⁷

La competencia de la otra jurisdicción regional, competente en materia de derechos humanos, para recibir observaciones escritas por parte de *amici curae* está prevista en términos similares. En efecto, el Reglamento de la CIDH⁹²⁸ establece que la Corte podrá oír a cualquier persona cuya opinión estime pertinente, y podrá solicitar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta, respectivamente.⁹²⁹ Además, la intervención de *amicus curae* en las instancias iniciadas ante la Corte

nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista. 2. En interés de una buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista. 3. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista.”

⁹²⁵ Según la Regla 44 de las Reglas de procedimiento de la CEDH: “2. (a) *Once notice of an application has been given to the respondent Contracting Party under Rule 51 § 1 or Rule 54 § 2 (b), the President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, as provided in Article 36 § 2 of the Convention, invite, or grant leave to, any Contracting Party which is not a party to the proceedings, or any person concerned who is not the applicant, to submit written comments or, in exceptional cases, to take part in a hearing.*”

⁹²⁶ En particular, la Regla 44 fija el tiempo en el que dichas observaciones deben ser presentadas, su forma y las consecuencias que resultan de una violación de los requerimientos de forma, establecidos en dicha disposición.

⁹²⁷ En efecto, como lo señala Bartolomeusz, la cantidad de *amicus curae* que intervinieron en los procedimientos ante la Corte no rebasa 1% de la totalidad de asuntos resueltos por esta última. Dicho en otros términos, el 99% de los casos llevados ante la Corte fueron resueltos sin la intervención de un *amicus curae*. (Bartholomeusz, Lance, *op. Cit.*, nota 917, p. 235.

⁹²⁸ El Artículo 64 del Reglamento de la CIDH (Audiencias sobre peticiones o casos) establece el tiempo en el que las observaciones de *amicus curae* deben ser presentadas, sus formas y requerimientos de admisión.

⁹²⁹ *El amicus curae. ¿Qué es y para qué sirve?*, *op. Cit.*, nota 916, p. 34

es expresamente regulada por el artículo 44 de su Estatuto. La CIDH ha admitido muy frecuentemente comunicaciones escritas por parte de *amici curae*. Así por ejemplo, el uso de dicho procedimiento puede corroborarse en 41 de la totalidad de casos contenciosos resueltos por la Corte⁹³⁰ y en 16 de las opiniones consultativas pronunciadas por dicha jurisdicción.⁹³¹

La posibilidad de recibir observaciones escritas por parte de un *amicus curae* está prevista en términos muy similares en el Estatuto de la CPI. Dicho estatuto se refiere explícitamente a la intervención de “*amicus curae*” en los procedimientos contenciosos ante la Corte.⁹³² Las reglas establecidas autorizan una intervención muy amplia de personas en la calidad de *amicus curae*: puede tratarse de “Estados, organizaciones (intergubernamentales o no gubernamentales) y personas (físicas o morales)”. El único criterio de admisibilidad consiste en la “necesidad” de dichas observaciones para la correcta resolución del asunto. Las observaciones pueden contener argumentos relativos a los hechos del asunto, pero también a su calificación y determinación en Derecho.

Los Estatutos del TPIY y del TPIR contienen disposiciones casi idénticas respecto a la presentación de observaciones por parte de los *amicus curae*. En virtud de las Reglas de prueba y procedimiento del TPIY, un Estado, una organización (gubernamental o no gubernamental) y cualquier persona (física o

⁹³⁰ Así por ejemplo, la intervención de *amici curae* fue admitida, entre otros, en los casos: Sentencia del 29 de julio de 1988, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (Fondo), p. 38; Sentencia del 21 de julio de 1989, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (Reparaciones y Costas), p. 19; Sentencia del 20 de enero de 1989, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras* (Fondo), p. 40; Sentencia del 21 de julio de 1989 (citados en *El amicus curae. ¿Qué es y para qué sirve?*, op. Cit., nota 916, p. 35).

⁹³¹ Así por ejemplo, la Corte recibió comunicaciones por parte de *amici curae* en la: Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982; Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1989; Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983; Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, numeral 5; Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. (citados en *El amicus curae. ¿Qué es y para qué sirve?*, op. Cit., nota 916, p. 36).

⁹³² En virtud de la regla 103 (*Amicus curiae and other forms of submission*): “1. At any stage of the proceedings, a Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to submit, in writing or orally, any observation on any issue that the Chamber deems appropriate. 2. The Prosecutor and the defense shall have the opportunity to respond to the observations submitted under sub-rule 1. 3. A written observation submitted under sub-rule 1 shall be filed with the Registrar, who shall provide copies to the Prosecutor and the defense. The Chamber shall determine what time limits shall apply to the filing of such observations.” Según la regla 149 el mismo procedimiento se aplica *mutatis mutandis* para los casos llevados ante la Cámara de apelaciones.

jurídica) pueden comparecer ante el Tribunal y presentarle observaciones escritas acerca de la resolución de un determinado caso contencioso.⁹³³ Las Reglas de procedimiento y prueba del TPIR contienen una disposición idéntica respecto a la intervención de *amicus curae* en las instancias.

Todos los Tribunales penales internacionales han recibido frecuentemente observaciones por parte de *amici curae*. En dicha calidad han intervenido tanto Estados miembros de la Comunidad internacional⁹³⁴, como individuos⁹³⁵ y organizaciones internacionales.⁹³⁶

Finalmente, la institución del *amicus curae* también existe en el ámbito de la OMC. En virtud del Entendimiento sobre solución de las controversias, todos los Estados miembros de esta organización pueden presentar observaciones escritas sobre la adopción de un reporte por parte de un grupo especial.⁹³⁷ No obstante, dicho entendimiento no contenía una base legal expresa respecto a la autorización para Estados no miembros, organizaciones internacionales o individuos de presentar reportes escritos y participar en los procesos en la calidad de *amici curae*.⁹³⁸ Como resultado directo de una petición del ex Presidente de los Estados Unidos Bill Clinton a favor de la intervención más frecuente de *amici curae* en el

⁹³³ En virtud de la Regla 74 (*Amicus Curae*): “A Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to appear before it and make submissions on any issue specified by the Chamber.”

⁹³⁴ Así por ejemplo, Alemania intervino como *amicus curae* en el caso *Tadic*, Yugoslavia en *Erdemovic* y Bosnia y Herzegovina en el caso relativo al *Liderazgo serbio-bosniaco*, citados en Bartholomeusz, Lance, *op. cit.*, nota 917, p. 244).

⁹³⁵ Así por ejemplo, la profesora de Derecho del Reino Unido, Christine Chinkin presentó observaciones al TPIY en la calidad de *amicus curae* en el caso *Tadic* respecto a algunas reglas de procedimiento, propias al Derecho penal internacional. (citado en en Bartholomeusz, Lance, *op. cit.*, nota 917, p. 246)

⁹³⁶ Así por ejemplo, el TPIR recibió observaciones por parte de una coalición de ONG ruandesas e internacionales en el caso *Acayesu* respecto a algunos crímenes de índole sexual. En el mismo caso, el Tribunal recibió las observaciones de *amicus curae* del Secretario General de la ONU. (en Bartholomeusz, Lance, *op. cit.*, nota 917, p. 246).

⁹³⁷ Según el artículo 17.14 del entendimiento sobre solución de controversias de la OMC: “Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia. (...) Este procedimiento de adopción se entenderá sin perjuicio del derecho de los Miembros a exponer sus opiniones sobre los informes del Órgano de Apelación.”

⁹³⁸ El único fundamento legal que podría utilizarse es el artículo 13 del entendimiento sobre solución de controversias. Según dicha disposición: “1. Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro (...).”

mecanismo de solución de controversias de la OMC, el Órgano de apelación de dicha organización decidió “abrir la puerta” para este tipo de participación en las instancias contenciosas. Posteriormente, el Órgano de apelación adoptó un procedimiento de trabajo *ad hoc* de los grupos especiales que fue incluido como Apéndice 3 del Entendimiento sobre solución de controversias. Dicho procedimiento fija reglas muy detalladas respecto a las condiciones de admisibilidad de las observaciones escritas presentadas por *amicus curae*. En particular, se prevén expresamente los plazos (muy cortos) para la presentación de las observaciones, las personas que tienen derecho a presentar observaciones, su orden de presentación, la confidencialidad de las intervenciones etc. Por lo tanto, podemos considerar que el régimen jurídico de la intervención de *amici curae* en el ámbito de la OMC es el más detallado a comparación con lo previsto en los Estatutos constitutivos de las demás jurisdicciones internacionales. Hasta la fecha, el Órgano de solución de controversias de la OMC ha recibido comunicaciones escritas por parte de un importante número de *amici curae*. En particular, en esta calidad han intervenido los mismos Estados miembros de la OMC⁹³⁹, ONG s o individuos.

La intervención de *amicus curae* ante los Tribunales internacionales parece exceptuar la aplicación del principio general *lura novit curia*, en particular, porque sus comunicaciones versan sobre problemas jurídicos, relacionados con el caso contencioso. Si el juez conoce (y debe conocer) el Derecho (internacional), entonces, este último no necesita tener amigos que le ayuden a conocer el Derecho o que le digan lo que este Derecho es. El juez posee el monopolio del ejercicio de la función judicial y, según el principio *lura novit curia*, no la puede delegar a otras personas, sean estas partes o terceros a la instancia. Si el juez aceptara basar la resolución jurídica de una controversia en las comunicaciones escritas que le presenten sus *amici* se correría el mismo riesgo que si dejara a las partes en una controversia determinar su arreglo de acuerdo a las normas jurídicas internacionales. Si, en principio, los *amici curae* desarrollan sus

⁹³⁹ Así por ejemplo, Marruecos intervino como *amicus curae* en el caso de las *Sardinias (European Communities Trade Description o.1 Sardines*, 26 September 2002, citado en Bartholomeusz, Lance, *op. Cit.*, nota 917, p. 264)

argumentos legales de manera imparcial, es decir en favor del “interés general” de la resolución de un litigio, sus observaciones muchas veces abogan en favor de la posición de una de las dos partes en la controversia. Como lo señala Faúndez Ledesma, el *amicus curiae* es “la intervención de un tercero que es autorizado para participar en el procedimiento, con el propósito de ofrecer información, o de argumentar en defensa del interés general a fin de que, más allá de los intereses de las partes, éste también pueda ser considerado por la Corte, o para desarrollar los argumentos jurídicos de una de las partes”.⁹⁴⁰ Si el Tribunal se basara en la solución jurídica propuesta por un *amicus curae*, éste último podría deformar el Derecho en favor de alguna de las partes o de sus propios intereses particulares. En segundo lugar, aún si aceptamos que el juez es libre de tomar o no tomar en consideración los aspectos de Derecho (internacional) contenidos en las observaciones del *amicus curae*, dichos argumentos son susceptibles de convencerlo o de (pre)determinar su juicio respecto a la resolución definitiva de la controversia. Los mismos jueces internacionales admiten la capacidad de las comunicaciones de *amicus curae* de influir en su libre juicio judicial. Así por ejemplo, en el *Caso Kimel Vs. Argentina*, la CIDH se refirió a los *amici curiae* en los siguientes términos: “16. (...) [l]os amici curiae son presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma”.⁹⁴¹ Aunque el conocimiento del Derecho expresado por el *amicus curae* no vincula al juez internacional, los argumentos que éste expresa pueden ayudar al juez a tener una mayor convicción respecto al sentido que debe seguir la resolución concreta de la controversia. Desde esta óptica, el *amicus curae* se convierte *de facto* en un colaborador del juez en el ejercicio de la función judicial.

⁹⁴⁰ Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica: Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tercera edición 2004-reimpresión 2009, p. 716, citado en *El amicus curae. ¿Qué es y para qué sirve?*, op. Cit., nota 916, p. 19

⁹⁴¹ CIDH, 2 de mayo del 2008, *Caso Kimel Vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), p. 16. Además, dicho criterio es reiterado en la Sentencia del 6 de agosto del 2008, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), p. 14, citados en *El amicus curae. ¿Qué es y para qué sirve?*, op. Cit., nota 916, p. 19

En conclusión, cabe enfatizar que tanto el experto, como el *amicus curae* son terceros a la disputa, susceptibles de influir en el acto de juzgar, cuyo monopolio es exclusivamente atribuido al juez. *Iura novit curia* se convierte así en un principio fundamental del proceso internacional que sufre dos importantes excepciones, consecuentes de la intervención de expertos y de *amici curae* en los procedimientos llevados ante los jueces internacionales. No obstante, como lo señalé anteriormente, tanto la intervención de expertos, como la presentación de comunicaciones por parte de *amicus curae* no son prácticas muy frecuentes en la resolución judicial de las controversias internacionales. La mayoría de los casos internacionales siguen resueltos por parte del juez en el respeto de los principales postulados del principio *Iura novit curia*, de aplicación generalizada ante todos los Tribunales internacionales.

La mayoría de los jueces internacionales adoptan posturas similares respecto al significado de dicho principio y aplican con cautela sus dos principales excepciones.

En conclusión, se comprueba que el principio *Iura novit curia* constituye un principio fundamental para el ejercicio de la función judicial internacional. El hecho de que el juez (y no las partes en la controversia) conoce el Derecho (internacional) lo define como juez y es inherente a su función judicial. Este carácter imprescindible del principio *Iura novit curia* para la resolución judicial de los litigios (internos o internacionales) explica su aceptación generalizada en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales. La interpretación y la aplicación convergente de dicho principio en las sentencias de los jueces internacionales demuestran su carácter general, universal y común a todas las esferas de impartición de la justicia internacional. Todo juez, interno o internacional, debe conocer el Derecho para poder cumplir eficazmente con su función primordial: “decir el Derecho” aplicable para resolver las controversias que se le presentan.

D. El principio de *res iudicata*

a) La función del principio de *res iudicata*: garantizar el carácter definitivo y obligatorio de las sentencias judiciales

El principio de *res iudicata* (autoridad de la cosa juzgada) tiene su origen en el Derecho romano⁹⁴² y ha sido aplicado durante milenios por parte de los Tribunales en los órdenes jurídicos internos. En el Derecho romano, dicho principio se relaciona con dos importantes máximas: *Interest reipublicae ut sit finis litium* (el interés público exige que haya un fin a la litigación) y *Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (Nadie debe actuar dos veces para la misma causa).

El principio de *res iudicata* constituye sin duda un principio general del Derecho, reconocido en los órdenes jurídicos de los pueblos (civilizados). En efecto, este principio fue uno de los ejemplos de principios generales del Derecho que los redactores del Estatuto de la CPJI mencionaron durante la discusión del artículo 38 de dicho instrumento. En su opinión disidente sobre el caso *Fábrica de Chorzow*⁹⁴³, el juez Dionisio Anzilotti⁹⁴⁴ estimó que "(...) el principio de *res iudicata* fue expresamente mencionado por el Comité de juristas, encargado de la preparación de un plan para el establecimiento de una Corte permanente de justicia, como uno de los principios incluidos en el artículo 38-3 del proyecto de Estatuto".⁹⁴⁵

El principio de *res iudicata* se refiere al carácter irrevocable de una sentencia judicial definitiva sobre los mismos hechos, entre las mismas partes y para la misma causa. Como lo afirmó la CIJ en el caso *Société Commerciale de Belgique*⁹⁴⁶, el reconocimiento de una sentencia como *res iudicata* significa

⁹⁴² En particular, una referencia al principio de *res iudicata* puede ser encontrada en el *Corpus Iuris Civilis* del Emperador Bizantino Justiniano (en el libro 50 del Digesto, Capítulo 17 y en Las Institutas, IV, 13. 5).

⁹⁴³ *Cit.*, nota 690

⁹⁴⁴ Quien fue uno de los participantes del Comité de juristas encargado de la redacción del Estatuto de la CPJI.

⁹⁴⁵ Citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 336

⁹⁴⁶ CIJ, *Société Commerciale de Belgique*, 15 de junio de 1939 disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_78/01_Societe_commerciale_de_Belgique_Arret.pdf

simplemente reconocer que los términos de dicha sentencia son definitivos y obligatorios.⁹⁴⁷

Por lo tanto, el principio de *res iudicata* tiene dos efectos: un efecto positivo y un efecto negativo.

Su efecto negativo se refiere a la imposibilidad de re-litigar un mismo caso, una vez que dicho caso haya sido resuelto por una sentencia judicial definitiva. En este primer aspecto, el principio de *res iudicata* se expresa en las máximas: *non bis in ídem* (no dos veces por la misma cosa) o *bis de eadem re non sit actio* (No debe repetirse la acción relativa a un mismo acto).⁹⁴⁸ Dicho en otros términos, una vez que un caso ha sido resuelto por una sentencia válida y definitiva, la misma causa no puede ser disputada otra vez entre las mismas partes.⁹⁴⁹ El efecto negativo del principio de *res iudicata* concierne únicamente a las sentencias definitivas que pronuncie un determinado Tribunal. Consecuentemente, si una sentencia puede ser revisada mediante un recurso de segundo grado (apelación, revisión etc.), dicho principio no se le aplicaría.

Por su parte, el aspecto positivo del principio de *res iudicata* implica que una sentencia definitiva es obligatoria para las partes⁹⁵⁰ y éstas deben ejecutarla de buena fe. La aceptación de la competencia de un Tribunal implica, *ipso iure*, el compromiso de someterse de buena fe a lo establecido en sus sentencias.⁹⁵¹ Como lo afirmó uno de los árbitros en el caso *Ungarische Erdgas A.G.*⁹⁵², “el simple hecho que un Estado participe en la creación de un Tribunal internacional y consiente a someter controversias a su competencia (...) implica la aceptación de las sentencias que dicho Tribunal rendirá”.⁹⁵³

Desde esta perspectiva, el principio de *res iudicata* es inherente a la noción misma de Derecho y de justicia. La obligatoriedad y el efecto vinculante de las sentencias judiciales (o arbitrales) constituyen una característica definitoria y

⁹⁴⁷ *Société Commerciale de Belgique*, p. 175, citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 337

⁹⁴⁸ *Res iudicata and arbitration*, Report of the International Law Association, Berlin Conference 2004, International Commercial Arbitration, p. 2

⁹⁴⁹ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 337

⁹⁵⁰ *Idem*

⁹⁵¹ *Idem*

⁹⁵² Arbitraje de 1929, citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 337

⁹⁵³ *Ibidem*, p. 338

esencial de las mismas. Si las sentencias judiciales carecieran de obligatoriedad, se afectaría el significado mismo de la noción de impartición de justicia. La necesidad de ejecutar una sentencia se deduce de su carácter definitivo y obligatorio. Dicho en otros términos, en virtud del principio de *res iudicata*, las sentencias son definitivas y obligatorias para las partes. Si no lo fueran, simplemente no se lograría el “arreglo” judicial de un litigio. Desde esta perspectiva, el principio de *res iudicata* se relaciona estrechamente con los imperativos de seguridad y previsibilidad jurídica, esenciales para la buena impartición de la justicia.

Como fue mencionado anteriormente, el principio de *res iudicata* se aplica únicamente si se reúnen tres condiciones cumulativas: identidad de partes, objeto y causa de una demanda. Un caso no puede ser re-juzgado si las partes al litigio son las mismas, y si la demanda tiene el mismo objeto y la misma causa.

En consecuencia, una sentencia judicial es dotada de *res iudicata* únicamente entre las partes involucradas. Dicho principio se expresa en la máxima *Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest* (la cosa convenida entre los unos no perjudica ni aprovecha a los otros)⁹⁵⁴.

La segunda condición exigida para la aplicación del principio de *res iudicata* se refiere a la identidad de la causa de la demanda, o identidad de la causa de la disputa. La causa de un diferendo se constituye por un *petitum* y una *causa petendi*⁹⁵⁵. Como lo afirmó la CPJI en el caso *Fábrica de Chorzow*⁹⁵⁶ el *petitum* concierne la cosa demandada o el objeto de la demanda (*chose demandée ou objet de la demande*) y la *causa petendi*, la causa de la demanda (*la cause de la demande*).

El objeto de la demanda (*petitum*) raras veces justifica la aplicación del principio de *res iudicata*. Una demanda puede tener otro objeto a partir del

⁹⁵⁴ El principio *Res inter alios acta* se refiere, por lo general, al efecto relativo de los contratos (que son obligatorios y vinculantes únicamente *inter partes*).

⁹⁵⁵ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 343

⁹⁵⁶ citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 340.

momento en el que se basa en hechos distintos y/o hace valer derechos diferentes a los invocados en el primer caso ya juzgado por la jurisdicción internacional.⁹⁵⁷

La causa de la demanda, *causa petendi*, también es difícil de identificar en muchas ocasiones. Dicha causa, se refiere, por lo general, a la violación de las normas internacionales que fundamentan el interés jurídico de la demanda. Si las partes son las mismas, pero el segundo caso llevado ante una jurisdicción internacional no tiene la misma causa, el principio de *res iudicata* no podrá aplicarse.

Tomando en consideración esta insuficiencia de los criterios de causa y objeto de la demanda para determinar la aplicación del principio de *res iudicata*, Bin Cheng propone utilizar un criterio alternativo, relativo a “la cuestión de la que trata cada caso particular”. En la opinión del autor, el principio de *res iudicata* se aplicaría únicamente si los dos casos se basan en la misma “cuestión”. Como ejemplos de la oportunidad de dicho criterio, el autor cita varias sentencias arbitrales en las que las “cuestiones jurídicas” invocadas determinaron la aplicación del principio de *res iudicata*.⁹⁵⁸ De igual modo, el autor refiere lo establecido por la CIJ en los casos *Haya de la Torre*⁹⁵⁹ y *Asylum*⁹⁶⁰. En el segundo caso, la Corte decidió que el derecho de asilo otorgado al Señor Haya de la Torre por la embajada colombiana en Lima no era conforme con la Convención de la Habana de 1928 sobre derecho de asilo. Como consecuencia de dicha violación, en el caso *Asylum*, la Corte consideró que Colombia tenía el deber de poner fin al derecho de asilo irregularmente otorgado a Haya de la Torre.⁹⁶¹ En el segundo caso entre las mismas partes (Colombia y Perú), la Corte señaló que Colombia tenía el deber de entregar a Haya de la Torre a las autoridades peruanas competentes. En términos de la Corte, la “cuestión” de la entrega de Haya de la

⁹⁵⁷ Ver, *supra*, capítulo I

⁹⁵⁸ Así por ejemplo, en el caso *Newchwang* (1921) los árbitros consideraron que la responsabilidad respectiva de los dueños de dos barcos distintos no era una cuestión jurídica idéntica. Por lo tanto, la sentencia que se pronunció sobre la responsabilidad de uno de los dueños no limitaba la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento para determinar la responsabilidad del otro. Dicho en otros términos, la primera sentencia no constituía *res iudicata* respecto a la segunda porque las cuestiones jurídicas por resolver no eran idénticas.

⁹⁵⁹ CIJ, 1951, citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 347.

⁹⁶⁰ Cit.,

⁹⁶¹ CIJ, *Asylum*, cit., p. 82

Torre no había sido tratada en el caso *Asylum* y, por lo tanto, no constituía *res iudicata* para el segundo caso.⁹⁶²

Cabe señalar que la aplicación del principio de *res iudicata* no cubre todo el contenido de una sentencia judicial. En particular, dicho principio concierne únicamente al dispositivo (*dispositif*) y no a los considerandos de la decisión.⁹⁶³ Como lo afirmó la CPJI en la *Opinión consultativa relativa al servicio postal polaco de Danzig*⁹⁶⁴, “(...) los razonamientos contenidos en una decisión, al menos cuando van más allá de la parte operante, no tienen fuerza obligatoria (...). Esta conclusión resulta de la naturaleza misma de las decisiones judiciales”.⁹⁶⁵ Como lo señaló el juez Anzilotti en su opinión disidente en el caso *Fábrica de Chorzow*, “(...) el efecto obligatorio caracteriza únicamente a la parte operante (*le dispositif*) de la sentencia y no la exposición de los motivos (*les considérants*).”⁹⁶⁶

Otro problema que atañe al campo de aplicación del principio de *res iudicata* es el relativo al tipo de sentencias, dotadas de autoridad de la cosa juzgada. En el ámbito de la resolución de las controversias internacionales (pero también internas), el juez muchas veces es llevado a pronunciarse primero sobre su competencia para conocer el caso, y sólo una vez establecida dicha competencia (*jurisdiction*), se procede al examen del fondo del litigio. Las contestaciones relativas a la competencia de un Tribunal internacional para pronunciarse sobre el fondo de una disputa generalmente toman la forma de “excepciones preliminares”. Por lo tanto, cabe preguntarse si el principio de *res iudicata* se aplica únicamente a las sentencias que resuelven el fondo de una controversia o también a las excepciones preliminares.

⁹⁶² CIJ, *Haya de la Torre*, p. 80. Las cuestiones ya resueltas en el caso *Asylum* y, por lo tanto, dotadas de la *res iudicata* eran: la existencia de violación de la Convención de la Habana sobre derecho de asilo y la subsecuente obligación de Colombia de ponerle fin.

⁹⁶³ Dicho en otros términos, sólo la parte “operante” de la sentencia se vuelve definitiva y vinculante para las partes; las opiniones de los jueces, es decir la motivación de la sentencia o los considerandos no son, en principio, dotados de la *res iudicata*.

⁹⁶⁴ *Polish Postal Service in Danzig*, cit.

⁹⁶⁵ *Polish Postal Service in Danzig*, cit., p. 29-30, citado en Cheng, Bin, *op. cit.*, nota 379, p. 348

⁹⁶⁶ En la misma opinión, el juez Anzilotti agregó que a veces es necesario leer los motivos de una sentencia para entender su dispositivo. No obstante, es siempre la parte operante (*le dispositif*) que contiene la decisión obligatoria de la Corte. (citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 350).

En principio, las sentencias judiciales que no tratan del fondo de una controversia no son dotadas de *res iudicata*. Como lo afirmó el juez Ehrlich en su opinión disidente en el asunto *Fábrica de Chorzów*, “es generalmente admitido que los principios de *Litis pendens* y *res iudicata* no se aplican a las cuestiones preliminares o incidentales”. En su opinión disidente sobre el mismo caso, el juez Anzilotti afirmó que “(...) de la esencia misma del principio de *res iudicata* se deriva que, las decisiones sobre cuestiones preliminares o incidentales fueron rendidas con el sólo objetivo de poder dar respuesta a las demandas de las partes (*incidenter tantum*) y no son vinculantes para los otros casos”.⁹⁶⁷ No obstante, en algunos casos recientes, los Tribunales internacionales aceptaron que tanto las sentencias sobre la competencia, como los fallos que resuelven el fondo de una controversia, son dotadas de la autoridad de cosa juzgada.⁹⁶⁸

Finalmente, cabe recordar que, en algunos sistemas jurídicos internos, el principio de *res iudicata* es utilizado para la resolución de los conflictos de competencia y jurisprudencia que surgen entre las distintas jurisdicciones nacionales. En estos casos, la *res iudicata* no se aplica únicamente respecto a las sentencias judiciales de un mismo Tribunal, sino que cubre, además, lo establecido por varios Tribunales. Dicho en otros términos, las sentencias de un Tribunal son obligatorias y definitivas no sólo para él mismo sino también para las demás jurisdicciones, competentes en las mismas materias. La “judicialización” del Derecho internacional⁹⁶⁹ atrajo la atención sobre la posibilidad de aplicar de manera análoga el principio de *res iudicata* en el ámbito internacional. Así, se evitarían los conflictos de competencia y jurisprudencia entre las distintas jurisdicciones internacionales, porque cada Tribunal debería respetar la cosa juzgada de las sentencias de los demás. Pero, como fue señalado anteriormente,⁹⁷⁰ resulta muy difícil utilizar el principio de *res iudicata* en este

⁹⁶⁷ Citados en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 354.

⁹⁶⁸ *Supra*

⁹⁶⁹ *Supra*

⁹⁷⁰ *Supra*

sentido.⁹⁷¹ En particular, en el Derecho internacional, la tercera condición que debe ser reunida para la aplicación de dicho principio (identidad de la causa de la demanda) no puede ser satisfecha debido al carácter específico de cada mecanismo de solución de las controversias. Como fue expuesto anteriormente⁹⁷², los distintos Tribunales internacionales aplican regímenes normativos especializados. Por consecuencia, la causa de la demanda generalmente se refiere a la violación de normas internacionales específicas. Otro Tribunal internacional podría pronunciarse sobre un litigio con el mismo objeto (basado en los mismos hechos), entre las mismas partes, pero con una demanda causada por violaciones de otra norma internacional específica.⁹⁷³ Por lo tanto, una demanda ante dos jurisdicciones internacionales distintas tendría necesariamente una causa distinta, impidiendo de este modo la aplicación del principio de *res iudicata* a sus sentencias respectivas.

El principio de *res iudicata* es reconocido en la mayoría de los Estatutos constitutivos de los Tribunales internacionales. La cristalización de dicho principio en las disposiciones estatutarias constituye una indudable prueba de su carácter común para todas las jurisdicciones internacionales. Además, en la práctica jurisprudencial concreta de los jueces internacionales abundan los ejemplos de aplicación concordante del principio de *res iudicata*. Tanto la consagración del principio en los Estatutos constitutivos de los Tribunales internacionales, como su aplicación jurisprudencial convergente, demuestran, de manera convincente, que se trata de un principio general del Derecho, común a todos los Tribunales internacionales. La naturaleza específica del principio de *res iudicata* lo vuelve común a la noción misma de jurisdicción. Sus alcances son fundamentales para la correcta administración de la justicia por parte de todo juez (interno o internacional).

⁹⁷¹ Reinisch, August, The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 3, 2004, pp. 37-77

⁹⁷² *Supra*

⁹⁷³ Así por ejemplo, si el TIDM haya decidido un caso entre las mismas partes y sobre los mismos hechos, no habrá impedimento para que este mismo caso sea de nuevo presentado al sistema de solución de controversias de la OMC. En el primer caso, la causa de la demanda sería la violación de la Convención de las NU sobre el Derecho del Mar y, en el segundo, se trataría de apreciar una posible violación a uno de los acuerdos multilaterales de la OMC.

b) La cristalización del principio de *res iudicata* en los Estatutos constitutivos de los Tribunales internacionales

Las referencias al principio de *res iudicata* están presentes en los Estatutos constitutivos de la mayoría de los órganos judiciales internacionales. Así por ejemplo, este principio figura en los Estatutos constitutivos de la CIJ y del TIDM. Dichos estatutos contienen la expresión más fiel del efecto negativo y del efecto positivo del principio de *res iudicata*.⁹⁷⁴

Por su parte, los Estatutos constitutivos de las dos jurisdicciones regionales, competentes en materia de derechos humanos, expresan únicamente el efecto negativo del principio de *res iudicata*, al proclamar el carácter definitivo y la fuerza obligatoria de las sentencias que resuelven un litigio determinado.⁹⁷⁵ No obstante, la aplicación del principio de *res iudicata* en la jurisprudencia de ambos Tribunales se revela concordante con sus dos aspectos, generalmente aceptados.

Finalmente, el efecto negativo del principio de *res iudicata* es reconocido en los Estatutos de las tres jurisdicciones penales internacionales. En el ámbito del Derecho penal, tanto interno como internacional, el principio de *res iudicata* se aplica principalmente a través de la prohibición de juzgar dos veces un individuo por los mismos hechos (*non bis in ídem*). No obstante, no se trata de una

⁹⁷⁴ En virtud del artículo 59 del Estatuto de la CIJ: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.” Según lo previsto en el artículo 60 del mismo Estatuto: “El fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes.” La expresión del principio de *res iudicata* en el Estatuto del TIDM se establece en términos casi idénticos. En este sentido, el artículo 33 de dicho Estatuto relativo al “carácter definitivo y fuerza obligatoria de los fallos” dispone que: “1.El fallo del Tribunal será definitivo y obligatorio para las partes en la controversia. 2. El fallo sólo tendrá fuerza obligatoria para las partes y respecto de la controversia que haya sido decidida. 3. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, el Tribunal lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes.”

⁹⁷⁵ En este sentido, el artículo 44 del Estatuto de la CEDH, relativo a las “sentencias definitivas”, prevé que: “1. La sentencia de la Gran Sala será definitiva. (...)” De la misma manera, el artículo 46 del Estatuto, relativo a la “fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias” establece que: “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité De Ministros, que velará por su ejecución.” Por su parte, el artículo 31 referente a las “resoluciones” de la CIDH establece que: “3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación.”

prohibición absoluta: en algunas circunstancias estrictamente limitadas⁹⁷⁶, los Estatutos de ambas jurisdicciones prevén la posibilidad de iniciar un juicio penal internacional en contra de un individuo que ya haya sido juzgado por los mismos hechos ante un Tribunal interno. El principio *non bis in ídem* es reconocido en términos casi idénticos en los Estatutos constitutivos tanto del TPIY, como del TPIR.⁹⁷⁷ En ambos casos se trata de una consagración expresa del carácter definitivo y obligatorio de las sentencias judiciales, pronunciadas sobre los mismos hechos, en contra (o a favor) de un mismo individuo. Cabe señalar que la jurisprudencia de estas dos jurisdicciones contiene ejemplos de la aplicación del principio de *res iudicata* en sí, y no únicamente como fundamento del principio *non bis in ídem*. El Estatuto de la CPI también reconoce explícitamente el principio de *res iudicata*. El artículo relativo a la obligatoriedad y carácter definitivo de las sentencias es el único intitulado expresamente “cosa juzgada”.⁹⁷⁸ No obstante, como en el caso de las demás jurisdicciones penales internacionales, se trata más bien de una cristalización del efecto negativo de la autoridad de la cosa juzgada: el principio *non bis in ídem*. La aplicación de dicho principio por parte de la CPI se sujeta a las mismas excepciones que las previstas en los Estatutos del TPIY y del TPIR.

El carácter común del principio de *res iudicata* para todos los Tribunales internacionales resulta, además, de su aplicación e interpretación jurisprudencial convergente.

⁹⁷⁶ La excepción a la aplicación del principio *non bis in ídem* se refiere principalmente a los casos en los que la persona haya sido juzgada en el ámbito interno por: un crimen ordinario, por un Tribunal que haya violado las garantías de independencia o imparcialidad, por un juicio, destinado a evadir su responsabilidad internacional (constituir un “escudo” para protegerlo de una eventual extradición hacia un Tribunal penal internacional). Dichas excepciones son previstas en los artículos 10 del Estatuto del TPIY y 9 del Estatuto del TPIR.

⁹⁷⁷ El artículo 10 del Estatuto del TPIY, en lo relativo al principio “*Non-bis-in-ídem*” prevé que: “1. *No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal (...)*.”

⁹⁷⁸ El artículo 20 del Estatuto de la CPI es intitulado “*Cosa juzgada*” y dispone lo siguiente: “1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 (...).”

c) La aplicación convergente del principio de *res iudicata* en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales

Las primeras jurisdicciones internacionales que desarrollaron su doctrina judicial de *res iudicata* fueron la CPJI y la CIJ. Así por ejemplo, en el caso *Barcelona Traction*⁹⁷⁹, la CIJ definió al principio de *res iudicata* como una garantía de que el asunto sea final y definitivamente resuelto.⁹⁸⁰ En el mismo caso, la Corte estableció que el desistimiento de una de las partes de un caso pendiente ante la Corte no constituye, en principio, una renuncia definitiva a introducir nuevas demandas sobre el mismo.⁹⁸¹ Finalmente, en su opinión consultativa sobre el caso *Barcelona Traction*, la Corte consideró que para resolver un litigio pendiente no es necesario tomar en cuenta lo previamente establecido en otros casos con hechos análogos.⁹⁸² Dicho en otros términos, en la opinión de la CIJ, el principio de *res iudicata* no implica la aplicación de la regla del precedente (*rule of precedent*) característica de la doctrina de *stare decisis* en los países del *Common Law*.

Con anterioridad, la CIJ ya había aplicado el principio de *res iudicata* en el caso relativo a los *Efectos de las sentencias de indemnización pronunciadas por el Tribunal administrativo de la ONU*.⁹⁸³ En esta opinión consultativa, la Corte debió pronunciarse sobre la posibilidad para la Asamblea General de la ONU de no ejecutar una sentencia pronunciada por el Tribunal Administrativo de dicha organización. En particular, se trataba de una sentencia que atribuía una

⁹⁷⁹ *Barcelona Traction (new application, preliminary objections)*, CIJ, 24 de Julio de 1964, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5341.pdf>

⁹⁸⁰ En términos de la Corte: “*a situation of res iudicata; or in other words (perhaps more pertinent for the present case), to enable it to ensure that the matter is finally disposed of for good.*”, (caso *Barcelona Traction*, cit, nota 979, p. 20)

⁹⁸¹ En la opinión de la Corte, la apreciación de los efectos de un desistimiento sobre la posibilidad de re-litigar el mismo asunto debe hacerse conforme con las circunstancias y hechos, propios a cada especie.

⁹⁸² En particular, una de las partes sostenía que la solución de la Corte en el presente caso debía ser idéntica a la adoptada en el caso del *Accidente Aéreo entre Israel y Bulgaria*. La Corte estimó que no era necesario basar la decisión judicial sobre lo ya resuelto en otros casos similares. Dicho en otros términos, la Corte excluyó la posibilidad de considerar las sentencias previas como precedentes obligatorios y no se estimó directamente obligada a seguir lo establecido en ellas.

⁹⁸³ *Effects of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal*, CIJ, 13 de Julio de 1954, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/21/2123.pdf>

indemnización a un ex funcionario de la ONU, injustamente despedido. La CIJ consideró que para resolver dicha cuestión, debía examinar lo establecido al respecto en el Estatuto constitutivo del Tribunal. La Corte citó el artículo 10 de dicho Estatuto que consagra explícitamente el principio general de *res iudicata*.⁹⁸⁴ Según la CIJ, las disposiciones del Estatuto del Tribunal Administrativo demuestran que se trata de un verdadero órgano judicial independiente⁹⁸⁵ que pronuncia sentencias definitivas y sin apelación en el ámbito de su competencia.⁹⁸⁶ La Corte concluyó que, “conforme con un principio bien establecido y generalmente reconocido, una sentencia pronunciada por este órgano judicial es cosa juzgada y tiene fuerza obligatoria entre las partes al diferendo.”⁹⁸⁷ En su opinión consultativa, la Corte determinó que las partes, obligadas a respetar la *res iudicata* de la sentencia del Tribunal administrativo eran, por un lado, el funcionario despedido, y por el otro, la ONU, con todos sus órganos representativos, incluyendo la Asamblea General.⁹⁸⁸

La Corte confirmó esta solución en el caso del *Camerún Septentrional (Cameroun septentrional)*.⁹⁸⁹ En dicho asunto, la CIJ señaló que el carácter definitivo y obligatorio de sus sentencias resulta de la naturaleza misma de su función judicial, independientemente del contenido de dichas sentencias. En el

⁹⁸⁴ Según dicha disposición: “2. Las sentencias son definitivas y sin apelación. 3. Las sentencias son motivadas”.

⁹⁸⁵ En el mismo sentido, en la opinión de la Corte, el hecho de que un órgano judicial pronuncie sentencias definitivas constituye una característica definitoria del concepto mismo de jurisdicción. Sólo los Tribunales establecidos de acuerdo a reglas jurídicas y teniendo una competencia contenciosa estrictamente determinada pueden ser considerados como jurisdicciones independientes.

⁹⁸⁶ CIJ, *opinión consultativa relativa a las sentencias de indemnización pronunciadas por el Tribunal administrativo de la ONU*, cit., nota 983, p. 8.

⁹⁸⁷ En la versión francesa de la sentencia: “*Suivant un principe de droit bien établi et généralement reconnu, un jugement rendu par un pareil corps judiciaire est chose jugée, et a force obligatoire entre les parties au différend.*”, CIJ, *opinión consultativa relativa a las sentencias de indemnización pronunciadas por el Tribunal administrativo de la ONU*, cit., nota 983, p. 10

⁹⁸⁸ En particular, la Corte concluyó que las partes que deben ejecutar una tal sentencia son, por un lado, el funcionario despedido de la ONU y, por el otro, la organización misma, representada por su Secretario general, órgano que concluyó y que puso fin al contrato de trabajo del funcionario. Por lo tanto, la Asamblea general, como otra emanación de la organización parte en el litigio, estaba obligada a respetar la *res iudicata* de la sentencia del Tribunal administrativo.

⁹⁸⁹ *C.I.J. Recueil 1963*, p. 38.

mismo sentido, la Corte afirmó que no es posible modificar una situación jurídica válidamente creada y dotada de la autoridad de cosa juzgada.

Cabe señalar que la CIJ tuvo que aplicar el principio de *res iudicata* desde la primera sentencia que pronunció en el caso *Estrecho de Corfú*.⁹⁹⁰ En dicho asunto, Albania había contestado la competencia de la Corte para pronunciarse sobre el monto de indemnización que debía atribuirse al Reino Unido por la destrucción de uno de sus buques de guerra. La Corte consideró que dicha competencia resultaba directamente de su sentencia sobre el fondo de la controversia del 9 de abril de 1949. En esta sentencia la Corte había considerado que Albania era internacionalmente responsable y debía reparar el perjuicio sufrido por Gran Bretaña debido a la destrucción de su buque de guerra por minas marinas. Según la CIJ, lo establecido en dicha sentencia constituía *res iudicata* y Albania, como parte en el litigio resuelto, era jurídicamente obligada de respetarla. En términos de la Corte, en virtud del artículo 60 de su Estatuto, la sentencia que condena a Albania a indemnizar el perjuicio sufrido por el Reino Unido es definitiva y sin recurso, y, en consecuencia, posee a este efecto la autoridad de cosa juzgada.⁹⁹¹

La CIJ también tuvo que pronunciarse sobre la aplicación del principio de *res iudicata* en el reciente caso *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio*.⁹⁹² En dicho asunto, Serbia y Montenegro invocó el principio de *res iudicata* respecto al fallo que la Corte dictó en 1996 sobre las excepciones preliminares del mismo caso.⁹⁹³ En este caso preliminar se trataba de saber si Serbia y Montenegro era el Estado sucesor de la ex República Federal

⁹⁹⁰ *Estrecho de Corfú*, Fondo, CIJ, 15 de diciembre de 1949, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1663.pdf>

⁹⁹¹ En la versión francesa de la sentencia: “*La Cour peut se borner à constater que cette compétence a été établie par son Arrêt du 9 avril 1949; qu’aux termes de son Statut (article 60), qui, pour le règlement du présent différend, oblige le Gouvernement albanais, cet arrêt est définitif et sans recours et qu’en conséquence il y a à cet égard chose jugée.*”, CIJ, caso *Estrecho de Corfu*, cit., nota 990, p. 248.

⁹⁹² CIJ, *Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina vs. Serbia, 26 de febrero de 2007, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>

⁹⁹³ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, 11 de Julio de 1996, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>

de Yugoslavia (FRY). La Corte resolvió por la afirmativa dicha cuestión y determinó que dicho Estado era sometido a su competencia *ratione personae* en virtud de su Estatuto y de la Convención de las Naciones Unidas. Según Bosnia y Herzegovina esta determinación de la competencia de la Corte, pronunciada en su fallo sobre las excepciones preliminares, era dotada de la *res iudicata* y no podría ser re-discutida en la resolución del fondo de la controversia. Para dicho Estado, tanto las decisiones sobre el fondo de una controversia como las sentencias sobre la competencia (excepciones preliminares) son dotadas de la autoridad de cosa juzgada. La única manera de modificar lo resuelto en dichas sentencias consistiría en la revisión de las mismas. Por su parte, Serbia y Montenegro consideraba que la Corte, podía, en todo momento, volver a examinar una cuestión relativa a su competencia.⁹⁹⁴ La CIJ reafirmó el “carácter fundamental” del principio de *res iudicata*, en virtud de su Estatuto y de la Carta de la ONU. Según la CIJ, su propia práctica judicial revela el objetivo y las características específicas de este principio. La CIJ observó que en virtud del principio de *res iudicata*, las sentencias de un Tribunal son obligatorias y definitivas para las partes. La única manera de obtener el re examen de las “cuestiones” ya resueltas en dichas sentencias consiste en iniciar los procedimientos excepcionales, especialmente previstos para dicho propósito, en particular tratándose del recurso en revisión establecido en el artículo 61 del Estatuto de la CIJ.⁹⁹⁵ En la opinión de la Corte, el principio de autoridad de la cosa juzgada responde a dos objetivos, tanto en los órdenes jurídicos internos, como en el sistema jurídico internacional. En primer lugar, la estabilidad de las relaciones jurídicas exige que sea puesto un fin a un diferendo particular. La función de la Corte, según el artículo 38 de su Estatuto consiste en “resolver los litigios” que se le presenten, es decir en ponerles un término. En segundo lugar, es en el interés de las dos partes que un asunto, definitivamente resuelto por una sentencia judicial, no sea re-abierto. El artículo 60 del Estatuto explicita este carácter definitivo de las sentencias. Privar a una de las partes del beneficio de una sentencia pronunciada a su favor, de manera general, debe ser

⁹⁹⁴ *Genocide Case*, cit., nota 992, Párr. 114

⁹⁹⁵ *Genocide Case*, cit., nota 983, Párr. 115

considerado como contrario a los principios que gobiernan el arreglo judicial de las controversias.⁹⁹⁶ Después de este importante *obiter dictum* sobre la naturaleza y los alcances del principio de *res iudicata*, la Corte consideró que dicho principio se aplica de la misma manera a las sentencias resolutorias del fondo de una controversia y a las sentencias sobre excepciones preliminares.⁹⁹⁷ En la opinión de la Corte, el dispositivo (*dispositif*) de todas sus sentencias (sobre el fondo o la competencia) es dotado de la autoridad de cosa juzgada y no puede ser invocado de nuevo en un asunto posterior entre las mismas partes.⁹⁹⁸ Por lo tanto, la Corte concluyó que la afirmación, en el dispositivo de su sentencia sobre las excepciones preliminares, de su competencia *ratione personae* para resolver la controversia, gozaba de la *res iudicata* y no podía ser cuestionada por Serbia y Montenegro en el presente caso.⁹⁹⁹

El principio de *res iudicata* fue aplicado en varias ocasiones por el ORD de la OMC. Su principal ámbito de utilización es el relativo al mecanismo de vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones de los grupos especiales, previsto en el artículo 21.5 del Entendimiento sobre la solución de las controversias. En virtud de dicho artículo, una de las partes a una controversia ya resuelta por una sentencia del ORD puede solicitar un nuevo informe del grupo especial para apreciar la existencia de medidas de aplicación de la sentencia por la otra parte en el litigio.¹⁰⁰⁰ Dicha posibilidad debería ejercerse conforme con lo establecido en el artículo 17.14 que prevé que las partes en una controversia deben aceptar “sin condiciones” los informes del ORD. No obstante, en algunos casos, las partes no “aceptan” lo establecido en dicha sentencia e intentan re-

⁹⁹⁶ *Genocide Case*, cit., nota 983, Párr. 116

⁹⁹⁷ *Genocide Case*, cit., nota 983, Párr. 120-123

⁹⁹⁸ *Genocide Case*, cit., nota 983, Párr. 123

⁹⁹⁹ *Genocide Case*, cit., nota 983, Párr. 133 y 134

¹⁰⁰⁰ El artículo 21.5 del Entendimiento sobre solución de controversias establece que: “En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo.”

litigar el caso por medio del artículo 21.5. En vez de limitar su causa al examen de las medidas de ejecución del informe resolutorio de la controversia, las partes vuelven a invocar argumentos relativos al fondo de la misma. Este intento de re-litigar la misma causa entre las mismas partes constituiría una clara violación del principio de *res iudicata*. El ORD de la OMC tuvo que pronunciarse sobre esta cuestión en varias ocasiones.

Así por ejemplo, el Órgano de apelación aplicó el principio de *res iudicata* en el caso *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*¹⁰⁰¹. En este asunto, la violación de dicho principio por parte de los Estados Unidos fue invocada en las distintas comunicaciones de tercera parte, sometidas al Órgano de apelación. En particular, en su comunicación sobre el caso, las Comunidades Europeas estimaron que lo dispuesto en el artículo 21.5 del Entendimiento sobre solución de controversias no autorizaba a las partes a re-litigar un asunto ya resuelto de acuerdo al procedimiento regular.¹⁰⁰² En el mismo sentido, en su comunicación de tercera parte, Japón consideró que el principio de *res iudicata* sería violado si las partes podrían re-invocar los argumentos ya resueltos por un informe del ORD.¹⁰⁰³ En su reporte final¹⁰⁰⁴, el Órgano de apelación consideró que habría una violación del principio de *res iudicata* si se permitiera a una parte re-litigar, a través del recurso al artículo 21.5, un asunto ya resuelto en el fondo. En particular, el Órgano de apelación estimó que en virtud del artículo 17.14, un reporte del Órgano de

¹⁰⁰¹ OMC, *US-Measures Affecting the Cross Border supply of gambling and betting services*, Reporte del panel sobre art 21. 5 del entendimiento, 22 de mayo de 2007, disponible en : http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm

¹⁰⁰² Según las CE, en el caso *EC-Bed Liten*, el Órgano de apelación había confirmado que, en virtud del principio de *res iudicata*, incluso si una parte no había logrado ganar un caso *prima facie* en virtud del procedimiento regular, no le es permitido tener una “segunda oportunidad” bajo el artículo 21.5 del entendimiento.(párr. 18 y 19 de la comunicación). En conclusión de lo anterior, ninguna parte deberá poder reabrir el debate sobre cuestiones ya dirimidas por una sentencia definitiva. (*US-Measures Affecting the Cross Border supply of gambling and betting services*, ANNEX B-1, THIRD PARTY SUBMISSION BY THE EUROPEAN COMMUNITIES, (23 OCTOBER 2006) – EXECUTIVE SUMMARY, disponible en www.trade.ec.europa.eu/doclib/html/133241.htm)

¹⁰⁰³ En particular, Japón recordó que el principio de *res iudicata* es confirmado por la jurisprudencia del ORD. Así por ejemplo, según Japón, en *Mexico-Corn Syrup*, el Órgano de apelación, en el procedimiento relativo al cumplimiento con las sentencias del ORD (art. 21.5) se había negado a reexaminar los considerandos de la sentencia en el fondo porque de este modo se violarían los artículos 3.2 y 3.3. (comunicación de Japón, párr. 5 y 6).

¹⁰⁰⁴ El reporte del OA del 22 de mayo de 2007 no está disponible en el *website* de la OMC, para un resumen ver http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds285sum_e.pdf

apelación constituye una sentencia final y definitiva sobre los argumentos presentados en dicho reporte. Por lo tanto, un panel constituido en virtud del artículo 21.5 para pronunciarse sobre las medidas de ejecución de estos reportes no puede pronunciarse sobre los argumentos ya resueltos en la sentencia anterior.

De igual modo, en el caso *EC-ropa de cama*¹⁰⁰⁵, el Órgano de apelación confirmó la solución adoptada por el panel¹⁰⁰⁶ respecto a la aplicación del principio de *res iudicata* en relación con el mecanismo previsto en el artículo 21.5. Según el Órgano de apelación, ningún Estado puede tener una segunda oportunidad (*second chance*) para re-litigar su asunto. Una sentencia del ORD es definitiva para las partes respecto a la causa particular de la demanda y respecto a la medida específica que fundamenta dicha demanda.¹⁰⁰⁷ Finalmente, cabe señalar que la aplicación del principio de *res iudicata* en el ámbito de la OMC se relaciona estrechamente con la importancia de promover la seguridad y la eficacia del sistema comercial multilateral y con la necesidad de garantizar la prontitud de la resolución de las controversias. En relación con esto, en el caso *México-Jarabe de maíz*,¹⁰⁰⁸ el Órgano de apelación señaló que las partes deben respetar los principios de seguridad y previsibilidad que gobiernan al sistema comercial multilateral. Consecuentemente, las partes deben evitar prolongar inútilmente la resolución de las controversias, al tratar de utilizar el mecanismo del artículo 21.5 como segunda oportunidad para re-litigar el asunto.¹⁰⁰⁹ Estas consideraciones del

¹⁰⁰⁵ OMC, *Comunidades Europeas — Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India*, informe del Órgano de apelación, 8 de abril de 2003, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds141_s.htm

¹⁰⁰⁶ El panel había considerado que un argumento que pudo ser invocado en el procedimiento original de resolución del fondo de la controversia no se podía alegar en el procedimiento iniciado bajo el artículo 21.5. (reporte del grupo especial, citado en la sentencia del OA, cit. , nota 1005, párr. 74)

¹⁰⁰⁷ En términos del OA: “*Thus, we concluded there that an adopted Appellate Body Report must be treated as a final resolution to a “dispute between the parties to that dispute. (...) a dispute between the parties in respect of the particular claim and the specific component of a measure that is the subject of that claim.”* (reporte del OA, cit., nota 1001, par. 91 y 93)

¹⁰⁰⁸ *México — Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos*, informe del OA del 22 de octubre de 2001, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds132_s.htm.

¹⁰⁰⁹ En particular, el Órgano de apelación consideró que “parece que México procura que examinemos de nuevo el informe del Grupo Especial inicial”. Además, el OA señaló que el informe del Grupo Especial inicial, en lo que se refiere a la medida *inicial* (la determinación inicial de SECOFI), fue adoptado y que estas actuaciones basadas en el párrafo 5 del artículo 21 se refieren a una medida *posterior* (la nueva determinación de SECOFI). Señaló asimismo que México no

OA confirman la máxima *Interest reipublicae ut sit finis litium* (el interés público exige que haya un fin a la litigación).

La relación del principio de *res iudicata* con el de seguridad jurídica también resulta de su aplicación jurisprudencial por parte de las jurisdicciones internacionales, competentes en materia de derechos humanos. Así por ejemplo en el caso *Brumărescu c. Rumania*¹⁰¹⁰, la CEDH derivó el principio de *res iudicata* del principio de seguridad jurídica, expresado en el Preámbulo de la Convención europea de derechos humanos como componente clave del “Estado de Derecho” (*rule of law*). En particular, la Corte consideró que el derecho a un debido proceso, garantizado en el artículo 6 de la Convención, debe interpretarse a la luz del respeto al Estado de Derecho, reconocido en su Preámbulo como parte de la herencia común de los Estados miembros. Según la Corte, uno de los componentes fundamentales del Estado de Derecho es el principio de seguridad jurídica en virtud del cual, *inter alia*, cuando una Corte resuelve definitivamente una cuestión, su sentencia no debe ser cuestionada de nuevo.¹⁰¹¹ En dicho caso se trataba de la admisibilidad de una apelación sin límites de tiempo por las reglas del Derecho rumano.¹⁰¹² Según la Corte, la posibilidad de reexaminar una sentencia judicial definitiva, irreversible y ya ejecutada, viola el principio de *res iudicata*. Por su parte, la violación de la *res iudicata* de dicha sentencia constituye,

apeló contra el informe del Grupo Especial inicial y que los párrafos 2 y 3 del artículo 3 del ESD reflejan la importancia que la seguridad, la previsibilidad y la pronta solución de las diferencias tienen para el sistema multilateral de comercio. Por lo tanto el OA confirmó lo establecido por el panel en dicho asunto: “el mismo principio es aplicable a los aspectos del informe del Grupo Especial que no son objeto de apelación y que por tanto no son abordados por el Órgano de Apelación. En consecuencia, las partes del informe del Grupo Especial inicial que no son objeto de apelación, junto con el informe del Órgano de Apelación que resuelve las cuestiones objeto de apelación, deben considerarse, a nuestro juicio, como la resolución final de la diferencia, y así deberán ser tratadas por las partes, y por nosotros, en el presente procedimiento.” (*Mexico-jarabe de maíz*, cit., nota 1000, párr. 79).

¹⁰¹⁰ CEDH, *Brumărescu c. Rumania*, 28 de octubre de 1999, disponible en <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/11488b521ee03ccec12568bf002f3b8e?OpenDocument>

¹⁰¹¹ En términos de la CEDH: “*The right to a fair hearing before a tribunal as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares, among other things, the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which requires, inter alia, that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question.*” (CEDH, *Brumărescu c. Rumania*, cit., nota 1010, párr. 61)

¹⁰¹² Según dichas reglas, el Procurador de justicia era habilitado a iniciar la revisión de una sentencia definitiva sin límite de tiempo.

ipso iure, una violación del principio de seguridad jurídica y de las reglas del debido proceso, expresadas en el artículo 6 de la Convención europea de derechos humanos.¹⁰¹³

La CEDH reafirmó lo establecido en el caso *Brumarescu c. Rumania* en la decisión *Ryabikh c. Rusia*¹⁰¹⁴. En dicho asunto, la Corte estimó que el principio de seguridad jurídica presupone el respeto del principio de *res iudicata*. En la opinión de la Corte, conforme con el principio de *res iudicata*, ninguna parte debe ser autorizada a promover la revisión de una sentencia definitiva y obligatoria con el mero objetivo de lograr una nueva decisión sobre su caso.¹⁰¹⁵ En lo particular se trataba de la revisión de una sentencia judicial que se había convertido en apelación. En vez de limitarse a examinar los errores judiciales, relativos a la mala administración de la justicia, la sentencia de revisión había vuelto a juzgar el fondo de la controversia. Además, esta posibilidad de revisar las sentencias definitivas y obligatorias de las Cortes inferiores había sido prevista en el Derecho ruso sin límites de tiempo. Por lo tanto, según la Corte, dichas reglas constituían una violación del principio de *res iudicata* y de varios otros principios derivados del debido proceso, garantizado por el artículo 6 de la Convención europea de

¹⁰¹³ En términos de la Corte: “*In the present case the Court notes that at the material time the Procurator-General of Romania – who was not a party to the proceedings – had a power under Article 330 of the Code of Civil Procedure to apply for a final judgment to be quashed. The Court notes that the exercise of that power by the Procurator General was not subject to any time-limit, so that judgments were liable to challenge indefinitely. The Court observes that, by allowing the application lodged under that power, the Supreme Court of Justice set at naught an entire judicial process which had ended in – to use the Supreme Court of Justice’s words – a judicial decision that was “irreversible” and thus res iudicata – and which had, moreover, been executed. In applying the provisions of Article 330 in that manner, the Supreme Court of Justice infringed the principle of legal certainty. On the facts of the present case, that action breached the applicant’s right to a fair hearing under Article 6 § 1 of the Convention. There has thus been a violation of that Article.*” (*Brumarescu c. Rumania*, cit., nota 1010, párr. 62).

¹⁰¹⁴ *Ryabikh vs Russia*, CEDH, 3 de diciembre de 2003, disponible en http://sutyajnik.ru/rus/echr/judgments/ryabikh_eng.htm

¹⁰¹⁵ En términos de la CEDH: “*legal certainty presupposes respect of the principle of res iudicata (see Brumarescu, cited above, § 62), that is the principle of finality of judgments. This principle insists that no party is entitled to seek a review of a final and binding judgment merely for the purpose of a rehearing and a fresh decision of the case. Higher courts’ power of review should be exercised for correction of judicial mistakes, miscarriages of justice, and not to substitute a review. The review cannot be treated as an appeal in disguise, and the mere possibility of two views on the subject is not a ground for re-examination. Departures from that principle are justified only when made necessary by circumstances of a substantial and compelling character.*” (caso *Ryabikh c. Rusia*, cit., nota 1014, párr. 52).

derechos humanos. En particular, la Corte consideró que el respeto del principio de *res iudicata* es muy relacionado con el “derecho de acceso a un Tribunal”.¹⁰¹⁶

El principio de *res iudicata* es aplicado en forma muy similar en la jurisprudencia de la CIDH. Así por ejemplo, la Corte tuvo que pronunciarse sobre una posible violación a dicho principio en el caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*.¹⁰¹⁷ En dicho asunto, la Corte interpretó la frase “sustancialmente la reproducción”, mencionada en el artículo 47 de la Convención interamericana de derechos humanos, como significando que: “debe existir identidad entre los casos”. En la opinión de la Corte: “para que exista dicha identidad se requiere la presencia de tres elementos, a saber: que las partes sean las mismas, que el objeto sea el mismo y que la base legal sea idéntica.”¹⁰¹⁸ La Corte definió esta exigencia de triple identidad (personas, objeto, base legal) en el caso *Durand y Ugarte c. Perú*.¹⁰¹⁹ En dicho asunto, la Corte señaló que: “el concepto de ‘personas’ tiene que ver con los sujetos activos y pasivos de la violación, y principalmente con estos últimos, es decir, las víctimas”.¹⁰²⁰ Respecto del objeto, la Corte, al referirse al concepto de “hechos”, estableció que corresponde “a la conducta o el suceso que implicaron violación de un derecho humano”.¹⁰²¹ Finalmente, respecto al fundamento legal, la CIDH, en el caso *Baena Ricardo y otros*, consideró que éste se refiere a los artículos de la Convención cuya violación se alega en la demanda.¹⁰²² La Corte también aplicó el principio de *res iudicata* en

¹⁰¹⁶ En particular, la CEDH consideró que la posibilidad de apelar una sentencia, bajo el pretexto de obtener su revisión, no puede ser ejercida indefinidamente. Dicho recurso violaría no sólo el principio de *res iudicata*, como componente principal del principio de seguridad jurídica, sino también el principio de “derecho al juez” garantizado en el artículo 6 de la Convención. En efecto, de qué serviría tener acceso a una jurisdicción si el carácter definitivo y obligatorio de sus sentencias no sería respetado. (caso *Ryabykh c. Rusia*, cit., nota 1014, par. 55-58).

¹⁰¹⁷ CIDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, 18 de noviembre de 1999 (Excepciones Preliminares), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_61_esp.pdf

¹⁰¹⁸ Caso *Baena Ricardo y otros*, cit., nota 1017, párr. 53.

¹⁰¹⁹ CIDH, 28 de mayo de 1999 (Excepciones Preliminares), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_50_esp.pdf

¹⁰²⁰ Caso *Durand y Ugarte*, cit., nota 1019, párr. 43.

¹⁰²¹ Caso *Durand y Ugarte*, cit., nota 1019, párr. 43.

¹⁰²² En particular, en dicho asunto, la Corte afirmó que: “En cuanto al fundamento legal, tampoco hay identidad, ya que, en la demanda ante la Corte, se alegan violaciones a los siguientes artículos de la Convención Americana: 8 (Garantías Judiciales); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 10 (Derecho a Indemnización); 15 (Derecho de Reunión); 16 (Libertad de Asociación) y 25 (Protección Judicial), en relación con el artículo 1.1; 2; 33 y 50.2 (caso *Baena Ricardo y otros*, cit., nota 1019, párr. 56).

el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*.¹⁰²³ En este asunto, la Corte recordó que: “a fin de que se configure *res iudicata* debe haber identidad entre los casos, esto es, las partes y el objeto del caso deben ser idénticos así como sus fundamentos legales”.¹⁰²⁴ La CIDH rechazó el argumento basado en una violación del principio de *res iudicata*, señalando que no existía una identidad entre las partes, el objeto y el fundamento legal de la demanda en el caso examinado con lo resuelto en un caso anterior invocado por las partes.¹⁰²⁵ Cabe señalar que en dicho asunto la Corte se pronunció además sobre la aplicación del principio de *Litis pendencia* y sobre la existencia de una duplicidad de procedimientos internacionales sobre el mismo caso.¹⁰²⁶

Finalmente, el principio de *res iudicata* es aplicado de manera muy similar por parte de las jurisdicciones internacionales, competentes en materia de Derecho penal internacional. En particular, dicho principio fue interpretado y aplicado en varias ocasiones por el TPIY y por el TPIR. Así por ejemplo, en el caso *Tadic*¹⁰²⁷, el TPIY tuvo que pronunciarse sobre el efecto negativo del principio de *res iudicata*, expresado en el principio *non bis in ídem*. En este asunto, la defensa de Dusko Tadic invocaba una violación del principio *non bis in ídem*, consagrado por el artículo 10 del Estatuto del TPIY. Según los defensores, dicho principio sería violado porque antes de que el acusado fuera transferido a la jurisdicción del TPIY, en contra suya ya se había iniciado un proceso penal ante

¹⁰²³ Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

¹⁰²⁴ Caso del *Pueblo Saramaka*, cit., nota 1023, párr. 55-58

¹⁰²⁵ En particular, se trataba de apreciar si existía una violación al principio de *res iudicata* de lo ya resuelto por la Corte en el caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, CIDH, 15 de junio de 2005, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

¹⁰²⁶ En particular, se trataba de un procedimiento iniciado por las mismas partes ante dos organismos de la ONU (el Comité de derechos humanos y el Comité para la eliminación de la discriminación racial). Después de examinar el objeto y la finalidad de dichos procedimientos y compararlos con los del recurso presentado ante su foro, la Corte concluyó que: “es innecesario que la Corte decida sobre si las partes implicadas en dicho procedimiento internacional son las mismas que las partes del presente caso o si los fundamentos legales son los mismos. Basta para la Corte decir que los procedimientos ante el Comité de DH y el CEDR son, intrínsecamente, de un objeto, propósito y naturaleza distintos a aquellos del presente caso. Por lo tanto, la Corte rechaza la sexta excepción preliminar del Estado en cuanto a la duplicidad de los procedimientos internacionales en relación con las decisiones e informes mencionados anteriormente de los Comités de DH y CEDR.” (Casa Pueblo Saramaka, cit., nota 1023, párr. 46)

¹⁰²⁷ TPIY, *Prosecutor vs. Tadic, decisión on Non bis in ídem*, 14 de noviembre de 1995, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/951114.pdf>

un Tribunal alemán (siendo Alemania el país del que Tadic fue extraditado). El TPIY consideró que no existía una violación del principio *non bis in ídem*, visto que el proceso en Alemania no había concluido y el acusado no había sido sentenciado por los Tribunales alemanes. Dicho en otros términos, según el Tribunal no se había violado el efecto negativo del principio de *res iudicata* porque el órgano judicial interno no había adoptado una sentencia definitiva y obligatoria para las partes. Para llegar a esta conclusión, el TPIY tuvo que analizar la naturaleza jurídica y el alcance del principio *non bis in ídem*, expresado en el artículo 10 de su Estatuto. En particular, el Tribunal reconoció indirectamente el carácter de principio general del Derecho del principio *non bis in ídem*.¹⁰²⁸ Posteriormente, el Tribunal reafirmó que el principio *non bis in ídem* se aplica únicamente cuando existe una sentencia definitiva y obligatoria para las partes. Visto que los Tribunales alemanes todavía no habían dictado una sentencia dotada de *res iudicata*, no había impedimento para que el TPIY se pronuncie sobre el caso. No obstante, el Tribunal también afirmó que después de que él mismo dicte su sentencia, los Tribunales alemanes no podrán reabrir el caso y re-juzgar a Tadic en su ámbito jurisdiccional interno. Podemos considerar que el caso Tadic constituye una importante aplicación del principio de *res iudicata* en las relaciones entre los Tribunales internacionales y los Tribunales internos. Al menos en el ámbito penal, tanto los jueces internos, como los jueces internacionales, son vinculados por el respeto de la *res iudicata* de sus sentencias respectivas.

El TPIY confirmó lo establecido en el caso *Tadic* en su jurisprudencia posterior. En particular, en el reciente caso *Karadzic*¹⁰²⁹, el Tribunal reafirmó que el principio *non bis in ídem* se aplica únicamente cuando exista una sentencia definitiva anterior que condene o absuelva un individuo, y que posteriormente el mismo individuo sea juzgado una segunda vez por los mismos hechos. En lo

¹⁰²⁸ Según el Tribunal, “el principio *non bis in ídem* forma parte de los Códigos internos de muchas naciones. También conocido como “*double jeopardy*” o “*autrefois acquit, autrefois convict*”, dicho principio normalmente protege a una persona por ser juzgada o ser condenada dos veces por los mismos actos. Este principio ha ganado un cierto estatus internacional, visto que es reconocido en el artículo 14(7) del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos como elemento constitutivo del debido proceso. Dicho principio es obligatorio para el Tribunal de acuerdo a lo establecido en su Estatuto. (Caso *Tadic*, cit., nota 1027, párr. 9).

¹⁰²⁹ TPIY, *Prosecutor vs. Radovan Karadzic*, 16 de noviembre de 2009, *Decision on the accused’s motion for finding of non-bis-in-idem*, <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/en/091116.pdf>

particular, la defensa de Radovan Karadzic consideraba que el principio *non bis in ídem* debía aplicarse a los hechos que formaban parte de las acusaciones del Procurador. Según la defensa, de acuerdo al principio de *res iudicata* o “*double jeopardy*”, generalmente reconocido en los sistemas jurídicos internos, no se podía hacer dos veces una acusación para los mismos hechos. Este argumento era basado, en particular en algunas sentencias al respecto de la Corte suprema de los Estados Unidos y de las Cortes canadienses.¹⁰³⁰ No obstante, tanto el Procurador, como el TPIY consideraron que el argumento de la defensa era prematuro, visto que el juicio del acusado “estaba lejos de ser terminado.” Como lo afirmó el TPIY, el principio *non bis in ídem* se aplica sólo en los casos en los que el acusado ya ha sido juzgado. Una modificación de los hechos, objeto de la acusación, no puede ser considerada como un juicio definitivo ni como una sentencia judicial sobre los mismos.¹⁰³¹

Además de estos ejemplos de aplicación del principio *non bis in ídem* como componente de la *res iudicata*, la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales contiene, al menos, un ejemplo de aplicación directa de este último principio. En efecto, en el caso *Delalic et al.*¹⁰³², el TPIY tuvo que determinar la existencia de una posible violación al principio de *res iudicata*. En dicho asunto el TPIY se pronunció sobre hechos ocurridos en un campo de prisión en Bosnia y Herzegovina en 1992.¹⁰³³ Los tres justiciables¹⁰³⁴ habían sido acusados de haber cometido violaciones muy graves de la Convención de Ginebra de 1949 y actos

¹⁰³⁰ Caso *Karadzic*, cit., nota 1029, párr. 5-6

¹⁰³¹ En términos del Tribunal: “*Moreover, the principle of non-bis-in-ídem applies only in cases where an accused has already been tried, and the trial of this Accused is far from completed.(...) Therefore, the removal of crime sites or incidents from the Indictment cannot be said to constitute a completed trial of the Accused in respect of those crime sites or incidents for purposes of an application of the principle of non-bis-in-ídem.*” (caso *Karadzic*, cit., nota 1029, párr. 13).

¹⁰³² TPIY, *Prosecutor vs. Delalic et. Al*, Judgement, 16 de noviembre de 1998, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>

¹⁰³³ Para un comentario del caso, ver, Van der Wilt, Harmen, ‘Commentary’, in Klip, André and Sluiter, Göran (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1997-1999*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, Vol. 3, 2001, pp. 669-683, citado en Raimondo, Fabián, *op. cit.*, nota 439, p. 109.

¹⁰³⁴ Respectivamente Zejnil Delalic, Zdravko Mucic y Hazim Delic. Dos de los inculpados eran guardias de seguridad del campo de prisión y Zejnil Delalic era responsable del funcionamiento de dicho campo en su función de coordinador de las fuerzas musulmanas de Bosnia y posteriormente como comandante de un grupo de élite del ejército de Bosnia. (caso *Delalic et. Al*, cit., nota 1032, párr. 4)

constitutivos de violaciones a las leyes y costumbres de guerra según lo previsto al respecto en los artículos 2 y 3 del Estatuto del TPIY.¹⁰³⁵ Para determinar la aplicabilidad del artículo 2 de su Estatuto, el Tribunal analizó el carácter internacional del conflicto que tuvo lugar en el territorio de Bosnia y Herzegovina a partir de su independencia en 1992.¹⁰³⁶ Según el Procurador, se trataba de un conflicto internacional. Los defensores de los acusados consideraron que el Tribunal no podía pronunciarse sobre esta cuestión porque ya la había resuelto en un caso anterior. En la opinión de los defensores, en su sentencia sobre el caso *Tadic*¹⁰³⁷, el Tribunal había determinado que el conflicto armado que tuvo lugar en Bosnia y Herzegovina a partir de su independencia no presentaba un carácter internacional. Además, los defensores subrayaron que en el caso *Delalic et al.* se trataba de la apreciación jurídica de los mismos hechos y que el Procurador había sido “parte” en los dos asuntos. Por lo tanto, conforme con el principio general de *res iudicata*, el TPIY no podía reexaminar la cuestión de la existencia de un conflicto armado porque dicha cuestión ya había sido resuelta en la sentencia definitiva y obligatoria, adoptada en el caso *Tadic*.¹⁰³⁸ No obstante, según el TPIY, la cuestión de la naturaleza del conflicto armado, indudablemente, no constituía *res iudicata*. El Tribunal señaló que el principio de *res iudicata* sólo aplica *inter partes*, en un caso en el que un determinado asunto ha sido judicialmente resuelto de manera definitiva. De igual modo que en los sistemas penales nacionales que emplean la figura de un Procurador, el Procurador es siempre una parte en los procedimientos iniciados ante el TPIY. En los sistemas nacionales en los que el Procurador comparece en todos los casos penales, el principio de *res iudicata* no se aplica en absoluto para impedirlo a disputar una cuestión que ya había invocado en un caso previo.¹⁰³⁹ Por lo tanto, el Tribunal consideró que una de las

¹⁰³⁵ En particular, los justiciables eran acusados de haber cometido varios asesinatos, actos de tortura y violaciones. (caso *Delalic et. Al.*, cit., nota 1032, párr. 4)

¹⁰³⁶ Caso *Delalic et al.*, Cit., nota , párr. 204-235, citado en Raimondo, Fabian, *op. Cit.*, nota 439, p. 109.

¹⁰³⁷ Cit. nota 1027

¹⁰³⁸ Caso *Delalic et. Al.*, cit., nota 1036, par. 205, citado en Raimondo, Fabian, *op. Cit.*, nota 439, p. 109.

¹⁰³⁹ En términos del TPIY, “*There can be no question that the issue of the nature of the armed conflict relevant to the present case is not res iudicata. The principle of res iudicata only applies inter partes in a case where a matter has already been judicially determined within that case itself.*”

condiciones fundamentales para la aplicación del principio de *res iudicata* no había sido establecida porque las partes en los casos *Tadic* y *Delalic et al.* no eran las mismas.¹⁰⁴⁰

El principio de *res iudicata* fue aplicado en términos idénticos por parte del TPIR. En primer lugar, en el caso *Laurent Semanza*¹⁰⁴¹ el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre una violación del principio *non bis in ídem*. En dicho asunto el TPIR afirmó que de acuerdo a lo establecido en la jurisprudencia del TPIY, el principio *non bis in ídem* se aplica únicamente si una persona ha sido efectivamente juzgada por un Tribunal interno. Sólo si en el ámbito judicial interno existe una sentencia definitiva en contra de un individuo, el Tribunal internacional no podrá pronunciarse una segunda vez sobre los mismos hechos sin así violar el principio *non bis in ídem*. En dicho asunto, el TPIR definió el término “juzgado” mencionado en el artículo 9 de su Estatuto como condición para la aplicación del principio *non bis in ídem*. Según el Tribunal, “el término “juzgado” implica que los procedimientos iniciados ante una Corte nacional constituyen un “juicio” para los actos incluidos en la acusación en contra del individuo (...) al término del cual el Tribunal adopta una sentencia definitiva.”¹⁰⁴² En lo particular, el TPIR rechazó la

As in national criminal systems which employ a public prosecutor in some form, the Prosecution is clearly always a party to cases before the International Tribunal. The doctrine of res iudicata is limited, in criminal cases, to the question of whether, when the previous trial of a particular individual is followed by another of the same individual, a specific matter has already been fully litigated. In national systems where a public prosecutor appears in all criminal cases, the doctrine is clearly not applied so as to prevent the prosecutor from disputing a matter which the prosecutor has argued in a previous, different case.” (caso *Delalic et al.*, cit. párr. 228, citado en Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, pp. 109-110)

¹⁰⁴⁰ Para la aplicación del principio de *res iudicata* en el ámbito de los procesos penales internos e internacionales no se puede considerar al Procurador como una parte en los litigios, precisamente porque comparece en todos. Se privaría de sentido una de las figuras más específicas de la justicia penal si se admitiera que la naturaleza de las cuestiones, susceptibles de ser invocados por el Procurador, es limitada por la aplicación del principio de *res iudicata*.

¹⁰⁴¹ TPIR, *Laurent Semanza vs. The Prosecutor*, 31 de mayo de 2000, disponible en <http://www.unict.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CSemanza%5Cdecisions%5C310500.pdf>

¹⁰⁴² En términos del Tribunal: “*Article 9 of the Statute of the Tribunal sets forth the principle of non bis in idem. The Appeals Chamber accepts the interpretation of this Article and Article 10 of the Statute of ICTY given by various Trial Chambers of the international criminal Tribunals whereby: - Article 9 (2) of the Statute sets a limit on the extent to which the Tribunal can prosecute persons who have been tried by a national Court for acts constituting serious violations of international humanitarian law; - The non bis in idem principle applies only where a person has effectively already been tried. The term "tried" implies that proceedings in the national Court constituted a trial for the acts covered by the indictment brought against the Accused by the Tribunal and at the end of which trial a final judgment is rendered.*” (caso *Laurent Semanza*, cit., nota 1041 párr. 74)

apelación del acusado y estimó que el principio *non bis in ídem* no podía aplicarse debido a la ausencia de un verdadero juicio ante los Tribunales cameruneses. El acusado no había sido juzgado por los mismos hechos en Camerún. Los Tribunales internos se habían pronunciado únicamente sobre la posibilidad de extraditarlo para someterlo a la jurisdicción del TPIR.¹⁰⁴³

Finalmente, el principio de *res iudicata* fue invocado ante el TPIR en el caso *Barayagwiza*¹⁰⁴⁴. En este asunto, la defensa y el Procurador habían invocado el principio de *res iudicata*, pero el Tribunal decidió no pronunciarse sobre la aplicación del mismo a los hechos particulares. En cambio, en su opinión adjunta al caso, el juez Rafael Nieto-Navia sí se refirió al principio de *res iudicata*.¹⁰⁴⁵ Según el juez Nieto-Navia, el principio de *res iudicata* es un principio general del Derecho y forma parte de la categoría de fuentes del Derecho internacional mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Por lo tanto, dicho principio debe ser aplicado por parte del TPIR siempre que las condiciones para dicha aplicación están reunidas. En la opinión del juez Nieto-Navia, el principio de *res iudicata* exige que, una vez que un caso ha sido resuelto de manera definitiva y válida por un Tribunal competente, dicho caso no puede ser disputado de nuevo entre las mismas partes.¹⁰⁴⁶ Sólo las sentencias definitivas son dotadas de *res iudicata*, las sentencias en contra de las cuales procede una apelación por un Tribunal superior no disponen de la autoridad de la cosa juzgada.

De lo expuesto anteriormente se desprende que el principio de *res iudicata* constituye una exigencia fundamental para la eficacia de la resolución judicial de las controversias. En efecto, si las sentencias judiciales no fueran definitivas e obligatorias se afectaría la seguridad, la previsibilidad y la prontitud de los mecanismos internacionales de impartición de justicia. La autoridad de cosa juzgada obliga a las partes en un litigio a ejecutar lo establecido en las decisiones

¹⁰⁴³ Caso *Laurent Semanza*, cit., nota 1041, párr. 75-77.

¹⁰⁴⁴ TPIR, *Jean Bosco Barayagwiza v The Prosecutor*, Order of 31 March 2000, disponible en <http://ictr-archive09.library.cornell.edu/ENGLISH/cases/Barayagwiza/decisions/dcs20000331.html>

¹⁰⁴⁵ TPIY, *Barayagwiza v. Prosecutor, Decision (Prosecutor's request for review or reconsideration), Declaration of Judge Nieto-Navia*, 31 March 2000, párr. 19-26, citado en Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, p. 152)

¹⁰⁴⁶ *Barayagwiza v. Prosecutor*, cit., nota 1044, párr. 19, citado en Raimondo, Fabian, *op. Cit.*, nota 439, p. 153

judiciales. Como su nombre mismo lo indica, el principio de *res iudicata* garantiza el respeto de la autoridad de un juez en el ejercicio de su función judicial. Esta importancia crucial de dicho principio para todo arreglo judicial de una disputa explica su aceptación generalizada en el ámbito de los Derechos internos y del Derecho internacional. El reconocimiento expreso del principio *res iudicata* en los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales y su aplicación e interpretación convergente en la jurisprudencia internacional demuestran su carácter general y universal. Inherente al ejercicio mismo de la función judicial, el principio de *res iudicata* constituye indudablemente un principio común a todos los Tribunales internacionales.

2. Las similitudes en la aplicación de principios sustanciales, comunes a los Tribunales internacionales

Todos los sistemas jurídicos se basan en una serie de principios fundamentales. Dichos principios se asemejan a las “piedras” sobre las cuales se edifica un orden jurídico.¹⁰⁴⁷ Se trata de principios estructurales, esenciales para el funcionamiento eficaz de este orden.

La mayoría de los principios estructurales del orden jurídico internacional constituyen principios generales del Derecho (y/o principios generales del Derecho internacional). Por su generalidad misma, dichos principios tienen como destinatarios a todos los actores del orden jurídico internacional y se aplican en todos sus campos normativos (especializados).¹⁰⁴⁸ En particular, dichos principios se relacionan con la creación y la ejecución de las demás normas pertenecientes al sistema jurídico internacional. En cierta medida, los principios generales y fundamentales del Derecho (internacional) muestran la manera en la que sus normas deben ser aplicadas “legítimamente”. Como atinadamente lo afirma Voigt, muchos de estos principios pre-condicionan la correcta interpretación y aplicación de las demás normas internacionales.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁷ Voigt, Christina, *op. Cit.*, nota 654, p. 12

¹⁰⁴⁸ Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, nota 436, p. 7

¹⁰⁴⁹ Voigt, Christina, *op. Cit.*, nota 654, p. 12

Estos principios generales y fundamentales del Derecho (internacional) poseen un carácter sustancial o material porque complementan e “informan” las normas internacionales que crean derechos y obligaciones sustanciales para sus destinatarios. En el Derecho internacional, la mayoría de las normas sustanciales son de carácter convencional, es decir son derivadas de un Tratado internacional. Por su generalidad, los principios generales y fundamentales del Derecho, de carácter sustancial, acompañan la existencia de todos los Tratados internacionales. Dichos principios basan su creación, interpretación y ejecución.

Según yo, los principios generales, fundamentales y sustanciales, son axiomas básicos del Derecho internacional y del Derecho en sí. Dichos axiomas son inherentes a las nociones mismas de Derecho y de justicia. Desde esta perspectiva, se trata de principios de “inclusión material o sustancial”¹⁰⁵⁰, “portadores” de valores generales que deben ser incluidos en todas las demás normas internacionales, por razones de Derecho, justicia y equidad.

Se pueden referir varios ejemplos de principios generales y fundamentales del Derecho, de carácter sustancial. Así por ejemplo, el principio de proporcionalidad o el principio de reciprocidad constituyen principios generales del Derecho que determinan la manera de aplicar a todas las demás normas internacionales. De la misma manera, los principios de igualdad y no discriminación se aplican a todos los sujetos del Derecho internacional y traducen una “dimensión sustancial” y axiológica para todas las demás normas internacionales.

Para los propósitos limitados de la presente investigación examinaré un principio general del Derecho, de carácter sustancial y de importancia fundamental para el funcionamiento del orden jurídico internacional: el principio de *bona fides* **(A)**. La gran abstracción de este principio justificará el análisis detallado de dos otros principios generales del Derecho, directamente derivados de la buena fe: el principio de *estoppel* **(B)** y el principio *pacta sunt servanda* **(C)**. La interpretación y la aplicación concordante de estos dos principios en la jurisprudencia de los

¹⁰⁵⁰ Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, nota 436, p. 9

Tribunales internacionales, objeto de mi estudio, demuestran su carácter común a todas las esferas de impartición de la justicia internacional.

A. El principio de *bona fides*

El principio de buena fe representa una concepción general y común del Derecho, la justicia y la equidad que debe “incluirse” en todas las relaciones jurídicas internacionales y debe guiar la interpretación y la aplicación de todas las normas internacionales. Todos los actores del sistema jurídico internacional (y de todo sistema jurídico) deben actuar de buena fe; todas las normas internacionales (y toda norma jurídica, en general) deben ser creadas, interpretadas y aplicadas de buena fe.

La generalidad y la validez universal de este principio lo convierten en un principio común a los sistemas jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional. La aplicación y la interpretación convergente del principio de buena fe en la jurisprudencia internacional demuestran, además, que se trata de un principio común a los Tribunales internacionales.

El término latín *bona fides* se deriva de *fides/fido* procedente de la raíz indoeuropea *bheidh/bhidh* que significa lazar/entrelazar/trenzar y del término griego *pistó/pistis* que se traduce como fe/confianza.¹⁰⁵¹

La mayoría de autores se acuerdan por considerar que el principio de *bona fides* no puede ser definido de manera abstracta.¹⁰⁵²

Según Bin Cheng, se trata de un principio, susceptible de ilustración pero no de definición, como muchos otros términos aplicables a la conducta humana, por ejemplo “honestidad” o “malicia”.¹⁰⁵³ En la opinión de O’Connor, la buena fe

¹⁰⁵¹ Meillet, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4ème édition, Paris, 1985, p. 233, citado en Kolb, Robert, La bonne foi en droit international public, *Revue belge de droit international*, vol. 2, 1998, p. 672

¹⁰⁵² Por ejemplo, Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, Kolb, Robert, *op. cit.*, nota 1163, p. 673, O’Connor, John, *Good Faith in International Law*, 1991, pp. 118-119, Mitchell, Andrew, Good Faith in WTO Dispute Settlement, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, p. 345

¹⁰⁵³ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 105

incluye los elementos generales de “honestidad”, “equidad” y “razonabilidad” que no pueden ser definidos en forma unitaria.¹⁰⁵⁴

Robert Kolb distingue varios significados de la noción de *bona fides*. Según este autor, la buena fe, en su sentido subjetivo (o psicológico), designa un estado de espíritu consistente en una falsa representación de hechos jurídicamente pertinentes. Se trata de la hipótesis en la que un sujeto realiza una transacción jurídica, ignorando un hecho, susceptible de afectar la regularidad de dicha transacción.¹⁰⁵⁵ En segundo lugar, la buena fe, en el sentido de un simple estándar jurídico, se basa en las nociones de “abuso”, “protección de la confianza legítima” o “comportamiento razonable”. Dichas nociones no son jurídicamente predeterminadas sino que constituyen estándares jurídicos que permiten la aplicación de un principio a los hechos de un caso concreto. Estos estándares reenvían a las racionalidades de una relación y al promedio de los comportamientos y expectativas sociales. Desde esta perspectiva, la buena fe equivaldría al estándar de lo que es “razonable”¹⁰⁵⁶, “justo” y “equitativo”. En tercer lugar, la buena fe, en su sentido objetivo, constituye un principio general del Derecho, común a todos los órdenes jurídicos internos. Dicho principio es frecuentemente descrito como la “fundación de todo el Derecho” o un “principio fundamental del Derecho”¹⁰⁵⁷ y fue uno de los principios generales del Derecho mencionados durante los *travaux préparatoires* del artículo 38 del Estatuto de la CPJI.¹⁰⁵⁸ Como lo señaló la CIJ en el caso *Deudas noruegas*: “sin duda, la obligación de actuar conforme con la buena fe, siendo un principio general del Derecho, es además, parte del Derecho internacional.”¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁴ O’Connor, John, citado en Mitchell, Andrew, *op. cit.*, nota 1052, p. 345

¹⁰⁵⁵ Así por ejemplo si un individuo compra una colección de libros, ignorando que el vendedor la había robado, en Derecho, se consideraría que dicho individuo actuó de buena fe, siempre que no se demuestre que su ignorancia no resulta de su propio error. (Kolb, Robert, *op. Cit.*, nota 1052, p. 673)

¹⁰⁵⁶ Kolb, Robert, *op. Cit.*, nota 1052, p. 673

¹⁰⁵⁷ O’Connor, John, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1052, p. 341

¹⁰⁵⁸ See comments of Lord Phillimore in Permanent Court of International Justice: Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920, with Annexes* (1920), p. 335, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1053, p. 341

¹⁰⁵⁹ En términos de la Corte: “Unquestionably, the obligation to act in accordance with good faith, being a general principle of law, is also part of international law.” (CIJ, *Certain Norwegian Loans*,

Según Kolb, la sustancia normativa del principio general de buena fe consta de varios aspectos. En su aspecto positivo, la buena fe protege la confianza legítima que un determinado comportamiento suscita en otra persona, cualquiera que sea la voluntad real del autor de dicho comportamiento. En su aspecto negativo, la *bona fides* protege algunas finalidades (o expectativas) de interés general en contra de pretensiones “individualistas” excesivas (teoría del abuso de Derecho); así por ejemplo, la buena fe puede salvaguardar el objeto y el fin de una relación jurídica en contra de todo acto, susceptible de privarla de sentido. Adicionalmente, la buena fe prohíbe el comportamiento desleal que consiste en prevalecerse de su propio error para obtener una ventaja jurídica (en virtud de la máxima *nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*). Como lo afirma Kolb, en todos sus aspectos, la buena fe constituye una noción “solidarista”.¹⁰⁶⁰

El principio de buena fe es inherente a la noción misma de Derecho y de justicia. La *bona fides*, el respeto de la palabra dada, la fidelidad a los compromisos y la protección de la confianza mutua son elementos estructurales y constitutivos de todo orden jurídico.¹⁰⁶¹ La estabilidad de las relaciones jurídicas y la confianza entre los actores de un orden jurídico son esenciales para su funcionamiento. Como lo afirma Swarzenberger, un Derecho cualquiera se fundamenta en el cumplimiento de las expectativas.¹⁰⁶² En efecto, el cumplimiento de las expectativas, conforme con el principio de buena fe, es un requerimiento básico de toda vida social común. Según O’Connor el principio de buena fe se refiere al mínimo de cooperación y tolerancia requeridas para que un grupo humano pueda surgir y sobrevivir.¹⁰⁶³ Desde este punto de vista, el principio de buena fe protege la certeza y previsibilidad de las relaciones sociales interpersonales. Sin esta certeza y previsibilidad, el sistema jurídico no podría cumplir con una de sus funciones primeras: ordenar la vida social. La regulación

Francia c. Noruega, 6 de Julio de 1957, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/29/4772.pdf>, p. 53, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1052, p. 341)

¹⁰⁶⁰ Kolb, Robert, *op. Cit.*, nota 1052, p. 674

¹⁰⁶¹ Kolb, Robert, *op. cit.*, nota 1052, p. 342

¹⁰⁶² Swarzenberger, Georg, *The Fundamental Principles of International Law*, RCADI, vol. 81, 1955-1, p. 290, citado en Kolb, Robert, *op. cit.*, nota 1052, p. 686

¹⁰⁶³ O’Connor, John, *op. Cit.*, nota 1052, p. 6, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1052, p. 341

de las relaciones sociales exige principios generales, como el de buena fe, que permiten la permeabilidad del orden jurídico a los elementos axiológicos de la moral social.

Aunque el principio de buena fe está presente en el Derecho de casi todos los pueblos antiguos, la *Bona fides* del Derecho romano (asociada con los conceptos de honradez, diligencia y conducta honrada) constituye su ancestro más directo.¹⁰⁶⁴ Alrededor de 1450, dicho principio fue incorporado tanto en los órdenes jurídicos de *Common Law*, como en los de *Civil Law*, en reglas relativas a la buena conciencia, justicia, trato equitativo y razonabilidad.¹⁰⁶⁵

Actualmente, el principio de buena fe está previsto en todos los Códigos civiles internos¹⁰⁶⁶ como una garantía para el trato justo y equitativo.¹⁰⁶⁷ En particular, en virtud de dicho principio todos los contratos de Derecho interno deben ser concluidos y ejecutados de buena fe. Dicho principio resulta, por lo tanto, esencial para la regulación y desarrollo de todos los “negocios jurídicos” y del “comercio jurídico”, en general.¹⁰⁶⁸

El principio de buena fe es aplicado de forma menos uniforme en los países pertenecientes a la familia jurídica del *Common Law*. Así por ejemplo, en Inglaterra no existe una doctrina uniformizada respecto al principio de buena fe. No obstante, en la *equity* se incorporaron muchos principios derivados de la buena fe, como por ejemplo la *undue influence* o el *promissory estoppel*.¹⁰⁶⁹ Además, la buena fe se utiliza para fundamentar muchas cláusulas contractuales, por ejemplo en los *contracts of insurance*. En cambio, en los Estados Unidos, existe una

¹⁰⁶⁴ O'Connor, John, *op. Cit.*, nota 1052, pp. 18-19, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1052, p. 341

¹⁰⁶⁵ O'Connor, John, *op. Cit.*, nota 1052, p. 30, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1052, p. 341

¹⁰⁶⁶ Pero también tiene muchas otras manifestaciones en los Códigos mercantiles, sociales, penales, administrativos etc.

¹⁰⁶⁷ Por ejemplo, artículo 242 del *BGB* (Código Civil Alemán), artículo 3 del *Code civil suisse* y artículos 550 y 1134 del *Code civil français*.

¹⁰⁶⁸ Tetley, William, Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering, *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol 35, 2004, p.567, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1053, p. 341

¹⁰⁶⁹ Hiscock, Mary, The Keeper of the Flame: Good Faith and Fair Dealing in International Trade, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol 29, 1996, p. 1061, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1053, p. 342

obligación general de que todos los contratos sean concluidos y ejecutados de acuerdo al principio de buena fe.¹⁰⁷⁰

En el Derecho internacional, el principio general de buena fe se encuentra cristalizado en muchos de los Tratados que rigen al conjunto de los Estados miembros de la Comunidad internacional. Así por ejemplo, dicho principio es reconocido en el artículo 2 (2) de la Carta de la ONU. En virtud de dicha disposición: “los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.” En el mismo sentido, el principio de buena fe figura en la Declaración de principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados. En virtud de dicho Tratado: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe con los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos.”¹⁰⁷¹ Además, el principio de buena fe es reconocido en varios artículos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en numerosas otras Convenciones de gran importancia en el ámbito del Derecho internacional.¹⁰⁷² En consecuencia, algunos autores estiman que el principio de buena fe, además de ser un principio general del Derecho, constituye un principio consuetudinario del Derecho internacional.¹⁰⁷³

La función principal del principio de buena fe en el Derecho internacional consiste en fundamentar múltiples otros principios, normas o instituciones que se derivan de él como de una fuente (raíz) común. Como lo afirma O’Connor, el principio de buena fe constituye un principio general y fundamental del Derecho, del cual se derivan muchas otras reglas jurídicas, relacionadas con la honestidad, razonabilidad y equidad.¹⁰⁷⁴ Estos principios o normas derivadas constituyen

¹⁰⁷⁰ *Restatement (Second) of Contracts* § 205, See also *Uniform Commercial Code* §§ 1–304, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1053, p. 342

¹⁰⁷¹ *Preámbulo de los principios*, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/IMG/NR035286.pdf?OpenElement>

¹⁰⁷² Así por ejemplo, el principio de *bona fides* figura en los artículos: 3 de la Carta de la OEA, 105, 107 y 133 de la Convención de las NU sobre el Derecho del mar, 1 (j) de la Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados etc., citados en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1052, p. 343

¹⁰⁷³ Mitchell, Andrew, *op. cit.*, nota 1052, p. 342

¹⁰⁷⁴ O’Connor, John, *op. Cit.*, nota 1052, p. 123, citado en Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1052, p. 345

concretizaciones específicas de la buena fe.¹⁰⁷⁵ Muchos de ellos son, en sí, principios generales del Derecho presentes in *foro domestico* de la mayoría de los Estados miembros de la Comunidad internacional.

El principio de buena fe se manifiesta en varias obligaciones particulares al cargo de los Estados¹⁰⁷⁶. Así por ejemplo, en virtud del principio de buena fe, los Estados tienen la obligación de: resolver sus controversias de buena fe; después de firmar un tratado, no frustrar la realización de su objeto y fin antes de su entrada en vigor; después de la entrada en vigor de un tratado, ejecutarlo y aplicarlo de buena fe, sin frustrar la realización de su objeto y fin; interpretar los Tratados de buena fe, conforme con su sentido ordinario, considerándolos en su contexto y a la luz de su objeto y fin; cumplir de buena fe con toda obligación creada por las demás fuentes del Derecho internacional (las fuentes no convencionales); ejercer sus derechos de buena fe.

Según Kolb, existen varias concretizaciones del principio de buena fe. Como ejemplos este autor cita: la teoría de las obligaciones pre-convencionales (antes de la entrada en vigor de un Tratado); la interdicción de privar una transacción jurídica de su objeto y fin; la primacía del espíritu sobre la letra en materia de interpretación; la obligatoriedad de los actos jurídicos unilaterales; la doctrina de la aquiescencia normativa (silencio calificado); el *estoppel*; la teoría de la apariencia; la interdicción del abuso de derechos; la doctrina de los avisos razonables; la prohibición de la perfidia en el Derecho de los conflictos armados etc.¹⁰⁷⁷

En la opinión de Cheng, el principio de buena fe se concretiza, en primer lugar, en el Derecho de los tratados a través de algunos principios que gobiernan la conclusión, la ejecución y la denuncia de los Tratados, e incluye, entre otros, a los principios *sup spe rati* y *pacta sunt servanda*. En segundo lugar, el principio de buena fe constituye la base de la teoría de abuso de derechos. En tercer lugar, dicho principio se manifiesta a través de la obligación de notificar un

¹⁰⁷⁵ Kolb, Robert, *op. Cit.*, nota 1052, p. 674

¹⁰⁷⁶ Goodwin-Gill, Guy, *State Responsibility and the Good Faith Obligation in International Law*, in Fitzmaurice, Maglosia and Dan Sarooshi (eds.), *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions*, 2004, p. 88, citado en Mitchell, Andrew, *op. cit.*, nota 1053, p. 343

¹⁰⁷⁷ Kolb, Rober, *op. Cit.*, nota 1052, p. 674

cambio de política y el deber de mantener el *status quo*. Finalmente, de la buena fe se derivan las máximas *allegans contraria non est audiendus*, *nullus commodum capere de sua injuria propria*, *fraus omnia corrumpit*.¹⁰⁷⁸

Los principios o normas derivadas de la buena fe pueden ser mucho más precisas que esta última y, por lo tanto, se desarrollan lo suficiente para ser utilizados sin referencia explícita a su fuente común. Consecuentemente, cuando los órdenes jurídicos maduran, el recurso al principio general de buena fe se vuelve menos frecuente.¹⁰⁷⁹

En mi opinión, la noción general de buena fe no es menos útil que sus “particularizaciones”. No obstante, son precisamente estas “particularizaciones” que permiten definir los comportamientos concretos que contradicen al principio de buena fe en el ámbito del Derecho internacional. Siguiendo en esto a Kolb, considero que es imposible acercarse al principio de buena fe en la “majestuosidad inmóvil de su abstracción”. Hay que acercarse a los “grandes principios del Derecho” a través de los valores que atraviesan a todo el orden jurídico y realizan su sustancia en las normas derivadas de dichos principios.¹⁰⁸⁰

A continuación analizaré dos principios generales del Derecho que se derivan del principio de *bona fides*: el principio *pacta sunt servanda* y el principio de *estoppel*.

B. El principio de *estoppel*

“*On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles.*”

Loysel¹⁰⁸¹

a) La función del principio de *estoppel*: promover la consistencia de los comportamientos individuales

¹⁰⁷⁸ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, pp. 105-158

¹⁰⁷⁹ Mitchell, Andrew, *op. Cit.*, nota 1052, p. 345

¹⁰⁸⁰ Kolb, Robert, *op. Cit.*, nota 1052, p. 674

¹⁰⁸¹ Loysel, citado en Fauvarque-Cosson, Bénédicte, La confiance légitime et l'estoppel, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, 2007, p. 2

El principio de *estoppel* constituye un principio general del Derecho originado en tres adagios del Derecho romano: *Allegans contraria non audiendus est* (Nadie debe beneficiarse de su propia inconsistencia), *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (Nadie puede prevalecerse de su propia ignominia) y *Venire contra actum proprium non valet* (Es inadmisibles actuar en contra de los actos propios). El término “*estoppel*” proviene del antiguo verbo francés “*étouper*” que significa poner estopas o tapar.¹⁰⁸² El principio de *estoppel* es reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos internos como una garantía para la previsibilidad y la estabilidad de las relaciones jurídicas.¹⁰⁸³

Dicho principio expresa uno de los fundamentos teóricos del “consensualismo” jurídico. En efecto, para el Derecho (y para la moral) los hombres no pueden, ni deben desdecirse. La palabra dada no podría ser retomada, sobre todo si ha creado una confianza legítima para otra persona. En este sentido, no es tanto la voluntad de la persona que genera la obligación jurídica, sino su comunicación a otro individuo que habría puesto “toda su confianza” en la “palabra” así expresada. Esta confianza legítima se convierte en la base de una expectativa, protegida por el Derecho: obtener el cumplimiento de “la palabra dada”. Por lo tanto, una persona no puede contradecirse, si a través de sus palabras o de su comportamiento, ha suscitado en otra persona la expectativa legítima de cumplir.¹⁰⁸⁴ Una persona que ha creado la confianza legítima de otra, es simplemente impedida (“*is estopped*” o simplemente “*stopped*”) de contradecirse. Dicho en otros términos, el principio de *estoppel* expresa la idea en virtud de la cual nadie puede contradecirse en detrimento de otra persona.

Como lo afirma Kolb, un comportamiento cualquiera no se produce en un vacío, sino que necesariamente forma parte de una relación social. En este sentido, el *estoppel* implica la responsabilidad de tomar en consideración los

¹⁰⁸² Dicho término habría llegado a Inglaterra con el reinado de Guillaume le Conquérant en 1066 y de ahí se habría derivado el término inglés “*estoppel*” (Fauvarque-Cosson, Bénédicte, *op. Cit.*, nota 1081, p. 6).

¹⁰⁸³ Ovchar, Alexander, Estoppel in the jurisprudence of the ICJ: A principle promoting stability threatens to undermine it, *Bond Law Review*, Vol. 21, 2009, p. 4

¹⁰⁸⁴ Fauvarque-Cosson, Bénédicte, *op. Cit.*, nota 1081, p. 2

efectos de un comportamiento individual sobre los intereses legítimos de otra persona. La protección de una previsibilidad mínima de los comportamientos, susceptibles de causar un perjuicio o deterioro a los intereses particulares, forma parte del interés general.¹⁰⁸⁵

Como lo observó un Tribunal del *Common Law*: “nadie debe soplar caliente y frío a la vez- afirmar y al mismo tiempo negar (...) Este principio se basa en el sentido común y en la justicia común (...).”¹⁰⁸⁶

Así concebido, el principio de *estoppel* resulta inherente a la noción misma de Derecho y equidad en la impartición de la justicia, interna o internacional. La obligatoriedad de los compromisos que producen consecuencias jurídicas se sitúa a la base misma de la noción de justicia. Es justo y equitativo que los compromisos adquiridos se cumplan de buena fe, sobre todo si dichos compromisos generaron expectativas en la contraparte. Del respeto de la palabra “dada” y de la inadmisibilidad de las contradicciones depende la estabilidad de todas las relaciones jurídicas y, por ende, de todo el orden jurídico que las organiza. La previsibilidad y la certeza de los derechos y obligaciones recíprocos fundamentan la naturaleza jurídica de toda relación interpersonal.

En los países del *Common Law* el principio de *estoppel* presenta varias formas cuyos aspectos técnicos varían de un Estado a otro. Así por ejemplo, en Inglaterra existen una multitud de *estoppels* con regímenes distintos.¹⁰⁸⁷ En los Estados Unidos el principio de *estoppel* se relaciona estrechamente con el concepto de *reliance*, mientras que en Australia se habla de *unconscionability*.¹⁰⁸⁸ En ambos casos se utilizan los términos *preclusion* o *foreclusion* (impedimento, exclusión o exención) como sinónimos de *estoppel*. En los países de *Civil Law*, el principio de *estoppel* se relaciona estrechamente con la noción de “confianza

¹⁰⁸⁵ Kolb, Robert, *op. cit.*, nota 1052, p. 704

¹⁰⁸⁶ England Court of Exchequer: *Cave vs. Mills* (1862), citado en Cheng, Bin, *op. cit.*, nota 379, p.

142

¹⁰⁸⁷ Para un análisis más detallado del principio de *estoppel* en Derecho inglés, ver Fauvarque-Cosson, Bénédicte, *op. Cit.*, nota 1081, pp. 7 s.

¹⁰⁸⁸ Para un análisis detallado del concepto de *estoppel* en Derecho estadounidense y australiano, ver Fauvarque-Cosson, Bénédicte, *op. Cit.*, nota 1081, pp. 10 s.

legítima” o “expectativas legítimas” y muchas veces se protege por el principio más general de buena fe.¹⁰⁸⁹

En el Derecho internacional, el principio de *estoppel* presenta varias formas específicas. Dicho principio ha sido invocado sobre el fundamento de la buena fe para evitar los riesgos de un comportamiento deliberadamente inconsistente.¹⁰⁹⁰ En el orden jurídico internacional no existe una autoridad suprema o un gobierno único. Las relaciones internacionales se rigen por el principio de igualdad soberana de los Estados miembros de la Comunidad internacional. Para preservar la estabilidad y previsibilidad de dichas relaciones, es muy importante asegurarse que los Estados actúen de manera conforme con sus posiciones (y/o actuaciones) previas.¹⁰⁹¹ Como lo señaló la CIJ en el caso *Pruebas Nucleares*¹⁰⁹², la certeza y la seguridad son inherentes a la cooperación internacional, en particular, en una edad en la que dicha cooperación en muchos ámbitos se está volviendo esencial. Antes de que un Estado se base en lo dicho o hecho por otro Estado, éste debe tener la certeza de que el primero no se contradeciría.

La aplicación del principio de *estoppel* en el Derecho internacional se basa en tres criterios. En primer lugar, la afirmación (y/o comportamiento) al origen del *estoppel* debe ser clara y no ambigua. En segundo lugar, dicha afirmación debe ser voluntaria, incondicional y autorizada. En tercer lugar, esta afirmación (o comportamiento) debe haber creado una confianza legítima en perjuicio de la otra parte o en beneficio de la parte que la realiza.¹⁰⁹³ Como lo afirma Cheng, el principio de *estoppel*, en el Derecho internacional, impide a una persona A aseverar en contra de una persona B una cosa en particular, si A había, previamente, por palabras o comportamiento, presentado a B una cosa opuesta; y si, por la confianza puesta en dichas palabras o comportamiento, B había alterado

¹⁰⁸⁹ Fauvarque-Cosson, Bénédicte, *op. Cit.*, nota 1081, p. 4

¹⁰⁹⁰ MacGibbon, Estoppel in International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958, p. 477, citado en Wagner, Megan, Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice, *California Law Review*, vol. 74, 1986, p. 1778

¹⁰⁹¹ Wagner Megan, *op. Cit.*, nota 1090, p. 1179

¹⁰⁹² *Nuclear Tests Case*, Australia vs. France, 20 de diciembre de 1974, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/58/6093.pdf>, p. 253, citado en Wagner, Megan, *op. Cit.*, nota 1091, p. 1179

¹⁰⁹³ Wagner, Megan, *op. Cit.*, nota 1090, p. 1180

tan gravemente su conducta que el establecimiento de la verdad lo perjudicaría.¹⁰⁹⁴

Cabe señalar que no es necesario comprobar la existencia de una intención fraudulenta por parte del Estado, sujeto al *estoppel*.¹⁰⁹⁵ No obstante, sí es necesario establecer la confianza legítima que su comportamiento o afirmación creó en otro Estado, llevándolo así a modificar su propia conducta. Dicho en otros términos, el principio de *estoppel* no impide a un Estado ser inconsistente en todo caso. Una simple inconsistencia no necesariamente denota la falta de buena fe. Así por ejemplo, un simple cambio en la política internacional del Estado no estaría sujeto a la aplicación del principio de *estoppel*. Dicho cambio podría crear un *estoppel*, únicamente si éste generó una confianza o expectativa en otro Estado que modificó su conducta, en su propio perjuicio o en beneficio del primero.¹⁰⁹⁶

El *estoppel*, en el Derecho internacional, puede revestir varias formas. En primer lugar, tanto las declaraciones de un Estado (expresadas oralmente o por escrito) como su conducta positiva son susceptibles de constituir un *estoppel*. En este sentido, se podría considerar que el *estoppel* sería creado por la no ejecución de un acto unilateral del Estado. En segundo lugar, la jurisprudencia de los Tribunales internacionales ha establecido que incluso el silencio de un Estado acerca de una situación fáctica puede impedirlo a contradecirse, siempre que se cumplan los criterios de aplicación del principio de *estoppel*. La aquiescencia por parte del Estado de una declaración realizada por otro Estado o de las circunstancias existentes, podría constituir un fundamento suficiente para el establecimiento del *estoppel*.

Todas estas formas de *estoppel* han sido aplicadas de manera concordante en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales. El principio de *estoppel* no figura en ninguno de los Estatutos constitutivos de las jurisdicciones internacionales examinadas. No obstante, a través del análisis de su

¹⁰⁹⁴ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, pp. 144-145

¹⁰⁹⁵ Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 144

¹⁰⁹⁶ Wagner, Megan, *op. Cit.*, nota 1090, p. 1781

jurisprudencia se puede comprobar que se trata de un principio general del Derecho, común a todas las esferas de impartición de la justicia internacional.

b) La aplicación convergente del principio de *estoppel* en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales

El principio de *estoppel* fue aplicado por los órganos judiciales desde el inicio de su desarrollo en el Derecho internacional. En particular, dicho principio fue utilizado por los Tribunales arbitrales desde los finales del siglo XIX. Así por ejemplo, en el caso *The Mechanic*, el Tribunal arbitral estimó que si un Estado (en lo particular, Ecuador) había reconocido y admitido plenamente un hecho del cual se derivan derechos y ventajas, éste no podría “en honor y buena fe” negar dicho hecho sólo porque le impone una obligación.¹⁰⁹⁷

De la misma manera, en el caso *Fondo Piadoso de 1875*¹⁰⁹⁸, uno de los Comisarios de la Comisión mixta de arbitraje entre México y los Estados Unidos observó que México era sujeto a un *estoppel* respecto a la nacionalidad de la iglesia católica en el territorio de California, transferido a los Estados Unidos. En efecto, México había concluido un tratado con los Estados Unidos, en virtud del cual los residentes de California que quisieran mantener su nacionalidad mexicana debían solicitarlo expresamente; en el caso contrario, se les acordaría la nacionalidad estadounidense. Visto que la iglesia católica en la California estadounidense no había manifestado su voluntad de seguir teniendo la nacionalidad mexicana, México era *estopped* de oponerse a la adquisición, por parte de esta última, de la nacionalidad de los Estados Unidos.¹⁰⁹⁹

El principio de *estoppel* fue aplicado en numerosas otras ocasiones en las sentencias arbitrales pronunciadas desde los principios del siglo XX.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁷ Ecuador-US Claims Commission, *Atlantic and Hope Insurance Companies*, 1862, citado en Cheng, Bin, *op. cit.*, nota 379, p. 142

¹⁰⁹⁸ CPA, *Fondo Piadoso de las Californias*, Estados Unidos c. México, 14 de octubre de 1902

¹⁰⁹⁹ Caso *Fondo Piadoso*, cit., nota 1210, p. 49, citado en Bowett, D. W., *Estoppel Before International Tribunals and Its Relations to Acquiescence*, *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, p. 181

¹¹⁰⁰ Así por ejemplo, en el caso *Salvador Commercial Co.* de 1902, el Tribunal arbitral consideró que el Salvador era sujeto a un *estoppel* respecto a lo que sus agentes oficiales habían afirmado

Las dos primeras jurisdicciones internacionales permanentes-la CPJI y la CIJ- también aplicaron el principio de *estoppel* en varios casos de su jurisprudencia.

Así por ejemplo, en el caso *Estatus Legal del Este de Groenlandia*¹¹⁰¹, la CPJI observó que Noruega no podía objetar las pretensiones de Dinamarca respecto a la soberanía sobre esta parte del territorio porque un agente oficial de Noruega había hecho afirmaciones inconsistentes con una tal objeción. Cuando Dinamarca había expresado a Noruega sus intenciones soberanistas sobre el Este de Groenlandia, el entonces primer ministro noruego (Ihlen) había afirmado que “el Gobierno de Noruega no crearía ningunas dificultades en el arreglo de esta cuestión”.¹¹⁰² La Corte consideró que, aunque esta afirmación no significaba que Noruega reconocería plenamente la soberanía danesa sobre este territorio, la misma había creado en Dinamarca una confianza sólida de que Noruega no obstaculizaría sus planes respecto a dicho territorio. Por lo tanto, la Corte concluyó que la creación de una tal expectativa por las afirmaciones del Primer Ministro de Noruega era vinculante para este Estado.¹¹⁰³ A pesar de no mencionar expresamente al principio de *estoppel*, el caso *Este de Groenlandia* se volvió el punto de partida para la discusión de la aplicación de dicho principio en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales permanentes.¹¹⁰⁴ Además, cabe señalar que los hechos del caso cumplían plenamente con los criterios de aplicación del principio de *estoppel*: la afirmación del Primer Ministro noruego era clara e inequívoca y había creado una expectativa legítima en Dinamarca.¹¹⁰⁵

en un comunicado. El principio de *estoppel* fue aplicado en el mismo sentido en los casos *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada (Tinoco) Case* (1923), *Meuse Case* (1937) o *Life-Insurance Claims Case* (1922). (citados en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 143).

¹¹⁰¹ CPJI, *Legal Status of Eastern Greenland*, Denmark vs. Norway, 5 de septiembre de 1933, disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

¹¹⁰² En términos del Ministro: “*J'ai dit aujourd'hui au ministre de Danemark que le Gouvernement norvégien ne ferait pas de difficultés au règlement de cette affaire.*” (Caso *Este de Groenlandia*, cit., nota 1102, pp. 70-71).

¹¹⁰³ En términos de la Corte: “*La Cour considère comme incontestable qu'une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une Puissance étrangère, faite par le ministre des Affaires étrangères au nom du Gouvernement, dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont il est le ministre.*” (caso *Este de Groenlandia*, cit., nota 1213, pp. 70-71).

¹¹⁰⁴ Wagner, Megan, *op. Cit.*, nota 1090, p. 1785

¹¹⁰⁵ Wagner, Megan, *op. Cit.*, nota 1090, p. 1785

La CPJI también aplicó el principio de *estoppel* en el caso *Deudas serbias*¹¹⁰⁶. En este caso la Corte consideró que los criterios para la aplicación del principio de *estoppel* no podían ser satisfechos. En particular, la CPJI observó que los acreedores del Estado serbio no habían hecho “una afirmación clara e inequívoca” que genere una expectativa en el Estado deudor. Además, los actos de dichos acreedores no habían provocado ningún cambio en la posición de Serbia, de manera que no existía ninguna base para la aplicación del principio de *estoppel*.¹¹⁰⁷

Por su parte, la CIJ aplicó el principio de *estoppel* en el caso *Pesquerías del Atlántico* de 1951, aunque no se refirió explícitamente a él.¹¹⁰⁸ En dicho asunto, el Reino Unido alegaba que Noruega había extendido indebidamente su soberanía sobre las aguas territoriales que forman parte de la alta mar.¹¹⁰⁹ La Corte señaló que el sistema de delimitación marítima era “consistentemente aplicado por las autoridades noruegas”. En cambio, en la opinión de la Corte, el Reino Unido no “había contestado dichas prácticas por más de 60 años”.¹¹¹⁰ Por lo tanto, la Corte concluyó que Noruega podía válidamente oponer al Reino Unido sus prácticas de delimitación marítima, referentes a la alta mar.¹¹¹¹ La aquiescencia por parte del Reino Unido de las prácticas noruegas creaba un *estoppel* en contra de este Estado. De la misma manera que en el caso *Este de Groenlandia*, la CIJ consideró

¹¹⁰⁶ CPJI, *Serbian Loans Case*, 12 de Julio de 1929, disponible en http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm

¹¹⁰⁷ En términos de la Corte: “*In the latter view, the principle known in Anglo-Saxon law as estoppel is sought to be applied (...) There has been no clear and unequivocal representation by the bondholders upon which the debtor State was entitled to rely and has relied. There has been no change in position on the part of the debtor State.*”

¹¹⁰⁸ CPJI, *Fisheries Case*, Reino Unido c. Noruega, 18 de diciembre de 1951, disponible en http://www.worldcourts.com/ijc/eng/decisions/1951.12.18_fisheries.htm

¹¹⁰⁹ Wagner, Megan, *op. Cit.*, nota 1090, p. 1785

¹¹¹⁰ Según la CPJI: “*From the standpoint of international law, it is now necessary to consider whether the application of the Norwegian system encountered any opposition from foreign States. Norway has been in a position to argue without any contradiction that neither the promulgation of her delimitation Decrees in 1869 and in 1889, nor their application, gave rise to any opposition on the part of foreign States. Since, moreover, these Decrees constitute, as has been shown above, the application of a well-defined and uniform system, it is indeed this system itself which would reap the benefit of general toleration, the basis of an historical consolidation which would make it enforceable as against all States.*” (caso *Pesquerías*, cit., nota 1109 p. 140)

¹¹¹¹ En terminos de la Corte: “*The notoriety of the facts, the general toleration of the international community, Great Britain's position in the North Sea, her own interest in the question, and her prolonged abstention would in any case warrant Norway's enforcement of her system against the United Kingdom.*” (caso *Pesquerías*, cit., nota 1108, p. 140)

que la conducta de un Estado debía ser consistente con sus comportamientos y/o afirmaciones anteriores.¹¹¹²

De igual modo, en el caso *Templo de Preah Vihear*¹¹¹³, la Corte consideró que la aceptación por parte de Tailandia de lo establecido en unos mapas fronterizos la impedía adoptar, posteriormente, una postura inconsistente con dicha aceptación. En 1904, se habían elaborado mapas que situaban el famoso templo de Preah Vihear en el territorio de la entonces Indochina Francesa (actualmente Cambodia). El entonces estado de Siam (actualmente Tailandia) no había contestado dichos mapas hasta la presentación de su demanda ante la CIJ. La Corte basó el rechazo de los argumentos de Tailandia en la necesaria consistencia y previsibilidad de las relaciones entre Estados. Según la CIJ, cuando dos Estados trazan una frontera entre sí, uno de los objetivos principales consiste en asegurar la “estabilidad y la finalidad” en sus relaciones mutuas. Por lo tanto, la frontera así establecida no debe ser “puesta en cuestión en todo momento.”¹¹¹⁴ Aunque la CIJ no utilizó directamente el término *estoppel*, queda claro que es precisamente este principio general que fundamentó su sentencia. Además, en las opiniones disidentes y/o separadas, sus jueces se refirieron explícitamente a los términos de *estoppel* y aquiescencia.¹¹¹⁵

En el caso *Pruebas Nucleares*¹¹¹⁶, la Corte se pronunció de manera definitiva y solemne respecto a la fuerza jurídica vinculante de los actos unilaterales de los Estados. En dicho asunto, Australia presentó un recurso ante la CIJ para denunciar las pruebas nucleares de Francia en el Pacífico sur. Antes de que la Corte examinara su demanda, el Presidente francés afirmó que “las pruebas atmosféricas que se harán pronto, serán, normalmente, las últimas de este tipo”. La CIJ observó que esta afirmación producía un efecto jurídico

¹¹¹² Wagner, Megan, *op. Cit.*, nota 1090, p. 1786

¹¹¹³ CIJ, *Temple of Preah Vihear*, Cambodia vs Tailandia, 15 de junio de 1962, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4870.pdf>

¹¹¹⁴ Según la Corte: “*In general, when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality. This is impossible if the line so established can, at any moment, and on the basis of a continuously available process, be called in question (...)*.” (Caso *Templo de Preah Vihear*, cit., nota 1113, p. 34),

¹¹¹⁵ Wagner, Megan, *op. Cit.*, nota 1090, p. 1878

¹¹¹⁶ CIJ, *Pruebas Nucleares*, cit., 20 de diciembre de 1974, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6158.pdf>

obligatorio y que, por lo tanto, Australia podía considerar que su demanda era satisfecha. Además, la Corte señaló que Francia era obligada de considerar que otros Estados podían tomar en cuenta sus afirmaciones y crearse expectativas respecto a su eficacia. Por consiguiente, en la opinión de la Corte, la afirmación francesa incluía en sí la obligación de respetar este acto propio (*estoppel*). La Corte concluyó que todo acto unilateral de un Estado es susceptible de crear efectos jurídicos, si a través de su interpretación se comprueba que el Estado había expresado su voluntad de obligarse (jurídicamente).¹¹¹⁷ Según la Corte, la obligatoriedad de los actos unilaterales se basa en el principio de buena fe que debe guiar la cooperación en las relaciones interestatales en el ámbito internacional.¹¹¹⁸

Por primera vez, la Corte se refirió expresamente al principio de *estoppel* en el caso *Golfo de Maine*¹¹¹⁹. En dicho asunto, Canadá invocaba el principio de *estoppel* en contra de los Estados Unidos respecto a un problema de delimitación territorial entre ambos países. Canadá se basaba en un intercambio de correspondencia con un oficial burocrático del *Bureau de Land Management* de los Estados Unidos que había hecho afirmaciones a favor de las pretensiones territoriales canadienses. Según Canadá, en virtud del principio de *estoppel*, el silencio de los Estados Unidos respecto a dichas declaraciones lo impedía a defender una posición diferente ante la Corte. La CIJ rechazó los argumentos canadienses, considerando que los Estados Unidos no eran vinculados por las afirmaciones de un simple funcionario de una dependencia administrativa. En la opinión de la CIJ, Canadá no debía haberse creado expectativas respecto a lo afirmado por este Secretario y considerarlo como la expresión de una posición

¹¹¹⁷ Wagner, Megan, *op. Cit.*, nota 1090, p. 1788

¹¹¹⁸ Según la CIJ: “ *L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités pacta sunt servanda elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée.*” (Caso *Pruebas Nucleares*, cit., nota 1116, párr. 49).

¹¹¹⁹ CIJ, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Canada vs. the United States*, 12 de octubre de 1984, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6368.pdf>

oficial de los Estados Unidos. La Corte observó que no todos los actos (afirmaciones, comportamientos etc.) de los Estados son susceptibles de exigir la aplicación del principio de *estoppel*. Según la Corte, sólo los actos que producen efectos jurídicos obligatorios pueden crear un *estoppel* para el Estado que los realiza. En la opinión de la CIJ, este criterio debe ser interpretado conjuntamente con la idea de “intención”. En efecto, resulta poco probable que un Estado tenga la intención de vincularse jurídicamente, en el plano internacional, por todas las afirmaciones o remarcas de todos los funcionarios que forman parte de la Administración de su Gobierno. La Corte concluyó que los Estados Unidos habían cometido una imprudencia al guardar silencio respecto a las afirmaciones de su funcionario.¹¹²⁰ No obstante, dicho silencio no podría fundamentar la aplicación del principio de *estoppel* “sin ir demasiado lejos”. Cabe señalar que en dicho asunto la Corte consideró que, tanto el *estoppel*, como la aquiescencia se derivan de los principios fundamentales de buena fe y de equidad. No obstante, en la opinión de la Corte ambas nociones deben ser distinguidas.¹¹²¹

En el reciente caso *Frontera terrestre, isleña y marítima entre el Salvador y Honduras*¹¹²² la Corte observó que el principio de *estoppel* no era aplicable en lo particular. La CIJ señaló que no podía comprobarse la reunión de algunos de los elementos esenciales para la aplicación de dicho principio: una afirmación o comportamiento por parte de un Estado que haya creado una expectativa en otro Estado, en su detrimento o en el beneficio del primer Estado.¹¹²³

¹¹²⁰ En la opinión de la Corte: “*Dans l'affaire actuelle, la conduite des Etats-Unis, vu son caractère incertain, ne remplit pas les conditions exigées dans l'arrêt de 1969, que ce soit au sujet de l'estoppel ou de l'acquiescement.*” (Caso *Golfo de Maine*, cit., nota 1119, párr. 145).

¹¹²¹ Según la CIJ, la aquiescencia equivale a una aceptación tácita, manifestada por un comportamiento unilateral, que la contraparte puede interpretar como un consentimiento, mientras que el *estoppel* equivaldría a una prescripción. La prescripción sería, desde este punto de vista, el aspecto procesal y el *estoppel* el aspecto de fondo del mismo principio. (Caso *Golfo de Maine*, cit., nota 1230, párr. 130).

¹¹²² CIJ, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute, el Salvador vs Honduras*, 13 de septiembre de 1990, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/75/6656.pdf>

¹¹²³ En términos de la Corte: “*So far as Nicaragua relies on estoppel, the Chamber will only say that it sees no evidence of some essential elements required by estoppel: a statement or representation made by one party to another and reliance upon it by that other party to his detriment or to the advantage of the party making it*” (Caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, cit., párr. 49).

En el caso *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, la CIJ observó que un *estoppel* podría crearse únicamente si un Estado (en lo particular, Camerún), por sus actos o declaraciones, había dejado claro que aceptaba una determinada situación de hechos (en lo particular, arreglar la disputa territorial sometida a la Corte únicamente por medios bilaterales). Además, sería necesario comprobar que el otro Estado (en lo particular, Nigeria) había confiado en esta conducta, y en consecuencia, había cambiado su postura en su propio detrimento o perjuicio.¹¹²⁴

De la misma forma, en el caso *Plataforma continental en el mar del Norte*, la CIJ observó que un *estoppel* se crearía si un Estado, en razón de sus conductas o declaraciones anteriores, aceptó clara e incondicionalmente una situación de hechos, causando a otro Estado, que confió en dicha conducta, un cambio de posición en su deterioro o perjuicio.¹¹²⁵

En el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*¹¹²⁶, la Corte consideró que el *estoppel* se basa en las expectativas que el comportamiento de un Estado genera en otro(s) Estado(s) de manera a inducirles en un cambio de posición en su detrimento o perjuicio.

En el mismo sentido, en el caso *Barcelona Traction*, la CIJ rechazó la aplicación del principio de *estoppel*, invocada por España, porque no se había podido establecer la existencia de una expectativa que haya ocasionado un verdadero perjuicio.¹¹²⁷

La CIJ aplicó el principio de *estoppel* en muchos otros casos de su jurisprudencia.¹¹²⁸

¹¹²⁴ CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, (Cameroon vs. Nigeria), 11 de junio de 1998, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/94/7472.pdf>, p. 303

¹¹²⁵ CIJ, *North Sea Continental Shelf Cases*, Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda, 20 de febrero de 1969, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf>, pp. 25-26

¹¹²⁶ CIJ, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, 27 de junio de 1986, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, párr. 26

¹¹²⁷ CIJ, *Barcelona Traction Light Company*, Bélgica c. España, 5 de febrero de 1970, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, párr. 25.

¹¹²⁸ Por ejemplo en el caso *Elettronica Sicula SpA*, Estados Unidos c. Italia, 20 de junio de 1989, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6706.pdf>, p. 15; *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (Denmark vs Norway), 14 de junio de 1993, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/78/6742.pdf>, párr. 38.

Por su parte, el Órgano de solución de controversias de la OMC aplicó el principio de *estoppel* de manera muy similar en varios asuntos de su jurisprudencia.

Así por ejemplo, en el caso *Guatemala — Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México*¹¹²⁹ el Grupo especial retomó la distinción entre aquiescencia y *estoppel*, establecida por la CIJ en el caso *Golfo de Maine*. En la opinión del Grupo especial: “"aquiescencia" equivale a un "silencio cualificado", que permite interpretar el silencio frente a acontecimientos que requieren algún tipo de reacción como consentimiento presunto. El concepto de congruencia con los propios actos (*estoppel*) (...) es similar al de aquiescencia. La premisa de este principio es que cuando una parte ha sido inducida a actuar por las seguridades dadas por otra en una forma tal que resultaría perjudicada si la otra parte modificara posteriormente su posición, ese principio impide a esta última modificarla.”¹¹³⁰ En dicho caso, Guatemala reprochaba a México haber “convalidado” su violación de varios artículos del acuerdo Anti-dumping de la OMC por no haberla denunciado a tiempo. Según Guatemala, la inacción de México frente a las violaciones constatadas y su demora en denunciarlas ante la OMC lo impedía, en virtud del principio de *estoppel* y de la noción de aquiescencia, a impugnarlas posteriormente. El Grupo especial rechazó los argumentos de Guatemala y estimó que México había impugnado dichas violaciones en un “momento adecuado”. Por consiguiente, no se podía comprobar una inacción, susceptible de fundamentar la aplicación del principio de *estoppel*.¹¹³¹

¹¹²⁹ OMC, *Guatemala — Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México*, 24 de octubre de 2000, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds156_s.htm

¹¹³⁰ Caso *Guatemala — Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México*, cit., nota 1240, párr. 8-23

¹¹³¹ En términos del grupo especial: “En consecuencia, no cabe considerar que México haya dado su aquiescencia a la demora de Guatemala en la notificación, a la insuficiencia del aviso público o al retraso en facilitar el texto completo de la solicitud, ni menos aún que haya dado a Guatemala "seguridades" de que no impugnaría posteriormente esas acciones en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. “ (Caso *Guatemala — Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México*, cit., nota 1130, párr. 8.24).

En el caso *Argentina — Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil*¹³² Argentina invocó el principio de *estoppel* en contra de Brasil. Según Argentina, Brasil era impedido a presentar una reclamación ante el Órgano de solución de controversias de la OMC porque previamente había activado un procedimiento para el arreglo de la misma disputa en el ámbito del MERCOSUR. En efecto, Brasil había firmado el Protocolo de Olivos en 2002. Dicho protocolo contenía una cláusula de opción de foro en virtud de la cual, una vez que un Estado miembro haya optado por presentar su controversia al arbitraje del MERCOSUR, dicho Estado ya no podía someterla a otro método internacional de arreglo de disputas. No obstante, 12 días después de firmar el Protocolo de Olivos, Brasil introdujo una reclamación a la vez ante los mecanismos de solución de controversias de la OMC y del MERCOSUR. En la opinión de Argentina, esta conducta por parte de Brasil era constitutiva de un *estoppel* porque evidenciaba una “contradicción (...) en la cual la Argentina depositó una legítima confianza (...) y de hecho ahora sufre las consecuencias negativas del cambio de posición por parte de Brasil”. El Órgano de apelación rechazó estos argumentos, observando que Argentina no había establecido la reunión de los criterios exigidos para la aplicación del principio de *estoppel*. El Órgano de apelación reafirmó que: “el *estoppel* sólo podía resultar del consentimiento expreso o, en casos excepcionales, implícito de las partes reclamantes”. Además, al citar el caso *Guatemala-Cemento II*, el OA señaló que: “la premisa de este principio es que cuando una parte ha sido inducida a actuar por las seguridades dadas por otra en una forma tal que resultaría perjudicada si la otra parte modificara posteriormente su posición, ese principio impide a esta última modificarla.” Según el OA ninguno de estos elementos podía ser satisfecho, visto que: Brasil no había dado a entender, por una afirmación explícita o por su conducta, que renunciaba a someter su controversia con Argentina al mecanismo de solución de diferendos de

¹³² OMC, *Argentina — Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil*, 22 de abril de 2003, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds241_s.htm

la OMC antes de la entrada en vigor del Protocolo de Olivos;¹¹³³ y Argentina no había modificado su conducta en su detrimento o en beneficio de Brasil como consecuencia de la confianza de buena fe que la supuesta conducta de Brasil le habría generado.¹¹³⁴

En el caso *Comunidades Europeas — Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India*¹¹³⁵, India sostenía que en virtud del principio de *estoppel* (preclusión) las Comunidades europeas no podían invocar ante el Órgano de apelación “una interpretación de una disposición del Acuerdo Antidumping que sea distinta de la interpretación del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de una disposición de la legislación antidumping de las CE que es idéntica a la disposición del Acuerdo Antidumping.” El Órgano de apelación rechazó este argumento, considerando que “la preclusión basada en decisiones de tribunales nacionales que interpretan el derecho interno no limita las decisiones de los grupos especiales de la OMC que interpretan un acuerdo abarcado.”

El principio de *estoppel* es aplicado de manera muy similar en la jurisprudencia de la CEDH.

¹¹³³ En la opinión del OA, la adopción misma del Protocolo de Olivos en el ámbito del MERCOSUR sugiere que antes de su entrada en vigor, la opción de foro era posible. (Según el OA: “En particular, el hecho de que el Brasil haya preferido no invocar sus derechos en el marco de la solución de diferencias de la OMC después de otros procedimientos de solución de diferencias en el marco del MERCOSUR no significa, a nuestro juicio, que el Brasil haya renunciado de manera implícita a sus derechos en virtud del *ESD*. Esto se ve corroborado por el hecho de que el Protocolo de Brasilia, en cuyo marco el Brasil planteó asuntos previos ante el MERCOSUR, no impone restricción alguna al derecho del Brasil de recurrir posteriormente al procedimiento de solución de diferencias de la OMC respecto de la misma medida.”, Caso *Argentina- Pollos*, cit., nota 1132).

¹¹³⁴ En términos del OA: “A nuestro juicio, el simple hecho de que supuestas afirmaciones del Brasil le causen inconvenientes, no es suficiente para que la Argentina demuestre que fue inducida a actuar por las seguridades de esas supuestas afirmaciones. No existe nada en el expediente que nos sugiera que la Argentina se basó activamente de buena fe en alguna afirmación hecha por el Brasil, ya sea en beneficio del Brasil o en perjuicio de la Argentina. Nada en el expediente sugiere que la Argentina hubiera actuado de forma diferente si el Brasil no hubiera hecho la supuesta afirmación de que no recurriría al presente procedimiento de solución de diferencias de la OMC.” (Caso *Argentina- Pollos*, cit., nota 1132)

¹¹³⁵ OMC, *Comunidades Europeas — Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India*, reporte del grupo especial sobre la aplicación del artículo 21.5 del *ESD*, 29 de noviembre de 2002, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds141_s.htm

Así por ejemplo, en el caso *Vagrancy*¹¹³⁶, la Corte consideró que Bélgica era sujeta a un *estoppel* por no haber invocado ante la Comisión europea de derechos humanos sus objeciones a la competencia de la Corte. En efecto, la CEDH consideró que si el Estado no había presentado sus argumentos al respecto en la fase inicial de su caso ante la Comisión, éste era “*estopped*” de invocarlos, por primera vez, en el procedimiento contencioso llevado ante la Corte. Bélgica estimó que no existía una base legal para que la Corte aplicara el principio de *estoppel*, visto que éste no era expresamente previsto en la Convención europea de derechos humanos. La CEDH observó que el principio de *estoppel* constituía una exigencia de “economía procedimental”, necesaria para la previsibilidad jurídica y para la buena impartición de la justicia. En este sentido, la Corte señaló que, en regla general, las objeciones a la competencia y la admisibilidad de un asunto deben ser invocadas en primer lugar ante la Comisión. Un Estado no podría prevalecerse de su propia inconsistencia en un momento procesal anterior para obtener una ventaja jurídica en la segunda fase del caso contencioso.

Lo establecido por la CEDH en el caso *Vagrancy* fue reiterado en numerosos otros casos de su jurisprudencia.

En el caso *Artico*¹¹³⁷, Italia sostuvo una objeción a la competencia de la Corte, basada en el no-agotamiento de los recursos internos, disponibles para la resolución de la controversia. Citando el caso *Vagrancy*, la Corte reafirmó que este tipo de excepciones preliminares deben ser invocadas previamente ante la Comisión, en la medida de que su naturaleza y circunstancias particulares lo permiten.¹¹³⁸ Visto que Italia no había introducido el argumento basado en el no agotamiento de los recursos internos en su demanda ante la Comisión, la Corte concluyó que este país “era impedido (*estopped*) de invocarlo por primera vez ante

¹¹³⁶ CEDH, *De Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) vs. Belgium*, 18 de junio de 1971, disponible en <http://echr.ketse.com/doc/2832.66-2835.66-2899.66-en-19710618/view/>

¹¹³⁷ CEDH, *Artico vs Italy*, 13 de mayo de 1980, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-61982>

¹¹³⁸ En términos de la Corte: “*La Cour a compétence pour connaître de telles questions préliminaires pour autant que l’État en cause les ait soulevées au préalable devant la Commission dans la mesure où leur nature et les circonstances s’y prêtaient (arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A n° 12, pp. 29-31, par. 47-55).*” (Caso *Artico*, cit., nota, párr. 24).

la Corte, sin así violar “los objetivos de la Convención (europea de derechos humanos) y de una sana administración de la justicia”.¹¹³⁹

La Corte retomó literalmente lo establecido en el caso *Artico* en el posterior asunto *Foti*.¹¹⁴⁰ En dicho caso, la Corte observó que Italia era sujeta a un *estoppel* que le impedía invocar un argumento basado en el no-agotamiento de los recursos internos, sin antes haberlo desarrollado ante la Comisión.¹¹⁴¹ Esta particular aplicación del principio de *estoppel* fue fielmente retomada en los casos *Loizidou*¹¹⁴², *Airey*¹¹⁴³ y *Aidin*¹¹⁴⁴, así como en los recientes casos *Mizzi*¹¹⁴⁵ y *Tuquabo-Tekle*.¹¹⁴⁶

El principio de *estoppel* es aplicado de manera muy similar en la jurisprudencia de la CIDH.

Así por ejemplo, en el caso *Acevedo Jaramillo*¹¹⁴⁷, la Corte retomó casi literalmente lo establecido por parte de la CEDH en el caso *Vagrancy*. En particular, la CIDH observó que: “(...)la excepción de no agotamiento de recursos internos debe plantearse, para que sea oportuna, en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, o sea, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella.”¹¹⁴⁸ En el caso particular, Perú no había invocado dicha excepción ante la Comisión, y además, había reconocido su responsabilidad internacional en

¹¹³⁹ Según la Corte: “*Il a perdu ainsi l'avantage d'une décision à la majorité (article 34) (art. 34); il ne saurait l'avoir recouvré en s'adressant à la Cour (article 20 par. 1 du règlement), sans quoi on aboutirait à un résultat incompatible avec l'économie de la Convention et avec une saine administration de la justice.*” (Caso *Artico*, cit., nota 1138, párr. 26).

¹¹⁴⁰ CEDH, *Foti et al. vs. Italy*, 10 de diciembre de 1982, disponible en <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/496>

¹¹⁴¹ Caso *Foti et al.*, cit., nota 1140, párr. 45-49.

¹¹⁴² CEDH, *Loizidou vs. Turquía*, 28 de noviembre de 1996, <http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,CYP,,3ae6b7098,0.html>

¹¹⁴³ CEDH, *Airey vs. Ireland*, 9 de octubre de 1979, disponible en <http://echr.ketse.com/doc/6289.73-en-19791009/view/>, párr. 18-23.

¹¹⁴⁴ CEDH, *Aydin vs. Turkey*, 25 de septiembre de 1997, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7228.html>, párr. 50-59.

¹¹⁴⁵ CEDH, *Mizzi vs. Malta*, 12 de enero de 2006, disponible en <http://www.pfcmalta.org/uploads/1/2/1/7/12174934/26111-02.pdf>, párr. 43-48

¹¹⁴⁶ CEDH, *Tuquabo- tekle and others v. The Netherlands*, 1º de diciembre de 2005, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,ERI,,43a29e674,0.html>, párr. 26-32.

¹¹⁴⁷ CIDH, *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, 7 de febrero de 2006, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

¹¹⁴⁸ Caso *Acevedo Jaramillo*, cit., nota 1147, párr. 124

la etapa previa al procedimiento ante la CIDH. Por lo tanto, la Corte rechazó la excepción preliminar interpuesta por este Estado. En este sentido, la CIDH observó que: “conforme con su jurisprudencia esta Corte considera que un Estado que ha adoptado una determinada posición, la cual produce efectos jurídicos, no puede luego, en virtud del principio del *estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de cosas en base al cual se guió la otra parte.”¹¹⁴⁹ La Corte consideró que el principio de *estoppel* ha sido reconocido tanto en el Derecho internacional general como en el Derecho internacional de los derechos humanos y basó su aplicación en varias “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CIJ y de la CEDH. La CIDH citó los casos *Pruebas Nucleares*, *Templo de Preah Vihear* y *Disputa Territorial entre Libia y Chad*¹¹⁵⁰ de la CIJ y los casos *Vagrancy*, *Artico*, *Tuquabo-Tekle* y *Mizzi* de la CEDH.¹¹⁵¹ Finalmente, la Corte concluyó que tanto la no invocación de la excepción preliminar, como el reconocimiento de la responsabilidad internacional de Perú ante la Comisión creaban un *estoppel* que impedía a este último Estado a contradecirse posteriormente.¹¹⁵²

La Corte confirmó lo establecido en este asunto en los casos *Durand y Ugarte*¹¹⁵³ y *Comunidad Mayagna*¹¹⁵⁴. En ambos casos, la CIDH reafirmó que la

¹¹⁴⁹ Caso *Acevedo Jaramillo*, cit., nota 1147, párr. 176

¹¹⁵⁰ Caso *Acevedo Jaramillo*, nota al pie de página núm. 20: “Cfr. *Case concerning the Territorial Dispute (Lybia/Chad)*, I.C.J Reports 1994, Judgment of 13 February 1994, paras. 56, 68, 75; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, I.C.J Reports 1974, paras. 42-46; y *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, I.C.J Reports 1962, Judgment of 15 June 1962, para. 32”.

¹¹⁵¹ Caso *Acevedo Jaramillo*, nota al pie de página núm. 22: “Cfr. *Mizzi v. Malta*, no. 26111/02 (Sect 1)(Eng), § 43-48, E.C.H.R (12/01/2006); *Tuquabo- tekle and others v. The Netherlands*, (preliminary objections) no. 60665/00, § 26-32, E.C.H.R (1/12/ 2005); *Artico v. Italy* (preliminary objections) (13/05/1980) § 25- 28, E.C.H.R, Series A no. 37; y *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, § 58-59, E.C.H.R (18/06/1971), Series A no. 12.”

¹¹⁵² En términos de la CIDH: “En el presente caso, cada acto de reconocimiento realizado por el Perú ante la Comisión creó un *estoppel*. Por ello, al haber admitido como legítima, por medio de un acto jurídico unilateral de reconocimiento, la pretensión planteada en el procedimiento ante la Comisión, el Perú queda impedido de contradecirse posteriormente. Tanto las presuntas víctimas, sus representantes como la Comisión Interamericana actuaron en el procedimiento ante dicho órgano con base en esa posición de reconocimiento adoptada por el Estado. “(Caso *Acevedo Jaramillo*, cit., nota 1150, párr. 177).

¹¹⁵³ Caso *Durand y Ugarte*, Excepciones Preliminares, 28 de mayo de 1999, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_50_esp.pdf

¹¹⁵⁴ Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Excepciones Preliminares, 1º de febrero de 2000, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_66_esp.pdf

omisión en presentar ante la Comisión la excepción preliminar relativa al no agotamiento de los recursos internos era constitutiva de un *estoppel* que impedía al Estado plantearla por primera vez ante la Corte.¹¹⁵⁵

De la misma manera, en el caso *Gómez Palomino*¹¹⁵⁶ Perú había reconocido su responsabilidad internacional y (otra vez) se había contradicho, al desconocerla posteriormente. La Corte reafirmó que: “rechaza, en virtud del principio del *estoppel*, el desconocimiento (...)”.¹¹⁵⁷

En el caso del *Caracazo*¹¹⁵⁸, Venezuela había cometido la misma incongruencia, al reconocer primero su responsabilidad internacional en la sentencia resolutoria del fondo del litigio y al negarla posteriormente en la adopción de la decisión relativa a las reparaciones. La Corte reiteró que: “en virtud del principio de *estoppel*, al que ha recurrido en varias oportunidades en su jurisprudencia, debe darse plenos alcances a la aceptación de los hechos de la demanda y al reconocimiento de responsabilidad en relación con éstos, efectuados por el Estado en este caso.”¹¹⁵⁹

En el caso de la *Comunidad Moiwana*¹¹⁶⁰ la CIDH consideró que: “según la práctica internacional, cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del *estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera. Para la segunda conducta rige la regla de non *concedit venire contra factum proprium*.”¹¹⁶¹ En el caso particular se trataba de la aceptación previa por parte del Estado de dos prórrogas otorgadas por la Comisión y de su posterior negación ante la Comisión.¹¹⁶²

¹¹⁵⁵ Caso *Durand y Ugarte*, cit., nota 1153, párr. 38, caso de la Comunidad Mayagna, cit., nota 1154, párr. 57.

¹¹⁵⁶ Caso *Gómez Palomino vs. Perú*, 22 de noviembre de 2005, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf

¹¹⁵⁷ Caso *Gómez Palomino*, Cit., nota 1156, párr. 36

¹¹⁵⁸ Caso *Caracazo vs. Venezuela*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 29 de agosto de 2002, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_95_esp.pdf

¹¹⁵⁹ Caso *Caracazo*, cit., nota 1158, párr. 52

¹¹⁶⁰ CIDH, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, 15 de junio de 2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

¹¹⁶¹ Caso *Comunidad Moiwana*, cit., nota 1160, párr. 58.

¹¹⁶² Caso *Comunidad Moiwana*, cit., nota 1160, párr. 57.

En el caso *Huilca Tecse*¹¹⁶³ la CIDH reiteró que: “un Estado que ha tomado una determinada posición, la cual produce efectos jurídicos, no puede luego, en virtud del principio del estoppel, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera.”¹¹⁶⁴ En dicho caso Perú se contradujo, al impugnar un acuerdo que previamente había aceptado ante la Comisión y la Corte.¹¹⁶⁵

En el caso *Neira Alegría*¹¹⁶⁶, la CIDH reafirmó que: “Según la práctica internacional cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del estoppel, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera. Para la segunda actitud rige la regla de non concedit venire contra factum proprium.”¹¹⁶⁷ En este caso Perú había manifestado, primero el agotamiento de los recursos internos previos al recurso ante el sistema interamericano de los derechos humanos y, posteriormente, había sostenido exactamente lo opuesto. La Corte concluyó que dicha contradicción constituye un *estoppel* que “afecta la situación procesal de la parte contraria.”¹¹⁶⁸

Por su parte, el TIDM aplica el principio de *estoppel* en forma muy similar. En el reciente caso relativo a la *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar*¹¹⁶⁹, Bangladesh invocaba dicho principio en contra de Myanmar. En efecto, según Bangladesh, Myanmar había aceptado un acuerdo de 1974 por el cual se fijaba la frontera marítima entre ambos países. Por lo tanto, en virtud del principio de *estoppel*, Myanmar estaría impedido de contradecirse, al impugnar dicho acuerdo ante el TIDM, 36 años más tarde. Bangladesh consideraba que lo decidido por la CIJ en el caso *Templo de Preah Vihear* debía ser aplicado por parte del TIDM. En la opinión del demandante, Myanmar se había

¹¹⁶³ Caso *Huilca Tecse vs. Perú*, 3 de marzo de 2005 disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_121_esp.pdf

¹¹⁶⁴ Caso *Huilca Tecse*, cit., nota 1163, párr. 56

¹¹⁶⁵ Caso *Huilca Tecse*, cit., nota 1163, párr. 55

¹¹⁶⁶ Caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, 11 de diciembre de 1991, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_13_esp.pdf

¹¹⁶⁷ Caso *Neira Alegría*, cit., nota 1166, párr. 29

¹¹⁶⁸ Caso *Neira Alegría*, cit., nota 1166, párr. 29

¹¹⁶⁹ TIDM, *Dispute concerning the delimitation of maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, 14 de marzo de 2012, disponible en http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/1-C16_Judgment_14_02_2012.pdf

beneficiado por más de 30 años del acuerdo de 1974 y no podía, sin violar el principio de *estoppel*, cuestionarlo ahora.¹¹⁷⁰ En cambio, según Myanmar, el principio de *estoppel* no podía aplicarse porque Bangladesh no había comprobado que el acuerdo de 1974 había creado en él expectativas de buena fe que suscitaran un cambio en su comportamiento, en su detrimento o perjuicio.¹¹⁷¹ El TIDM observó que en el Derecho internacional, una situación de *estoppel* se produce cuando el comportamiento de un Estado crea la apariencia de una situación particular, y otro Estado se basa en dicho comportamiento de buena fe para actuar o abstenerse de actuar en su detrimento. Por el efecto del *estoppel* un Estado es impedido, por su comportamiento, en afirmar que no había aceptado o reconocido una situación determinada.¹¹⁷² El Tribunal fundamentó su aplicación del principio de *estoppel* en dos “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CIJ. En particular, el Tribunal citó los casos *Plataforma continental en el Mar del Norte* y *Delimitación de la frontera marítima en el Golfo de Maine*.¹¹⁷³ En vista de lo anterior, el Tribunal rechazó los argumentos de Bangladesh, considerando que este último Estado no había establecido que las expectativas generadas por la conducta de Myanmar le habían ocasionado un cambio de conducta en su detrimento.¹¹⁷⁴ De esta manera, el Tribunal confirmó que la simple aceptación de un acuerdo y su posterior impugnación por parte de un Estado no bastan para fundar la aplicación del principio de *estoppel* si dicha aceptación no había llevado

¹¹⁷⁰ Caso de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar, cit., nota 1169, párr. 120-121.

¹¹⁷¹ Caso de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar, cit., nota 1169, párr. 122

¹¹⁷² En términos del TIDM: “*The Tribunal observes that, in international law, a situation of estoppel exists when a State, by its conduct, has created the appearance of a particular situation and another State, relying on such conduct in good faith, has acted or abstained from an action to its detriment. The effect of the notion of estoppel is that a State is precluded, by its conduct, from asserting that it did not agree to, or recognize, a certain situation.*” (Caso de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar, cit., nota 1169, párr. 124).

¹¹⁷³ Según el Tribunal: “*The Tribunal notes in this respect the observations in the North Sea Continental Shelf cases (Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 26, para. 30) and in the case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246, at p. 309, para. 145).*” (Caso de la delimitación marítima entre Bangladesh y Myanmar, cit., nota 1169, párr. 124)

¹¹⁷⁴ En términos del Tribunal: “*There is no indication that Myanmar’s conduct caused Bangladesh to change its position to its detriment or suffer some prejudice in reliance on such conduct. For these reasons, the Tribunal finds that Bangladesh’s claim of estoppel cannot be upheld.*” (Caso de la delimitación marítima entre Bangladesh y Myanmar, cit., nota 1169, párr. 125)

a otro Estado a modificar su conducta, en su propio deterioro o en beneficio de la contraparte.

El principio de *estoppel* también es aplicado en la jurisprudencia de las jurisdicciones penales internacionales. Tanto el TPIY como el TPIR aplican el principio de *estoppel* colateral (*collateral estoppel*) como parte de la noción más general de *double jeopardy* en la que se incluye, además, el principio de *res iudicata*. En este contexto, el principio de *estoppel* es dirigido no a las partes de una controversia sino al juez que la resuelve. En efecto, según lo establecido en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales, el juez no puede re-juzgar un caso ya resuelto sin así cometer una inconsistencia, incompatible con el principio de *estoppel*.

Así por ejemplo, en el reciente caso *Haradinaj*¹¹⁷⁵ la Cámara de apelaciones del TPIY tuvo que pronunciarse sobre la posibilidad de re-juzgar un individuo que ya había sido absuelto por los mismos hechos. Según la Cámara de apelaciones, todos los sistemas jurídicos reconocen la prohibición de re-litigar los casos penales que hayan sido objeto de una sentencia definitiva. Dicha prohibición se basa en la necesidad de proteger la integridad del sistema jurídico y respetar el derecho a la libertad de los individuos. La Cámara de apelaciones observó que re-juzgar un individuo por las mismas acusaciones por las que éste ya fue absuelto contradeciría los más básicos principios fundamentales que se derivan de la noción de *double jeopardy*.¹¹⁷⁶ Según el Tribunal, el principio de finalidad se expresa no sólo en la regla de *double jeopardy* sino también en numerosos otros conceptos jurídicos relacionados, como por ejemplo exención (*waiver*), *estoppel* colateral (*collateral estoppel* o *issue estoppel*) *res iudicata*, *non bis in ídem* etc.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁵ TPIY, *The Prosecutor vs. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj, Appeal Brief on Behalf of Ramush Haradinaj on Scope of Partial Retrial*, 10 de febrero de 2011, disponible en <http://www.icty.org/x/cases/haradinaj/custom6/en/110210.pdf>

¹¹⁷⁶ En términos del TPIY: “All legal systems recognise the need for finality by having laws prohibiting re-litigation of any determination in criminal proceedings without an express order from an appellate court, and by enacting clear rules to govern any retrial proceedings following an acquittal. The rationale for these rules rests on the dual imperatives of protecting the integrity of the legal system and respecting the right to liberty of the individual. Retrials on the same charges for which a person has been finally acquitted would involve a fundamental conflict with the most basic principles underlying the rule against double jeopardy.” (Caso *Haradinaj*, cit., nota 1175, párr. 1).

¹¹⁷⁷ Según la Cámara de apelaciones: “The principle of finality is expressed not only in the rule against double jeopardy but in numerous related legal concepts in criminal proceedings including

En el caso particular, la Cámara de apelaciones concluyó que el segundo juicio en contra del Sr. Haradinaj no viola ninguno de los principios constitutivos de la *double jeopardy*, visto que se trataba de un juicio parcial, limitado en su causa y objeto.¹¹⁷⁸

En el mismo sentido, el principio de *estoppel* fue invocado ante el TPIR en el caso *Ntakirutimana*¹¹⁷⁹. En dicho asunto, la defensa de los acusados consideraba que no se podía re-litigar una cuestión ya resuelta, sin así violar los principios de *estoppel* y/o *res iudicata*.¹¹⁸⁰ El Tribunal rechazó dicho argumento, considerando que las cuestiones tratadas en el caso resuelto previamente no eran las mismas que las sometidas a su competencia en el presente caso.¹¹⁸¹

En el caso *Nzitorera*¹¹⁸², la defensa del acusado invocó el principio de *estoppel* colateral (*collateral estoppel*) considerándolo como relacionado con el principio de *res iudicata*. La defensa basó sus argumentos, en particular, en la jurisprudencia de la Corte suprema de los Estados Unidos, citando un caso en el que dicha jurisdicción señalaba la importancia del principio de *estoppel* colateral y de la noción de *double jeopardy*.¹¹⁸³ El TPIR estimó que el principio de *estoppel* colateral no había sido aplicado *per se* en su jurisprudencia aunque el Tribunal ya se había pronunciado sobre la aplicación del principio de *res iudicata*.¹¹⁸⁴ Asimismo, el Tribunal observó que la prohibición de la *double jeopardy* constituye un “principio aceptado del Derecho internacional”.¹¹⁸⁵ No obstante, el Tribunal

waiver, issue estoppel, res judicata, ne bis in idem, the law of remedies, non-retroactivity of criminal offences, abuse of process and various procedural rules designed to complement these legal concepts (including special rules for the admission of fresh evidence under narrowly defined conditions).” (caso *Haradinaj*, cit., nota 1175, párr. 2).

¹¹⁷⁸ Caso *Haradinaj*, cit., nota 1175, párr. 26-40.

¹¹⁷⁹ TPIR, *The Prosecutor vs. Elizaphan Ntakirutimana, Gerard Ntakirutimana, Charles Sikubwabo*, 22 de febrero de 2001, disponible en <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/401a239e2fb5a9c5c12571fe004fa2e8?OpenDocument>

¹¹⁸⁰ Caso *Ntakirutimana*, cit., nota 1179, párr. 10

¹¹⁸¹ Caso *Ntakirutimana*, cit., nota 1179, párr. 11-13

¹¹⁸² TPIR, *The Prosecutor vs. Edouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse, Joseph Nzitorera*, 16 de Julio de 2008, disponible en <http://www.unict.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CKaremera%5Cdecisions%5C080716.pdf>

¹¹⁸³ Caso *Nzitorera*, cit., nota 1182, párr. 2

¹¹⁸⁴ Caso *Nzitorera*, cit., nota 1182 párr. 4

¹¹⁸⁵ En términos del Tribunal: “*In addition, this Chamber is of the view that the prohibition against double jeopardy is an accepted principle of international law.*” (Caso *Nzitorera*, cit., nota 1294, párr. 4).

consideró que el principio de *estoppel* colateral no se aplica a los hechos del presente caso, visto que no había identidad entre las partes a los dos casos invocados y las cuestiones por resolver en ambos casos no eran las mismas.¹¹⁸⁶

Del anterior análisis resulta claro que la mayoría de los Tribunales internacionales comparten un entendimiento común del principio de *estoppel* y de sus elementos constitutivos en el Derecho internacional. Dicho principio es presente en la jurisprudencia de todos los jueces internacionales, sin importar las deferencias del contexto en el que cada Tribunal internacional opera y sin importar la naturaleza específica de las controversias que resuelve. En mi opinión, su interpretación y aplicación convergente por parte de los Tribunales internacionales, objeto del estudio, demuestra que se trata de un principio general y común a todos los ámbitos especializados del Derecho internacional. Todos los actores del sistema jurídico internacional tienen la obligación de ser consistentes con sus propios actos y de no contradecirse en detrimento de los demás. Es obligación de todos los jueces internacionales sancionar cualquier comportamiento, susceptible de constituir un *estoppel*. En este sentido, el principio de *estoppel* permite a los jueces internacionales asegurarse de que en las relaciones jurídicas entre sus justiciables sean preservados los valores materiales, protegidos por la buena fe.

C. El principio *pacta sunt servanda*

a) El objetivo del principio *pacta sunt servanda*: garantizar la obligatoriedad de los compromisos acordados

El principio *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser cumplidos) es un principio fundamental para la organización de toda vida social. Dicho principio constituye un principio común a todos los órdenes jurídicos internos, imprescindible para la regulación de una relación jurídica interpersonal. Se trata de un principio que ha caracterizado el desarrollo del Derecho desde tiempos inmemorables. En efecto, el principio *pacta sunt servanda* fue aplicado en todas

¹¹⁸⁶ Caso *Nzitorera*, cit., nota 1182, párr. 5-7.

las sociedades antiguas¹¹⁸⁷, con importantes connotaciones morales y religiosas.¹¹⁸⁸

La importancia del desarrollo del comercio, en particular, para las culturas mediterráneas, constituyó un aspecto importante para la evolución del principio *pacta sunt servanda*. En Roma se reconoció que la buena regulación de las relaciones comerciales exige el cumplimiento de lo pactado en los contratos. En el *ius civile* sólo algunos contratos solemnes (o formalistas) eran protegidos por la ley. Posteriormente, con el desarrollo del *ius gentium*, dicho formalismo fue suprimido para los contratos entre ciudadanos romanos y extranjeros. Por los intereses comerciales que dichos pactos representaban, la obligatoriedad de su contenido se desprendía del simple respeto de la “fe” o de la “confianza” expresada. Dicha fe se convertía así en la única causa de la obligatoriedad de los compromisos adquiridos. Así concebido dicho principio fue extendido al ámbito de las relaciones internacionales (*fides publica romanorum*).¹¹⁸⁹

Los autores clásicos del Derecho internacional se basaron en este principio del *ius gentium* romano para promover el respeto del Derecho en el naciente orden jurídico internacional. Los primeros autores que se interesaron en el desarrollo del Derecho internacional consideraron que el principio *pacta sunt servanda* era un principio básico y fundamental del orden jurídico internacional. Según Samuel Pufendorf, dicho principio correspondía a una regla inviolable del Derecho natural según la cual todo hombre debe respetar su palabra.¹¹⁹⁰ En la opinión de Cornelius van Bynkershoek, sin el principio de buena fe y de

¹¹⁸⁷ Así por ejemplo, dicho principio fue aplicado en las culturas caldea, egipcia y china. (Wahberg, Hans, *Pacta sunt servanda*, *American Journal of International Law*, vol. 53, 1959, p. 775)

¹¹⁸⁸ En particular, se consideraba que los Dioses venerados por cada parte a un contrato intervenían en su formación como garantes de la “palabra dada”. En consecuencia, si una parte violaba lo pactado se exponía a un pronto castigo divino. (Wahberg, Hans, *op. Cit.*, nota 1187, p. 775). El principio *pacta sunt servanda* es, además, presente en las enseñanzas morales de las grandes religiones monoteístas. Así por ejemplo, en virtud del Corán: “los musulmanes deben cumplir con lo que estipularon. (...) Sé honesto respecto a las obligaciones que asumiste...bajo la mirada de Allah...porque Allah es tu testigo.” (Citado en Wahberg, Hans, *op. Cit.*, nota 1187, p. 775) En el mismo sentido, según la Biblia, los cristianos deben cumplir su palabra: “(...) y cuando hablas qué tu sí sea un sí y tu no, un no, lo demás viene del mal”. (Mateo, 5-33, 37.)

¹¹⁸⁹ Kolb, Robert, La bonne foi en droit international public, *Revue belge de droit international*, vol. 2, 1998, p. 675

¹¹⁹⁰ Pufendorf, Samuel, *De jure naturae et Gentium*, (1672) Book II, chap. III, párr. 23; Book III, chaps. III, IV, párr. 1, 2, citado en Wehberg, Hans, *op. cit.*, nota 1188, p. 779

obligatoriedad de los pactos, el Derecho internacional sería destruido por completo.¹¹⁹¹ De la misma manera, en su famoso libro *Droit des gens*, Emer de Vattel consideró que el principio *pacta sunt servanda* constituía la “*foi des traités*” (“la fe de los tratados”). Según este autor, los Estados deben respetar y ejecutar de buena fe los compromisos que adquieren en virtud del Derecho internacional; sólo así se preservaría la seguridad jurídica en el orden jurídico internacional y se promovería el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales.¹¹⁹²

Cabe señalar que para algunos autores, el principio *pacta sunt servanda* constituye el principio más fundamental del orden jurídico internacional. En este sentido, en la opinión de Anzilotti el principio *pacta sunt servanda* sería el axioma fundante del orden jurídico internacional. Indemostrable jurídicamente, dicho axioma explicaría y daría sentido al Derecho internacional. De igual modo, para Kelsen, el principio *pacta sunt servanda* es la *Grundnorm* (norma fundante básica) del orden jurídico internacional: la norma hipotética fundamental de la cual derivan su legitimidad todas las demás normas internacionales y sin la cual el sistema normativo internacional no podría funcionar eficazmente. Para otros autores, dicho principio constituye “un principio elemental y universalmente aceptado del Derecho internacional”¹¹⁹³ y “el principio más fundamental del Derecho de los tratados”.¹¹⁹⁴

El principio *pacta sunt servanda* exige el cumplimiento de buena fe de todos los compromisos generados por un tratado internacional. Un tratado constituye un pacto solemne entre naciones que posee las mismas características básicas que un contrato entre personas privadas.¹¹⁹⁵ Por lo tanto, de la misma manera que un contrato, un tratado internacional es una fuente de derechos y obligaciones recíprocos que sus partes deben cumplir de buena fe. Una de las partes a un

¹¹⁹¹ van Bynkershoek, Cornelius, *Quaestionum jurae publici libri duo* (1737), II, cap. 10, citado en Wehberg, Hans, *op. cit.*, nota 1187, p. 779

¹¹⁹² Emmer de Vattel, *Droit des gens*, Book II, chap. XII, párr. 163, citado en Wehberg, Hans, *op. cit.*, nota 1187, p. 780

¹¹⁹³ Lord McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 493, citado en Binder, Christina, *The Pacta Sunt Servanda Rule in the Vienna Convention on the Law of Treaties: a Pillar and its Safeguards*, in Buffard, Isabelle and Gerhard Hafner (eds), *International Law Between Universalism and Fragmentation*, ed. Brill, 2008, p. 318

¹¹⁹⁴ Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1984, p. 2, citado en Binder, Christina, *op. cit.*, nota 1193, p. 318

¹¹⁹⁵ Caso *Maninat* (1906), Comisión mixta de arbitraje franco-venezolana, p. 73, citado en Cheng, Bin, *op. Cit.*, nota 379, p. 112

tratado internacional no puede modificarlo unilateralmente y no se puede liberar de la obligatoriedad de su contenido.¹¹⁹⁶ Mientras que un Tratado sigue en vigor, éste debe ser respetado por los Estados que lo ratificaron. La violación del principio *pacta sunt servanda* (por el no respeto de los compromisos convencionales válidamente adquiridos) genera la obligación de reparar el perjuicio creado por esta violación.

El principio *pacta sunt servanda* constituye un principio general del Derecho, presente *in foro domestico* de absolutamente todos los órdenes jurídicos internos. Además, dicho principio atraviesa todas las ramas del Derecho interno para garantizar la seguridad jurídica e incitar a la conclusión de acuerdos jurídicamente vinculantes.¹¹⁹⁷ Dicho principio resulta de la necesidad de establecer una regulación jurídica de los acuerdos entre personas (o entre Estados). Este principio es inherente a la noción misma de Derecho y fundamenta la obligatoriedad de las obligaciones jurídicas de naturaleza contractual.¹¹⁹⁸ Sin este tipo de obligaciones, el Derecho internacional y el Derecho en sí no serían posibles. A través del uso del contrato- instrumento jurídico “*par excellence*”- se crean la mayoría de derechos y obligaciones resultantes de las normas positivas del Derecho (internacional). Consecuentemente, el principio *pacta sunt servanda* se relaciona estrechamente con la existencia misma del Derecho internacional y del orden jurídico internacional. Sin tratados internacionales, válidamente concluidos, gran parte de las normas jurídicas internacionales perderían su eficacia y simplemente dejarían de existir. El principio *pacta sunt servanda* se aplica, por lo tanto, en todos los ámbitos normativos del Derecho internacional y caracteriza a todos sus conjuntos especializados.

¹¹⁹⁶ Cheng, Bln, *op. cit.*, nota 379, p. 113

¹¹⁹⁷ Así por ejemplo, el principio *pacta sunt servanda* es reconocido en el Derecho Civil, Mercantil, Administrativo o Constitucional como fundamento de la obligatoriedad de los pactos de toda índole. Cabe señalar que los intentos de unificación del Derecho de los contratos se refieren explícitamente a dicho principio. Así por ejemplo, el artículo 1.3 de los principios UNIDROIT establece que: “*Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes*”.

¹¹⁹⁸ En este sentido, muchas veces se le denomina principio de “santidad de los contratos” (*sanctity of contracts*)

Dicho principio es, además, un principio vital, estructural y constitucional del orden jurídico internacional. En efecto, la estabilidad de los compromisos adquiridos se revela aún más esencial en el orden jurídico internacional. Como fue señalado anteriormente, las relaciones en dicho orden son de naturaleza horizontal y se caracterizan por la ausencia de jerarquías (normativas o institucionales) claramente definidas. La cooperación y la confianza mutua entre sus diversos actores dependen, en buena medida, del buen cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de sus normas (mayoritariamente de naturaleza convencional).¹¹⁹⁹

Como lo afirma Kolb, el principio de buena fe, en general, y el principio *pacta sunt servanda*, en particular, se relacionan con la esencia y la existencia de toda “empresa jurídica común”.¹²⁰⁰ Dichos principios permiten el ajuste de los intereses (interestatales) particulares para garantizar la eficacia del acuerdo de voluntad que se sitúa por encima de los mismos. Como garantía al cumplimiento de las normas jurídicas pactadas de un común acuerdo, el principio *pacta sunt servanda* es propio a la noción misma de “Comunidad de Derecho” que caracteriza a todo orden jurídico.

Por todos estos motivos, la cristalización del principio *pacta sunt servanda* ocupa un lugar central en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El Preámbulo de dicha Convención establece que los principios de libre consentimiento, buena fe, *pacta sunt servanda* y arreglo pacífico de las controversias constituyen “principios fundamentales del Derecho de los Tratados”. El artículo 26, expresamente dedicado al principio *pacta sunt servanda*, se sitúa al inicio prominente de la Tercera Parte de la Convención, relativa al “Cumplimiento, aplicación e interpretación de los Tratados”.¹²⁰¹ En virtud de dicho artículo: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” El

¹¹⁹⁹ Binder, Christina, *op. Cit.*, nota 1193, p. 318

¹²⁰⁰ Kolb, Robert, *op. Cit.*, nota 1051, p. 666

¹²⁰¹ Cabe señalar que muchos otros artículos de la Convención de Viena pueden ser considerados como derivaciones del principio general *pacta sunt servanda*. Así por ejemplo, muchas disposiciones de la Quinta Parte de la Convención (Invalidéz, Terminación y Suspensión de los Tratados) se refieren directa o indirectamente al principio *pacta sunt servanda*. (Binder, Christina, *op. Cit.*, nota 1193, p. 318)

objetivo de estabilidad de los Tratados enunciado en el artículo 26 podría considerarse como un pilar del Derecho de los Tratados.¹²⁰²

Dicha afirmación podría comprobarse por los *travaux préparatoires* de la Convención de Viena. En efecto, durante la redacción del artículo 26, Israel propuso situarlo al inicio del proyecto de artículos.¹²⁰³ En el mismo sentido, los Estados Unidos observaron que el principio *pacta sunt servanda* constituye la “piedra angular que soporta la importante arca de la confianza entre los Estados”.¹²⁰⁴ En su comentario del proyecto final de artículos de la Convención, la CDI señaló que: “*Pacta sunt servanda*- el principio según el cual los tratados son obligatorios para las partes y deben ser cumplidos de buena fe- es el principio fundamental del Derecho de los Tratados”.¹²⁰⁵

El artículo 26 de la Convención de Viena se relaciona estrechamente con la obligación de interpretar los Tratados de buena fe, establecida en el artículo 31 de la misma. Como lo notó la CDI en el proyecto de los artículos 31-33 de la Convención: “la interpretación de los Tratados de buena fe (...) es esencial para que el principio *pacta sunt servanda* tenga un verdadero significado.”¹²⁰⁶ Desde esta perspectiva, el principio *pacta sunt servanda* constituye una meta-norma que determina la obligatoriedad de una disposición convencional sin importar su contenido; por su parte, la definición de dicho contenido depende de la obligación de interpretar el tratado de buena fe.¹²⁰⁷ El principio *pacta sunt servanda* establece, en primer lugar, una protección para las partes a un Tratado porque exige su aplicación de buena fe. En segundo lugar, dicho principio opera como un correctivo, al impedir el abuso de derechos convencionales.¹²⁰⁸

¹²⁰² Binder, Christina, *op. Cit.*, nota 1193, p. 16

¹²⁰³ Comments on Waldock Report V, Art. 55, *Pacta sunt servanda*, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, p. 298, citado en Binder, Christina, *op. cit.*, nota 1193, p. 319

¹²⁰⁴ Comments on Waldock Report, cit., nota , p. 356, citado en Binder, Christina, *op. cit.*, nota 1193, p. 319

¹²⁰⁵ ILC Final Draft, Commentary to article 23, *Pacta sunt servanda*, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, p. 187 y s. , citado en Binder, Christina, *op. cit.*, nota 1194, p. 319

¹²⁰⁶ ILC Final Draft, Commentary to article 27, General Rules of Interpretation, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, p. 187 y s. , citado en Binder, Christina, *op. cit.*, nota 1193, p. 319

¹²⁰⁷ Binder, Christina, *op. Cit.*, nota 1193, p. 319

¹²⁰⁸ Binder, Christina, *op. Cit.*, nota 1193, p. 319

El principio *pacta sunt servanda* caracteriza a todos los conjuntos normativos especializados en el ámbito internacional. Por consecuencia, dicho principio fundamental está presente en la jurisprudencia de la mayoría de los Tribunales internacionales, objeto de estudio. La interpretación y la aplicación jurisprudencial del principio *pacta sunt servanda* se basa en criterios convergentes que comprueban su carácter común para todos los sistemas de impartición de la justicia internacional.

b) la aplicación concordante del principio *pacta sunt servanda* en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales

Los Tribunales internacionales examinados comparten un entendimiento común del principio *pacta sunt servanda* como pilar del Derecho de los tratados y como fundamento de la obligatoriedad de muchas normas internacionales.

Así por ejemplo, la CIJ aplica el principio *pacta sunt servanda*, en particular, cuando analiza la conformidad del comportamiento de un Estado con las obligaciones generadas por un Tratado internacional que dicho Estado ratificó.¹²⁰⁹

Así por ejemplo, en el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua* la CIJ consideró que, con sus acciones, los Estados no deben frustrar el objetivo y el fin de un tratado aún si una obligación similar no está expresamente establecida por el mismo.¹²¹⁰ En dicho caso Nicaragua había sostenido que por sus acciones (en particular, debido a su apoyo a los “Contras”), los Estados Unidos habían privado de su objeto y fin un tratado bilateral de Amistad, Comercio y Navegación concluido por ambos países en 1956. La CIJ consideró que la obligación de no tomar acciones que priven a un Tratado de su objeto y fin es implícitamente contenida en el principio *pacta sunt servanda* y no necesita estar expresamente prevista en dicho Tratado.¹²¹¹ Como lo afirma Thirlway, la sentencia demuestra que una obligación de este tipo depende de la

¹²⁰⁹ Binder, Christina, *op. Cit.*, nota 1193, p. 322

¹²¹⁰ Caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, Fondo, cit., nota , párr. 270-275, citado en Binder, Christina, *op. Cit.*, nota 1193, p. 322

¹²¹¹ Caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, cit., nota 1193, párr. 270

existencia de un *pactum* pero no es contenida en el *pactum* mismo.¹²¹² El argumento de la CIJ consiste en sostener que para *servare a pactum*, sus partes deben hacer más que cumplir con sus términos exactos.¹²¹³

En el caso *Gabcikovo-Nagymaros*¹²¹⁴, la CIJ aplicó de manera más restrictiva el principio *pacta sunt servanda*. En dicho asunto, se trataba de saber si Eslovaquia había adoptado un comportamiento ilegal, al proceder a la construcción de una central hidroeléctrica según un plan distinto al previsto en un Tratado bilateral que dicho Estado había concluido con Hungría en 1977. La CIJ consideró que Eslovaquia no había violado el principio *pacta sunt servanda* porque no se podía comprobar el incumplimiento concreto de lo establecido en dicho Tratado.¹²¹⁵ La Corte enfatizó la necesidad de preservar la estabilidad de los Tratados¹²¹⁶ y observó que el principio de buena fe obliga a las partes a aplicar el Tratado de una manera razonable que permita la plena realización de su objetivo.¹²¹⁷ Según la Corte, un acto *per se* no contrario a las obligaciones resultantes de un tratado podría violar el deber de cumplir dicho tratado de buena fe (principio *pacta sunt servanda*) si vuelve imposible toda aplicación futura del tratado. *A contrario*, actuar de mala fe en relación con lo establecido en un tratado no necesariamente frustra el objeto y el fin del mismo, siempre que su aplicación en el futuro sigue posible. Finalmente, cabe señalar que en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, Hungría consideraba que al violar constantemente el Tratado, las dos partes lo habían repudiado, de modo que dicho tratado no podía seguir existiendo. La CIJ consideró que esta conclusión sería completamente opuesta al principio *pacta sunt servanda* que determina las relaciones convencionales entre Estados.

¹²¹² Cabe señalar que dicho argumento fue muy criticado por uno de los jueces que votó la sentencia. En efecto, en su opinión disidente, el juez Oda señaló que la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado es sin duda implícitamente contenida en el principio *pacta sunt servanda*. No obstante, en la opinión del juez Oda la aplicación de dicho principio debería limitarse al cumplimiento de las obligaciones que resulten directamente de lo establecido en el Tratado. (*opinión disidente del juez Oda sobre el caso Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, cit., nota, párr. 81, citado en Binder, Christina, *op. Cit.*, nota 1193, p. 323)

¹²¹³ Thirlway, H., *The Law and Procedure of the ICJ, 1960-1989*, *British Yearbook of International Law*, vol. 63, 1992, p. 48, citado en Binder, Christina, *op. Cit.*, nota 1193, p. 322

¹²¹⁴ Cit., nota 1215

¹²¹⁵ Caso *Gabcikovo-Nagymaros*, Hungría c. Eslovaquia, 25 de septiembre de 1997, <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>, párr. 79

¹²¹⁶ Caso *Gabcikovo-Nagymaros*, cit., nota 1215, párr. 104

¹²¹⁷ Caso *Gabcikovo-Nagymaros*, cit., nota 1215, párr. 142

En la opinión de la Corte, el no cumplimiento de un tratado en vigor no puede producir su terminación, sin contar con el consentimiento mutuo de las partes al respecto.¹²¹⁸

En el caso *Pruebas Nucleares*¹²¹⁹, la CIJ utilizó el principio *pacta sunt servanda* para fundamentar la obligatoriedad de los actos unilaterales de los Estados en el principio de buena fe. En particular, la Corte estimó que uno de los principios básicos que rigen a la creación y a la ejecución de las obligaciones jurídicas, sin importar su fuente, es el principio de buena fe. Según la CIJ, la confianza y la credibilidad son inherentes a la cooperación internacional en una época en la que dicha cooperación se está volviendo primordial. En la opinión de la Corte, el carácter obligatorio de los actos unilaterales de los Estados, de la misma manera que el principio *pacta sunt servanda* en el Derecho de los Tratados, debe basarse en el principio de buena fe. Por lo tanto, los Estados interesados pueden tomar conocimiento y “poner su confianza” en que las obligaciones generadas por una declaración unilateral sean cumplidas.

En el caso de la *Disputa territorial*¹²²⁰ entre Burkina Faso y Mali, la CIJ reafirmó que en virtud del principio *pacta sunt servanda* los tratados internacionales deben cumplirse únicamente entre las partes que los concluyeron y no producen efectos jurídicos vinculantes para terceros.¹²²¹

En el reciente caso *Plantas de celulosa sobre el río Uruguay*¹²²², la CIJ observó que el principio *pacta sunt servanda*, codificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, fundamenta la

¹²¹⁸ En términos de la CIJ: “*The Court would set a precedent with disturbing implications for treaty relations and the integrity of the rule pacta sunt servanda if it were to conclude that a treaty in force between States, which the parties have implemented in considerable measure and at great cost over a period of years, might be unilaterally set aside on grounds of reciprocal non-compliance. It would be otherwise, of course, if the parties decided to terminate the Treaty by mutual consent.*” (Caso *Gabcikovo-Nagymaros*, cit., nota 1215, párr. 144)

¹²¹⁹ *Pruebas Nucleares*, Australia c. Francia, 20 de diciembre de 1974, disponible en http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1974.12.20_nuclear_tests1.htm

¹²²⁰ CIJ, *Disputa territorial*, Burkina Faso c. Mali, 22 de diciembre de 1986, disponible en http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1986.12.22_frontier_dispute.htm

¹²²¹ En términos de la Corte: “*The Parties could at any time have concluded an agreement for the delimitation of their frontier, according to whatever perception they might have had of it, and an agreement of this kind, although legally binding upon them by virtue of the principle pacta sunt servanda, would not be opposable to Niger.*” (Caso *Disputa territorial*, cit., nota 1220, párr. 46).

¹²²² CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina vs. Uruguay, 20 de abril de 2010, disponible en http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2010.04.20_pulp_mills.htm

obligatoriedad de todos los compromisos generados por un tratado. Por lo tanto, no sólo las obligaciones sustanciales sino también las obligaciones de naturaleza procesal que incumben a un Estado en virtud del Tratado deben ser cumplidas de buena fe.¹²²³ Según la Corte, los compromisos de carácter procesal son esenciales para la cooperación entre Estados. En este sentido, la Corte se refirió a lo establecido en el caso *Pruebas Nucleares* respecto a la importancia del principio de buena fe para la promoción de la cooperación interestatal en el ámbito internacional. En lo particular, la Corte consideró que Uruguay había violado las obligaciones (procesales) de informar, notificar y negociar, previstas en un tratado de 1957 que dicho país había concluido con Argentina.¹²²⁴

El principio *pacta sunt servanda* es aplicado en forma muy similar en la jurisprudencia de la CEDH. La Corte deriva su obligatoriedad tanto del “Derecho internacional general” como de su codificación expresa en el artículo 26 de la Convención de Viena. Como lo señaló la CEDH en el reciente caso *Janowiec y otros vs. Rusia*¹²²⁵, la Convención europea de derechos humanos es un tratado internacional, obligatorio para las partes; en virtud del principio *pacta sunt servanda*, codificado en el artículo 26 de la Convención de Viena, sus partes deben cumplir de buena fe con sus disposiciones. Además, la Corte se refirió al artículo 27 de la Convención de Viena que consideró como derivado del principio más general de *pacta sunt servanda*. La CEDH recordó que, según dicho artículo la parte a un tratado no puede invocar su Derecho interno como excusa para el

¹²²³ Según la CIJ: “according to customary international law, as reflected in Article 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, “[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”. That applies to all obligations established by a treaty, including procedural obligations which are essential to co-operation between States.” (Caso *Papeleras sobre el río Uruguay*, cit., nota 1222, párr. 145).

¹²²⁴ En términos de la Corte: “The Court concludes from the above that the agreement to set up the GTAN did not permit Uruguay to derogate from its obligations of information and notification under Article 7 of the 1975 Statute, and that by authorizing the construction of the mills and the port terminal at Fray Bentos before the expiration of the period of negotiation, Uruguay failed to comply with the obligation to negotiate laid down by Article 12 of the Statute. Consequently, Uruguay disregarded the whole of the co-operation mechanism provided for in Articles 7 to 12 of the 1975 Statute.” (Caso *Papeleras sobre el río Uruguay*, cit., nota 1222, párr. 149).

¹²²⁵ CEDH, *Janowiec and others v. Russia*, 16 de abril de 2012, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110513>

incumplimiento de dicho tratado.¹²²⁶ La Corte relacionó lo establecido en estos artículos con lo previsto en el artículo 38 de la Convención europea de derechos humanos respecto a la obligación de los Estados de proporcionar a la Corte todas las facilidades necesarias para llevar a buen cabo sus indagaciones.¹²²⁷ En el caso particular, la Corte consideró que Rusia no había respetado el principio *pacta sunt servanda* y había violado el artículo 38 de la Convención, al negarse a presentar documentos confidenciales, solicitados por la Corte para esclarecer los eventos relativos a la masacre de Katyn.¹²²⁸ La Corte consideró que Rusia no podía invocar excusas fundadas en su Derecho interno para sustraerse a las obligaciones resultantes del artículo 38 de la Convención. Finalmente, cabe señalar que los demandantes habían basado sus argumentos en varias sentencias de la CIDH, de la CIJ y del TPIY, solicitando a la Corte aplicar su *ratio decidendi*, *mutatis mutandis*, en el presente caso.¹²²⁹

El principio *pacta sunt servanda* es aplicado en forma idéntica en la jurisprudencia de la CIDH.

En primer lugar, cabe notar que la Comisión interamericana de derechos humanos basa en el principio *pacta sunt servanda* la mayoría de los recursos que interpone en contra de los Estados para denunciar las presuntas violaciones de la Convención interamericana de derechos humanos. Así por ejemplo, en el caso *Cantos*¹²³⁰ la Comisión solicitó a la Corte declarar: “con fundamento en el artículo 2 de la Convención y con base en el principio *pacta sunt servanda* reconocido en la jurisprudencia de la Corte, que el Estado argentino ha violado el artículo 50 (3)

¹²²⁶ Según la Corte: “*The Court reiterates that the Convention is an international treaty which, in accordance with the principle of pacta sunt servanda codified in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, is binding on Contracting Parties and must be performed by them in good faith. Pursuant to Article 27 of the Vienna Convention, the provisions of internal law may not be invoked as justification for the Contracting State’s failure to perform a treaty.*” (Caso *Janowiec*, cit., nota 1225, párr. 106).

¹²²⁷ El artículo 38 de la Convención europea de derechos humanos establece que: “El Tribunal procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización las Altas Partes Contratantes proporcionarán todas las facilidades necesarias.”

¹²²⁸ Caso *Janowiec*, cit., nota 1225, párr. 106-111.

¹²²⁹ En particular, los demandantes invocaron los casos *Godínez Cruz v. Honduras de la CIDH*; *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez del TPIY* y el caso *Estrecho de Corfú de la CIJ*. (Caso *Janowiec*, cit., nota 1225, párr. 96).

¹²³⁰ CIDH, *Cantos vs Argentina*, 28 de noviembre de 2002, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf

de la Convención (...).¹²³¹ En el mismo sentido, en el caso *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular*¹²³², la Comisión consideró que: “la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un tratado (...); en aplicación del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares tienen el deber de cumplir con las obligaciones que les impone esta última en todo su territorio, sin excepción geográfica alguna; (...).”¹²³³

De igual modo, en el caso *Radilla Pacheco c. México*¹²³⁴ la Corte señaló que: “desde que un tratado entra en vigor es exigible a los Estados Partes el cumplimiento de las obligaciones que contiene respecto de todo acto posterior a esa fecha. Ello se corresponde con el principio *pacta sunt servanda*, según el cual “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.¹²³⁵ La Corte fundamentó la aplicación del principio *pacta sunt servanda* en una “referencia cruzada” a la jurisprudencia de la CIJ.¹²³⁶ En dicho asunto México alegó el principio de irretroactividad de los Tratados para exonerarse de la obligación de cumplir las disposiciones de la Convención interamericana de derechos humanos respecto a desapariciones forzadas ocurridas anteriormente a su entrada en vigor. La Corte señaló que el principio *pacta sunt servanda* se aplica únicamente a las obligaciones derivadas de los Tratados en vigor en el momento de su cumplimiento (o incumplimiento). En términos de la CIDH: “(...) un hecho no puede constituir violación de una obligación internacional derivada de un tratado a menos que el Estado esté vinculado por dicha obligación al momento que se produce el hecho.”¹²³⁷ No obstante, para determinar el momento de dicha

¹²³¹ Caso *Cantos*, cit., nota 1230, párr. 2

¹²³² CIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

¹²³³ Caso *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular*, cit., nota 1233, párr. 24

¹²³⁴ CIDH, *Radilla Pacheco vs México*, 23 de noviembre de 2009, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf

¹²³⁵ Caso *Radilla Pacheco*, op. Cit., nota 1234, párr. 20

¹²³⁶ En efecto en la nota al pie de página núm. 21 la CIDH se refirió a los casos *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)* de la CIJ y *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* de la CPJI.

¹²³⁷ Caso *Radilla Pacheco*, cit., nota 1234, párr. 21

violación, es necesario distinguir entre los actos instantáneos y los actos de carácter continuo o permanente. Estos últimos se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa. Según la Corte, las desapariciones forzadas son actos continuos. En el caso particular, dichos actos habían permanecido posteriormente a la entrada en vigor de la Convención.¹²³⁸ Por lo tanto, en la opinión de la Corte, México tenía que respetar el principio *pacta sunt servanda* sólo a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado pero respecto a todos los actos continuos que constituyen violaciones del mismo.¹²³⁹

En otros casos de su jurisprudencia la CIDH utilizó el principio *pacta sunt servanda* para demostrar el carácter obligatorio de las medidas cautelares, pronunciadas en contra de los Estados partes a la Convención interamericana de derechos humanos.¹²⁴⁰ Así por ejemplo, en el caso *Gutiérrez Soler*¹²⁴¹, la Corte observó que: “4. La disposición establecida en el artículo 63.2 de la Convención confiere un carácter obligatorio a la adopción, por parte del Estado, de las medidas provisionales que le ordene este Tribunal, ya que el principio básico del derecho de la responsabilidad del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, ha señalado que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)”.¹²⁴²

La Corte reafirmó literalmente lo establecido en el caso *Gutiérrez Soler* respecto a la obligación de cumplir con las medidas cautelares en los casos

¹²³⁸ Caso *Radilla Pacheco*, cit., nota 1234, párr. 22-24

¹²³⁹ En términos de la CIDH: “de conformidad con el principio de *pacta sunt servanda*, sólo a partir de esa fecha rigen para México las obligaciones del tratado y, en tal virtud, es aplicable a aquellos hechos que constituyen violaciones de carácter continuo o permanente, es decir, a los que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del tratado y persisten aún después de esa fecha, puesto que ellas se siguen cometiendo. Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.” (Caso *Radilla Pacheco*, cit., nota 1235, párr. 24).

¹²⁴¹ CIDH, *Gutiérrez Soler c. Colombia*, 30 de junio 2011, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/gutierrez_se_04.pdf

¹²⁴² Caso *Gutiérrez Soler*, cit., nota 1242, párr. 4

*Kawas Fernández*¹²⁴³, *Rosendo Cantú*¹²⁴⁴, *Giraldo Cardona*¹²⁴⁵, *James y otros*¹²⁴⁶, *Mery Naranjo y otros*¹²⁴⁷, *Alvarado Reyes y otros*¹²⁴⁸.

Cabe señalar que todas las jurisdicciones internacionales reconocieron, por su propia iniciativa, el carácter obligatorio de las medidas cautelares. Este reconocimiento unánime de la obligatoriedad de las medidas cautelares es frecuentemente señalado como un ejemplo de las múltiples influencias y “referencias cruzadas” entre las distintas jurisdicciones internacionales.¹²⁴⁹ En efecto, todos los Tribunales internacionales realizaron una atrevida “revolución pretoriana” al reconocer la necesaria obligatoriedad de las medidas cautelares. Dichas medidas se fundamentan en la urgencia que puede presentar una situación contenciosa y tienen como objetivo salvaguardar o “congelar” dicha situación hasta que el juez se pronuncie sobre el fondo del litigio o sobre su competencia.¹²⁵⁰ Las medidas cautelares buscan evitar un perjuicio irreparable para los derechos de una de las partes. Su importancia para el desarrollo de un proceso internacional cualquiera es sumamente relevante. A través de las medidas cautelares que pronuncia, una jurisdicción internacional afirma su propia autoridad. La obligatoriedad de estas medidas en el Derecho internacional se relaciona estrechamente con el problema de la ejecución obligatoria de las sentencias de un Tribunal internacional y con el problema, más general, de la incorporación del Derecho internacional en el Derecho interno de los Estados.

¹²⁴³ CIDH, *Kawas Fernández vs Honduras*, 5 de julio de 2011, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/kawas_se_02.pdf, párr. 4

¹²⁴⁴ CIDH, *Rosendo Cantú et al. vs México*, 7 de enero de 2011, disponible en http://www.worldcourts.com/iacthr/eng/decisions/2011.01.07_Rosendo_Cantu_et_al_v_Mexico.pdf, párr. 4

¹²⁴⁵ CIDH, *Giraldo Cardona vs Colombia*, 22 de febrero de 2011, disponible en http://www.worldcourts.com/iacthr/eng/decisions/2011.02.22_Giraldo_Cardona_v_Colombia.pdf

¹²⁴⁶ CIDH, *James y otros vs Trinidad y Tobago*, 14 de junio de 1998, párr. 6

¹²⁴⁷ CIDH, *Mery Naranjo y otros c. Colombia*, 4 de marzo de 2011, párr. 4

¹²⁴⁸ CIDH, *Alvarado Reyes y otros vs México*, 15 de mayo de 2011, párr. 4

¹²⁴⁹ En este sentido, ver Canivet, Guy, Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la b n volance des juges, *Revue de science criminelle*, 2005, p. 799

¹²⁵⁰ Para un estudio sobre las medidas cautelares en el Derecho internacional ver la excelente tesis de Guillaume Le Floch: *L'urgence devant les juridictions internationales*, ed. Pédone, 2008 y el trabajo de mis profesores Hélène Ruiz-Fabri y Jean-Marc Sorel (eds.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, ed. Pédone, 2003

La primera jurisdicción internacional que estableció el carácter obligatorio de las medidas cautelares fue la CIJ en el controvertido caso *LaGrand*.¹²⁵¹ En dicho caso la Corte proclamó el carácter obligatorio de las medidas cautelares, basadas en el artículo 41 de su Estatuto. La Corte interpretó dicho artículo de manera teleológica basándose en el objetivo y el fin del Tratado que lo contiene (su propio Estatuto). En particular, la Corte afirmó que el carácter obligatorio de las medidas cautelares resulta del objeto y del fin de su Estatuto, así como de una interpretación del artículo 41 en su contexto.¹²⁵² La Corte confirmó lo establecido en el caso *LaGrand* en el posterior caso *Avena*.¹²⁵³ Poco tiempo después, en el caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, la CEDH también se basó en el objetivo y fin de la Convención europea de derechos humanos para proclamar de manera solemne el carácter obligatorio de las medidas cautelares.¹²⁵⁴ De la misma manera, a través de la aplicación del artículo 31-3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte basó la obligatoriedad de las medidas cautelares en varias “referencias cruzadas” a la práctica de otros órganos internacionales (por ejemplo algunos comités de las Naciones Unidas) y de otros Tribunales internacionales, en particular, la CIJ y la CIDH.¹²⁵⁵ Finalmente, la obligatoriedad de las medidas cautelares fue proclamada por un Tribunal arbitral del CIADI en el caso *Victor Pey Casado*.¹²⁵⁶

En muchos de estos casos, los Tribunales internacionales derivaron el reconocimiento del carácter obligatorio de las medidas cautelares de la obligación

¹²⁵¹ CIJ, *LaGrand*, Alemania c. Estados Unidos, 27 de junio de 2001

¹²⁵² Caso *LaGrand*, cit., nota 1251, párr. 102

¹²⁵³ CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos*, (México c. Estados Unidos), 31 de marzo de 2004 y 19 de enero de 2009, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>. No obstante, cabe señalar que los Estados Unidos no respetaron el carácter obligatorio de las medidas cautelares pronunciadas por la Corte en dichos asuntos y procedieron a la aplicación de la pena de muerte a los nacionales mexicanos.

¹²⁵⁴ CEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, 4 de febrero de 2005, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ECHR,,UZB,42d3ef174,0.html>

¹²⁵⁵ En particular la Corte citó los casos *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua, Aplicación de la Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio* (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), *La Grand y Avena* de la CIJ; *Chuminá v. Perú*; *Loayza, Tamayo v. Perú*, *Haitians and Dominican nationals of Haitian Origin in the Dominican Republic v. Dominican Republic*, *Alvarez et al v. Colombia*, *Hilaire, Constantine, Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, caso *Mamatkulov* cit., nota 1255, párr. 47, 48, 53

¹²⁵⁶ *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. Chili*, CIRDI/ARB/98/2, décision sur les mesures conservatoires, 25 septembre 2001

más general de cumplir de buena fe con los compromisos adquiridos en virtud de los tratados internacionales (principio *pacta sunt servanda*).

Aunque el mecanismo de solución de controversias de la OMC no prevé la posibilidad para los paneles o el Órgano de apelación de pronunciar medidas cautelares¹²⁵⁷, el principio *pacta sunt servanda* está muy presente en su jurisprudencia. De la misma manera que ante las demás jurisdicciones internacionales examinadas, dicho principio es aplicado en el ámbito de la OMC para exigir el cumplimiento de buena fe de los acuerdos comerciales multilaterales.

Así por ejemplo, en el caso *EC-Sardinias*¹²⁵⁸ el Órgano de apelación estableció una presunción en virtud de la cual todos los Estados miembros de la OMC deben cumplir de buena fe (*pacta sunt servanda*) con los acuerdos concluidos bajo los auspicios de dicha organización. Según el Órgano de apelación: “Debemos suponer que los Miembros de la OMC acatarán de buena fe las obligaciones derivadas de los tratados, como lo exige el principio *pacta sunt servanda*, expresado en el artículo 26 de la *Convención de Viena*.”¹²⁵⁹ En el mismo sentido, en el caso *Estados Unidos-Camarones*¹²⁶⁰ el Órgano de apelación consideró que: “(...) cabe presumir la aplicación de buena fe de las obligaciones derivadas de tratados (...)” y se refirió al principio *pacta sunt servanda* en la nota al pie de página correspondiente.¹²⁶¹

En una fase anterior de la controversia en el caso *Estados Unidos-Camarones*¹²⁶² el Órgano de apelación tuvo que pronunciarse sobre el principio más general de buena fe y la doctrina de abuso de derechos que constituye la contraparte del principio *pacta sunt servanda*. En dicho caso el Órgano de

¹²⁵⁷ Ruiz-Fabri, H elene, L’urgence de procédures d’urgence, in *Le contentieux de l’urgence et l’urgence dans le contentieux*, cit., nota 1362, p. 165

¹²⁵⁸ OMC, *EC-Denominación oficial de sardinias*, 26 de septiembre de 2002, disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds231_e.htm

¹²⁵⁹ Caso *EC-Sardinias*, cit., nota 1258, párr. 278

¹²⁶⁰ OMC, *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21*, 15 de julio de 2001, disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm

¹²⁶¹ Caso *Estados Unidos-Camarones*, cit., nota 1251, párr. 5.19 y nota al pie de página núm. 175

¹²⁶² OMC, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, 12 de octubre de 1998, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm

apelación constató que: “Este principio, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable.”¹²⁶³ Cabe destacar que el Órgano de apelación basó la aplicación de dicho principio en varias “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CIJ.¹²⁶⁴

En el caso *Estados Unidos-Ley de Compensación*¹²⁶⁵, el Órgano de apelación afirmó que: “la importancia del principio de buena fe como norma general en el desarrollo de las relaciones internacionales está firmemente establecida. La buena fe requiere que una parte en un tratado se abstenga de actuar en forma que frustre el objeto y fin del tratado en su conjunto, o de la disposición respectiva del tratado.” En las notas al pie de página referentes, el Órgano de apelación explicó que, según los autores de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, esta regla está implícitamente contenida en el principio más general *pacta sunt servanda*. En términos del Órgano de apelación: “La Comisión de Derecho Internacional, comentando el principio de buena fe, ha dicho lo siguiente: “[a]lgunos Miembros estimaron que sería conveniente enunciar también que toda parte debe abstenerse de ejecutar actos encaminados a frustrar el objeto y el fin del tratado. Sin embargo, la Comisión estimó que ello está claramente implícito en la obligación de aplicar el tratado de buena fe y prefirió enunciar la norma *pacta sunt servanda* en la forma más sencilla posible.”¹²⁶⁶

¹²⁶³ Caso *Estados Unidos-Camarones*, cit., nota 120, párr. 158

¹²⁶⁴ En la nota al pie de página núm. 156 el Órgano de apelación citó los casos *Border and Transborder Armed Actions Case*, *Rights of Nationals of the United States in Morocco*, *Anglo-Norwegian Fisheries*.

¹²⁶⁵ OMC, *Estados Unidos-Ley de Compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000*, 16 de septiembre de 2002, disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds217_e.htm

¹²⁶⁶ Caso *Estados Unidos-Ley de Compensación*, cit., nota 1266, nota al pie de página 314

Del anterior análisis puedo concluir que los Tribunales internacionales, objeto de mi estudio, interpretan y aplican de manera convergente el principio *pacta sunt servanda*. Los jueces internacionales comparten un entendimiento común de dicho principio como garantía de los compromisos adquiridos por una norma internacional convencional. Inherente a la noción misma de Derecho, como sistema de normas jurídicas obligatorias, el principio *pacta sunt servanda* atraviesa a todos los conjuntos normativos especializados y se sitúa a la base de su funcionamiento concreto. Ningún juez internacional podría negar o dejar de aplicar el principio *pacta sunt servanda*, sin vulnerar así el funcionamiento del orden jurídico que lo dota de su función de juez. Todo juez, interno o internacional, es garante del respeto de las obligaciones jurídicas al cargo de sus justiciables. Dicho respeto se basa en el principio *pacta sunt servanda*, vector de las exigencias de una “convivencia jurídica” de buena fe.

CAPÍTULO 4: LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS COMUNES A LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES EN RELACIÓN CON LA “JUDICIALIZACIÓN” DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. La especialización de los Tribunales internacionales y la generalidad de los principios comunes

En mi opinión, el desarrollo de principios comunes a los Tribunales internacionales aporta una respuesta jurídica a algunos de los problemas suscitados por la “judicialización” del Derecho internacional. En primer lugar, la existencia de principios generales, comunes a los Tribunales internacionales demuestra la inexistencia de “*self-contained regimes*” en el ámbito internacional **(A)**. En segundo lugar, el desarrollo de principios generales, comunes a los Tribunales internacionales manifiesta la ausencia de conflictos de jurisprudencia respecto a la interpretación y aplicación de dichos principios **(B)**.

A. La existencia de principios generales, comunes a los Tribunales internacionales y la inexistencia de “*self-contained regimes*”

Como lo señale anteriormente, la principal característica de la “judicialización” del Derecho internacional consiste en la creación de Tribunales altamente especializados. La especialización de los Tribunales internacionales se relaciona estrechamente con la especialización de las normas que éstos aplican e interpretan. La consideración de dichas normas como “*self-contained regimes*”- regímenes autónomos, especializados y autárquicos- podría agravar la “compartimentación” tanto de las normas, como de las instituciones judiciales internacionales. En un aspecto sustancial, la aplicación e interpretación de las normas internacionales podría volverse hermética e incoherente. Los Tribunales internacionales resolverían los litigios que se les someten con el recurso exclusivo de las normas especializadas que justificaron su creación. Desde una perspectiva institucional, el “encierro” de un Tribunal internacional en un “*self-contained regime*” podría aislarlo por completo de las demás jurisdicciones internacionales y poner en peligro toda posible coordinación de su actividad jurisprudencial con la de las otras jurisdicciones especializadas. Ambas situaciones afectarían la coherencia en la interpretación y aplicación del Derecho internacional.

Es de estimarse que este aspecto problemático de la “judicialización” del Derecho internacional podría ser resuelto, por lo menos en parte, por la aplicación de principios comunes a los Tribunales internacionales.

El análisis que desarrollé en los capítulos anteriores demuestra que todos los Tribunales internacionales que examiné recurren a los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio, para la resolución concreta de los litigios que se les someten. Estos seis principios generales del Derecho, de naturaleza tanto procesal, como sustancial, constituyen una fuente jurídica importante en la impartición de la justicia por parte de la CIJ, el TIDM, el ORD de la OMC, la CEDH, la CIDH, el TPIY y el TPIR. El reconocimiento de dichos principios en los Estatutos constitutivos de estas jurisdicciones internacionales y su aplicación e

interpretación convergente en la jurisprudencia internacional me permiten concluir que se trata de principios comunes a los Tribunales internacionales.

Esta omnipresencia de los principios generales del Derecho, objeto de la investigación, como ley aplicable para la resolución de las controversias internacionales, demuestra la relativa autonomía de los conjuntos normativos especializados del Derecho internacional (regímenes autónomos o “*self-contained regimes*”). Los Tribunales internacionales no aplican e interpretan las normas internacionales especializadas en un “vacuum” jurídico. Dicho en otros términos, la judicialización del Derecho internacional no conduce al desarrollo de un “hermetismo” normativo en la resolución judicial de las controversias internacionales. Los Tribunales internacionales especializados no pertenecen a “*self contained regimes*”.

En el presente trabajo demostré la inevitable relación de los conjuntos normativos especializados, existentes en el ámbito internacional, con uno de los componentes básicos del “Derecho internacional general”: los principios generales del Derecho. Dicha relación opera a través de la aplicación e interpretación concordante de principios generales del Derecho en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales. La jurisprudencia de todas las jurisdicciones internacionales, objeto de mi estudio, demuestra que la “*adjudication*” eficaz de las normas internacionales especializadas necesita de la aplicación de principios generales para poder funcionar eficazmente.

El primer régimen normativo que generalmente se etiqueta como “*self-contained regime*” es el Derecho del comercio internacional/Derecho de la OMC. En efecto, las normas derivadas de los tratados comerciales multilaterales, concluidos bajo los auspicios de dicha organización, presentan un alto grado de especialización (incluso de tecnicidad). Este conjunto normativo altamente especializado es interpretado y desarrollado por el ORD de la OMC. Como lo señalé anteriormente, la especialización misma de las reglas del Derecho del comercio internacional justificó la creación de un mecanismo *ad hoc*, competente para resolver las controversias complejas que surgen de su aplicación. Por lo tanto, queda claro que la función primera del “juez” de la OMC consiste en resolver

los litigios entre los Estados miembros de la OMC, a través de la aplicación del Derecho especializado de dicha organización. El juez de un “*self-contained regime*” debe aplicar las normas pertenecientes a este conjunto normativo de acuerdo a sus fines y objetivos específicos. No obstante, desde su primer reporte, el Órgano de apelación de la OMC insistió en que el Derecho del comercio internacional no constituye más que un “*departement*” (compartimento) del Derecho internacional.¹²⁶⁷ Como atinadamente lo afirma Dupuy, en vez de considerarse rodeado de un “*vacuum*” jurídico y erigir el Derecho del comercio internacional en una “torre de marfil”, el “juez” de la OMC constató su “vasallaje” respecto al Derecho internacional (general). Lejos de marcar una secesión, dicho juez proclamó una necesaria integración entre ambos conjuntos normativos.¹²⁶⁸

En su primer reporte en el caso *Estados Unidos-pautas para la gasolina reformulada y convencional*¹²⁶⁹, el Órgano de apelación consideró que: “no hay que leer el acuerdo general aislándolo clínicamente del resto del Derecho internacional público”.¹²⁷⁰

Como lo afirma Dupuy, esta posición claramente definida es acorde con el espíritu del Entendimiento sobre solución de diferencias que define la función judicial del Órgano de apelación. En su artículo 3-2, dicho tratado dispone que el sistema de arreglo de controversias de la OMC tiene por objetivo: “preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y (...) aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. Este “amarraje” al Derecho internacional fue, por lo tanto, querido por los mismos Estados miembros de la OMC, al redactar el contenido de los tratados multilaterales de dicha organización. La integración del sistema comercial

¹²⁶⁷ Dupuy, Pierre-Marie, *op. Cit.*, nota 19, p. 454

¹²⁶⁸ Dupuy, Pierre-Marie, *op. Cit.*, nota 19, p. 454

¹²⁶⁹ OMC, *Estados Unidos-pautas para la gasolina reformulada y convencional*, 29 de abril de 1996, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-1.aspx?language=S&CatalogueIdList=14573&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch=

¹²⁷⁰ Caso *Estados Unidos-pautas para la gasolina reformulada y convencional*, cit., nota 1271, p. 9

multilateral en el sistema jurídico internacional fue vista como indispensable para el correcto ejercicio de la función judicial por parte del “juez” de la OMC.¹²⁷¹

La interpretación y la aplicación de una determinada norma del Derecho comercial internacional no podría realizarse en un vacío y necesariamente tendría que relacionarse con otras normas, generales y/o especializadas. El “hermetismo normativo” no permite la resolución satisfactoria de las controversias originadas en el Derecho del comercio internacional.

En el presente trabajo demostré la permeabilidad del Derecho de la OMC a los principios generales del Derecho- parte fundamental del “Derecho internacional general”. En varios casos de su jurisprudencia, el “juez” de la OMC recurrió a principios generales del Derecho tanto de naturaleza procesal, como sustancial. Este “juez” basó la resolución concreta de varios problemas jurídicos de carácter procesal en los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia* y *res iudicata*. De la misma manera, en los casos previamente estudiados, el ORD de la OMC aplicó los principios *pacta sunt servanda* y *estoppel* (como derivaciones de la *bona fides*) para resolver el fondo de las controversias concretas que le fueron presentadas.

Cabe resaltar que estos no son los únicos principios generales del Derecho, aplicados e interpretados en la jurisprudencia del “juez” de la OMC. Así por ejemplo, en varios asuntos, dicho “juez” aplicó principios generales del Derecho, relativos a la incumbencia de las pruebas¹²⁷², a la economía judicial¹²⁷³ o al abuso de derechos¹²⁷⁴. Además, el ORD de la OMC utiliza varias otras normas del “Derecho internacional general” para resolver las controversias concretas que se le someten. Así por ejemplo, el “juez” de la OMC recurre con frecuencia a los principios consuetudinarios¹²⁷⁵ de interpretación de los Tratados¹²⁷⁶, codificados

¹²⁷¹ Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, nota 19, p. 454

¹²⁷² OMC, *Whool Shirts and Blouses*, párr. 14, citado en Lidroos, Anja y Michael Mehling, *Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes, International Law and the WTO*, *European Journal of International Law*, vol. 16, 2006, p. 871

¹²⁷³ *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, 1998, párr. 65, citado en Lidroos, Anja y Michael Mehling, *op. cit.*, nota 1272, p. 871

¹²⁷⁴ OMC, *US — Shrimp*, 12 October 1998, y *US — Gambling*, 10 November 2004, párr. 6.576, citado en Mitchell, Andrew, *op. cit.*, nota 1053, p. 370-372

¹²⁷⁵ En el caso *Korea—Procurement*, párr. 7.96, el “juez” de la OMC afirmó la posibilidad de aplicar principios consuetudinarios en el ámbito de la OMC, siempre que la aplicación de dichos principios

en los artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹²⁷⁷ Además, el ORD de la OMC aplica principios relativos al Derecho de los Tratados, en general.¹²⁷⁸

Por consecuencia, puedo concluir que los principios generales del Derecho, en particular, y el “Derecho internacional general”, en general, constituyen un valioso contexto normativo (*legal background*) que el “juez” de la OMC utiliza con frecuencia en el ejercicio de su función judicial. A través de sus constantes referencias al cuerpo normativo del “Derecho internacional general”, este Tribunal internacional confirma que el conjunto especializado de normas pertenecientes al Derecho del comercio internacional no es un “*self-contained regime*”. Dicho conjunto no opera en un aislamiento autárquico respecto al resto del Derecho internacional, sino que constituye una parte integrante del sistema jurídico internacional.

La misma constatación se aplica al régimen especializado del Derecho penal internacional. La naturaleza específica y especializada de las normas del Derecho penal internacional y el carácter *sui generis* de la justicia penal impartida por las tres jurisdicciones penales internacionales (TPIY, TPIR y CPI) podrían dejar a pensar que dicho régimen constituye un “*self-contained regime*”. No obstante, como lo demostré en el capítulo tres, los Tribunales penales internacionales utilizan con frecuencia principios generales del Derecho, de naturaleza tanto procesal, como sustancial, para resolver las controversias complejas que se les presentan. Tanto el TPIY, como el TPIR recurrieron a los principios *compétence de la compétence, nemo iudex in causa sua, iura novit*

no es expresamente excluida por el acuerdo en cuestión. En términos del panel: “*Customary international law applies generally to the economic relations between the WTO Members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not ‘contract out’ from it.*”

¹²⁷⁶ En este sentido, en el caso *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, 1994, párr. 5.18, el panel de la OMC afirmó que: “la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados expresa las reglas básicas para la interpretación de los Tratados”.

¹²⁷⁷ Para más detalles sobre este punto, ver Mitchell, Andrew, *The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes*, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, 2007, pp. 803 y s.; Lindroos, Anja y Mehling, Michael, *op. cit.*, nota 1272, pp. 867 y ss.; Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, nota 19, pp. 455-456

¹²⁷⁸ Para un estudio de la jurisprudencia del ORD de la OMC a este respecto, ver Lindroos, Anja y Mehling, Michael, *op. cit.*, nota 1272, pp. 870 y ss.; Dupuy, Pierre-Marie, *op. Cit.*, nota 19, pp. 456

curia, res iudicata, pacta sunt servanda y estoppel para dar respuesta a los problemas jurídicos que les fueron planteados en numerosos casos de su jurisprudencia.

Estos seis principios son lejos de ser los únicos principios generales del Derecho, presentes en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales. En varios otros casos de su jurisprudencia dichos Tribunales aplicaron, entre otros, los principios¹²⁷⁹ *unus testis, nullus testis*¹²⁸⁰, *nullum crimen, nulla pena sine lege*¹²⁸¹, *in dubio pro reo*¹²⁸², *onus probandi actori incumbit*¹²⁸³ o *lex specialis derogat legi generali*¹²⁸⁴.

Además de la constatación de la omnipresencia de los principios generales del Derecho en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales podemos observar varias otras aperturas del Derecho penal internacional hacia el “Derecho internacional general”. En este sentido, cabe notar que los métodos de interpretación, utilizados por las jurisdicciones penales internacionales se basan, en gran medida, en los artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹²⁸⁵ Además, los Tribunales penales internacionales aplican varios principios consuetudinarios del Derecho internacional.¹²⁸⁶

Según yo, esta vinculación directa del Derecho penal internacional con los principios generales del Derecho y otras componentes del “Derecho internacional general” demuestra el carácter abierto de este conjunto normativo especializado. La utilización por parte de los Tribunales penales internacionales de principios y

¹²⁷⁹ Para más detalles sobre la aplicación de principios generales del Derecho en la jurisprudencia de las jurisdicciones penales internacionales ver: Raimondo, Fabián, *op. Cit.*, nota 439, pp. 88 y s.

¹²⁸⁰ TPIR, *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment*, 7 de mayo de 1997, TPIR, *Prosecutor v. Akayesu*, 2 de septiembre de 1998, párr. 132.

¹²⁸¹ TPIR, *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, 16 de noviembre de 1998, § 402.; *Prosecutor v. Tadić, Judgment*, 15 de Julio de 1999, párr. 185; *Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction –Joint Criminal Enterprise*, 21 de mayo de 2003, párr. 34 s.

¹²⁸² TPIR, *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, 16 de noviembre de 1998, párr. 601

¹²⁸³ *Ibidem*, párr. 599.

¹²⁸⁴ TPIR, *Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment*, 14 de enero de 2000, párr. 683; *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, 20 de febrero de 2001, párr. 340.

¹²⁸⁵ Para más detalles sobre este punto, ver Van der Herik, Larissa y Stahn, Carsten, *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, ed. Matrinus Nijhoff, 2012, pp. 69 y S.

¹²⁸⁶ Para más detalles sobre la aplicación de principios consuetudinarios en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales, ver Van der Herik, Larissa y Stahn, Carsten, *op. Cit.*, nota 1285, pp. 62-67 y pp. 149-160

normas pertenecientes al “Derecho internacional general” me permite concluir que el Derecho penal internacional no es un “*self-contained regime*”, hermético, completo y autárquico. La jurisprudencia de las jurisdicciones penales internacionales demuestra la permeabilidad de este Derecho a los principios generales del Derecho y a las demás componentes del “Derecho internacional general”. Igual que el “juez” de la OMC, los jueces del Derecho penal internacional no optaron por la aplicación exclusiva de las normas especializadas que justificaron su creación. La imprescindibilidad de los principios generales, comunes a los Tribunales internacionales no permite el desarrollo de un “hermetismo normativo” en el ámbito del Derecho penal internacional.

De igual modo, puedo destacar que la jurisprudencia de los dos Tribunales regionales, competentes en materia de derechos humanos, demuestra la apertura del Derecho internacional de los derechos humanos a principios y normas pertenecientes al “Derecho internacional general”. Como lo demostré en el capítulo anterior, tanto la CEDH, como la CIDH aplican principios generales del Derecho para resolver las controversias concretas que se les someten. El recurso por parte de dichas jurisdicciones a los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *pacta sunt servanda* o *estoppel* es una necesidad inherente al ejercicio de su función judicial. En efecto, los principios generales del Derecho orientan y complementan las normas especializadas del Derecho internacional de los derechos humanos que, lejos de ser un cuerpo normativo hermético y autárquico, permanece sujeto a los principios generales y fundamentales del orden jurídico internacional.

Los principios analizados en el presente trabajo no son los únicos principios generales del Derecho, presentes en la jurisprudencia de la CEDH y de la CIDH. Así por ejemplo, ambas jurisdicciones aplican, entre otros, el principio de derecho a un juez¹²⁸⁷, el principio de *reparatio in integrum*¹²⁸⁸ o el principio *lex specialis*

¹²⁸⁷ CEDH, *Golder vs el Reino Unido*, 21 de febrero de 1975, párr. 35, CIDH, *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008

¹²⁸⁸ CIDH, *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., nota CEDH, *Papamichalopoulos y otros c/ Grecia*, 24 de junio de 1993

*derogat legi generali*¹²⁸⁹. Además, tanto la CIDH, como la CEDH se basan en los principios, codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para interpretar las normas protectoras de los derechos humanos.¹²⁹⁰ Finalmente, ambas jurisdicciones aplican varios otros principios del Derecho de los Tratados, en general, así como reglas relativas a la protección diplomática y a las inmunidades de los Estados¹²⁹¹. Los Tribunales internacionales, competentes en materia de derechos humanos aplican e interpretan de manera convergente los principales componentes normativos del “Derecho internacional general”: Derecho común a todos los Tribunales internacionales. La apertura del Derecho internacional de los derechos humanos hacia el “Derecho internacional general” demuestra que la resolución de las controversias en este ámbito no puede hacerse en un “hermetismo normativo”, sino que prescinde de la aplicación de los principios generales, comunes a los Tribunales internacionales.

Finalmente, como lo mostré anteriormente, el TIDM- jurisdicción internacional permanente, encargada de la aplicación del conjunto normativo especializado del Derecho internacional del mar- también aplica principios generales del Derecho en el ejercicio de su función judicial. Además de los casos analizados en el presente trabajo, el Tribunal recurrió a la aplicación de otros principios generales del Derecho y de otras normas consuetudinarias de Derecho internacional.¹²⁹² A través de la utilización, en su jurisprudencia, de normas y principios de “Derecho internacional general”, externas al Derecho internacional del mar, el Tribunal demostró el carácter abierto y permeable de este último conjunto normativo especializado. Dicho en otros términos, la presencia del “Derecho internacional general” en la jurisprudencia del TIDM no permite el desarrollo de un “hermetismo normativo” en la resolución de las controversias en el ámbito del Derecho internacional del mar. Consecuentemente, este conjunto

¹²⁸⁹ CEDH, *Ahmed c. Austria*, 3 de mayo de 1983, *Venditelli c. Italia*, 18 de julio de 1994

¹²⁹⁰ Para más detalles sobre la utilización de los artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ver: Nordeide, Ragnar, *The ECHR and its Normative Environment: Difficulties arising from a Regional Human Rights Court's Approach to Systemic Integration*, in Fauchald, Ole, Kristian y Nollkaemper, André, *op. Cit.*, nota 293, p. 117; Vanneste, Frédéric, *General International Law Before Human Rights Courts*, ed. Intersentia, 2009

¹²⁹¹ Vanneste, Frédéric, *op. Cit.*, nota 1290; Forowicz, Magdalena, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, ed. Oxford 2011

¹²⁹² Statement, José Luis Jesús, *cit.*, nota 565, p. 8

normativo especializado no puede considerarse como un “*self-contained regime*”. En palabras de un ex Presidente del TIDM, la utilización de otras normas de Derecho internacional en la jurisprudencia de dicha jurisdicción demuestra que el Derecho internacional del mar no es más que una “parte y parcela del sistema de Derecho internacional”.¹²⁹³

La aplicación por parte de los Tribunales internacionales examinados, de principios generales del Derecho y de otras normas (y principios) pertenecientes al “Derecho internacional general” demuestra la imposibilidad para un juez de basar la resolución de las controversias que se le someten en un “hermetismo normativo”. La existencia de principios generales, comunes a los Tribunales internacionales subraya el carácter ilusorio de la noción de “*self-contained regime*”. Ningún Tribunal internacional (y/o interno) puede prescindir de la aplicación de principios generales del Derecho en el ejercicio concreto de su función judicial. A pesar de que las normas que el juez está legitimado a aplicar son de carácter altamente específico y especializado, dichas normas no pueden regular la infinita variedad de situaciones fácticas que originan los litigios internacionales (aunque sí pueden ser suficientes para dar una respuesta jurídica a muchas de ellas). Un juez internacional (y/o interno) necesita aplicar principios generales que lo guíen en la impartición de la justicia, imperativo primero de una solución judicial de las controversias. Como lo señalé anteriormente, todos los principios generales del Derecho que analicé son inherentes a las nociones mismas de Derecho, justicia y equidad que deben imperar en el arreglo judicial de los litigios. De la misma manera, muchos de estos principios generales del Derecho son intrínsecos al correcto ejercicio de una función judicial y determinan gran parte de las atribuciones procesales de un juez.

En mi opinión, por todos estos motivos, el recurso (*fall-back*) a los principios generales del Derecho de naturaleza tanto procesal, como sustancial, que fueron objeto de mi estudio, se revela casi-automático para los jueces que operan en conjuntos normativos especializados. La imprescindibilidad de estos seis principios

¹²⁹³ En términos del Presidente del TIDM: “*The Tribunal’s application of the “other rules of international law” referred to in article 293 of the Convention shows that the law of the sea is part and parcel of the international law system.*” (statement, p. 9)

generales del Derecho para el ejercicio de toda función judicial y su innegable presencia en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales especializados impiden sostener la existencia de “*self-contained regimes*”. Ningún régimen normativo puede permanecer totalmente autónomo y hermético respecto a su entorno (contexto) general. La importancia de estos principios generales del Derecho para la resolución de las controversias originadas en el Derecho de la OMC, el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho penal internacional y el Derecho internacional del mar demuestra que no se trata de regímenes autónomos, cerrados sobre sí mismos o autárquicos. El estrecho vínculo que dichos conjuntos normativos mantienen con los principios generales del Derecho que estudié (y el “Derecho internacional general”, en general) manifiesta que el muy discutido concepto de “*self-contained regimes*” constituye un mito¹²⁹⁴, una quimera o una fábula.¹²⁹⁵

Además, esto demuestra que la presencia de normas especializadas, organizadas en ramas jurídicas específicas (Derecho del comercio internacional, Derecho penal internacional, Derecho internacional de los derechos humanos etc.) no provoca una “compartimentación” excesiva del orden jurídico internacional. La especialización de las normas internacionales y de los Tribunales que las aplican e interpretan no conducen a este orden hacia un escenario “apocalíptico” de arbitrariedad. Los principios generales, fundamentales y estructurales del sistema jurídico internacional no están siendo afectados por la especialización de las normas y de los Tribunales internacionales. Principios como *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* y *pacta sunt servanda* siguen presentes en los regímenes normativos especializados. Su aplicación e interpretación jurisprudencial concordante preserva la coherencia de los *overrarching principles* (principios básicos) del orden jurídico internacional y evita su explosión en pequeñas partículas sin nada en común. La especialización de las normas internacionales no las convierte en “*self-contained regimes*”. A pesar de la aparición de múltiples Tribunales

¹²⁹⁴ Dupuy, Pierre-Marie, *op. Cit.*, nota 19, p. 432

¹²⁹⁵ Lindroos, Anja, Mehling, Michael, *op. Cit.*, nota 1272, p. 877

internacionales que aplican múltiples ramas jurídicas específicas, la aplicación y la interpretación común de ciertos principios generales impide la aparición de sub sistemas normativos, completamente autónomos y separados unos *vis-à-vis* de los otros.

También cabe notar que el concepto de “*self-contained regime*” es insuficiente para dar cuenta de otra posibilidad de interacción normativa en el ámbito internacional: la vinculación y el acoplamiento de los conjuntos normativos especializados entre sí. Dicha hipótesis suscita nuevos retos tanto para los jueces internacionales, como para la doctrina del Derecho internacional.¹²⁹⁶ Como lo señalé anteriormente, por primera vez en su historia, el Derecho internacional se caracteriza por la existencia de múltiples disciplinas jurídicas internacionales, múltiples Tribunales internacionales, múltiples centros de poder, múltiples actores y múltiples nuevos problemas jurídicos. Como consecuencia, la relación entre la unidad y la multiplicidad del Derecho internacional es, cada vez más, objeto de nuevos y múltiples estudios doctrinales.¹²⁹⁷

Uno de los objetivos limitados de la presente investigación consiste en mostrar la no autonomía de los conjuntos normativos especializados respecto a seis principios generales del Derecho, como componentes del “Derecho internacional general”. Esta dependencia natural, imprescindible e inherente de los conjuntos normativos especializados hacia los postulados normativos de los principios generales del Derecho, objeto de esta investigación, denota la unidad del orden jurídico internacional.¹²⁹⁸ Aunque el orden jurídico internacional sea dividido en conjuntos normativos especializados, dicho orden se mantiene coherente gracias, entre otros, a la existencia de principios generales (y

¹²⁹⁶ Para un reciente trabajo sobre esta problemática, ver Young, Margaret (eds), *Regime interaction in international law*, ed. Cambridge University Press, 2012

¹²⁹⁷ Por ejemplo, Young, Margaret, op. Cit., nota 1297, Vanneste, Frédéric, op. Cit., nota 1290; Forowicz, Magdalena, op. cit., nota 1291

¹²⁹⁸ En este sentido, suscribo a la visión de la corriente “universalista” que opera una presunción en favor de la inherente unidad del sistema jurídico internacional, organizada alrededor del concepto de Derecho internacional general, en contra de la visión “particularista” que sostiene la existencia de “*self-contained regimes*”, susceptibles de funcionar eficazmente sobre la base de sus propios postulados normativos, sin necesidad de recurrir a los del Derecho internacional general. Por lo tanto, la cuestión de la unidad sistémica del orden jurídico internacional depende del enfoque adoptado por cada intérprete acerca de los fenómenos de interacción normativa en el ámbito internacional. (Simma, Bruno, op. Cit, nota 13, pp. 505s.)

universales). Su aplicación convergente por parte de los Tribunales internacionales constituye un puente que conecta a todos los conjuntos normativos especializados en el sistema jurídico internacional.

Las normas del “Derecho internacional general”, y, en particular, los principios generales del Derecho, son una especie de “cimiento” entre los diferentes regímenes convencionales. En este sentido, el “Derecho internacional general” construye los caminos que unen las “aldeas aisladas” de los regímenes normativos especializados¹²⁹⁹ y los principios generales del Derecho son “la columna vertebral del cuerpo normativo que gobierna las relaciones internacionales y un potente “cimiento” que une las distintas y muchas veces disparejas piezas y ruedas del marco normativo de la Comunidad internacional.”¹³⁰⁰

B. La ausencia de conflictos de jurisprudencia sobre los principios generales, comunes a los Tribunales internacionales

Como lo mencioné anteriormente, uno de los principales problemas de la “judicialización” del Derecho internacional concierne la posibilidad para los Tribunales internacionales especializados de aplicar e interpretar de manera divergente las normas y principios del Derecho internacional. La pertenencia de un Tribunal internacional a un “*self-contained regime*” determinaría la manera en la que éste interprete y aplique el Derecho internacional. La “idiosincrasia” de un conjunto normativo especializado conduciría a interpretaciones y aplicaciones “idiosincrásicas” (no “ortodoxas”) del Derecho internacional. Los conflictos de jurisprudencia que se derivarían de esta “idiosincrasia” perjudicarían gravemente a la coherencia y previsibilidad en la aplicación e interpretación de las normas internacionales. Por ende, se afectaría la necesaria seguridad jurídica en el orden jurídico internacional.

¹²⁹⁹ Schachter, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1991, p. 1, citado en Klabbers, Jan et. Al., *op. cit.*, nota 513, p. 11

¹³⁰⁰ Cassese, Sabino, *International Law*, Oxford University Press 2005, p. 188, citado en Voigt, Cristina, *op. Cit.*, nota 654, p. 22

En relación con esto, quisiera aclarar que los conflictos de jurisprudencia podrían presentarse en la aplicación e interpretación de las normas internacionales especializadas o generales, es decir pertenecientes al “Derecho internacional general”.

Podemos pensar que los conflictos de jurisprudencia no ocurrirían con frecuencia respecto a la aplicación e interpretación de normas internacionales especializadas. Por el efecto mismo de su especialización, los Tribunales internacionales, en teoría, no tienen competencia para aplicar las normas pertenecientes a un conjunto normativo especializado, distinto del que justificó su creación. Dicho en otros términos, en principio, el ORD de la OMC no aplica el Derecho internacional de los derechos humanos, la CEDH no aplica el Derecho internacional del mar y el TIDM no aplica el Derecho penal internacional. Sin duda, el acople entre los distintos conjuntos normativos podría conducir al surgimiento de conflictos de jurisprudencia respecto a la aplicación e interpretación de las propias normas especializadas.

No obstante, desde mi perspectiva, el principal peligro para la operación eficaz del Derecho internacional, por el momento, son los conflictos de jurisprudencia sobre la interpretación y la aplicación de las normas, pertenecientes al “Derecho internacional general”.

Como atinadamente lo afirma Georges Abi Saab, una verdadera “fragmentación” del orden jurídico internacional resultaría de interpretaciones y aplicaciones divergentes de las normas y principios del “Derecho internacional general”.¹³⁰¹ Dicho en otros términos, si los Tribunales internacionales aplicaran e interpretaran el “Derecho internacional general” de manera divergente y contradictoria, se afectaría la coherencia del Derecho internacional.

En sus conclusiones respecto al principio de *lex specialis* y los “*self-contained regimes*”, Koskeniemi identifica tres tipos de conflictos normativos, susceptibles de afectar la coherencia del Derecho internacional. El primero de ellos se refiere precisamente al caso de un conflicto entre el “Derecho

¹³⁰¹ Abi Saab, Georges Michel, *The International Judicial Function*, UN Lecture Series, disponible en http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Abi-Saab_CT_video_1s.html

internacional general” y una interpretación o aplicación particular y “no ortodoxa” del mismo.¹³⁰² En otro de sus escritos Martti Koskenniemi¹³⁰³ reafirma que el corazón del problema de la coherencia del Derecho internacional consistiría no en la especialización de los regímenes normativos y de sus Tribunales, sino en su relación respecto al “Derecho internacional general”. Como lo afirma este autor, la interpretación y aplicación de las normas generales por órganos judiciales pertenecientes a regímenes especializados podría variar de un régimen a otro debido a las diferencias entre los intereses (políticos) particulares que dichos órganos están llamados a promover. En términos de la ciencia política, cada Tribunal estaría comprometido en una “lucha hegemónica”, destinada a presentar sus intereses particulares como el interés general.¹³⁰⁴

Desde mi punto de vista, los conflictos de jurisprudencia sobre el “Derecho internacional general” tendrían consecuencias muy negativas para el funcionamiento del orden jurídico internacional. En primer lugar, dichos conflictos disminuirían la seguridad y previsibilidad jurídica del sistema. En esta hipótesis, los sujetos del Derecho internacional no podrían prever las consecuencias jurídicas de sus actos y no lograrían planear correctamente sus actividades. En segundo lugar, las interpretaciones y aplicaciones divergentes del “Derecho internacional general” pondrían a sus sujetos en una posición desigual unos respecto a los otros. Los derechos de los que gozaría cada parte dependerían de la jurisdicción a la que se acude para hacerlos valer. Como lo señala Koskenniemi, para comprender esta complejidad basta con pensar en dos instituciones judiciales internacionales que interpretan de manera divergente una misma norma del “Derecho internacional

¹³⁰² Las otras dos conciernen respectivamente un conflicto entre el Derecho internacional general y una norma particular que pretende ser su excepción y un conflicto entre dos normas particulares (entre dos normas pertenecientes a regímenes especializados distintos). (Koskenniemi, Martti, *Fragmentation of International Law, Topic a*), *op. cit.*, nota 35). Según lo establecido en dichas conclusiones, el primer tipo de conflicto se basa en interpretaciones divergentes, adoptadas por dos instituciones internacionales distintas. Visto que el objetivo del grupo de trabajo de la CDI no era pronunciarse sobre los aspectos institucionales de la fragmentación del Derecho internacional, dicho tópico se situaba fuera de su mandato expreso. A pesar de esta afirmación, en sus conclusiones, Koskenniemi le dedica un pequeño apartado, lo que demuestra la importancia de este tema para analizar la “fragmentación” del Derecho internacional.

¹³⁰³ Koskenniemi, Martti y Paivi Leino, *Fragmentation of International Law: Post-modern anxieties*, *op. cit.*, nota 12, p. 561

¹³⁰⁴ Koskenniemi, Martti y Paivi Leino, *Fragmentation of International Law: Post-modern anxieties*, *op. cit.*, nota 12, p. 562

general” (mayoritariamente no escrito) relativa a la posesión de un territorio. Para una de las instituciones (jurisdiccionales), el Estado A habría adquirido de manera válida la parte de un territorio, que según otra institución (jurisdiccional) pertenecería al Estado B. En ausencia de una institución (jurisdiccional) superior que resuelva esta divergencia tanto el Estado A, como el Estado B no podrían tomar medidas oficiales respecto a esta parte del territorio con la certeza de contar con su obligatoriedad respecto a terceros. Un problema similar podría surgir de la interpretación de cualquier otro tipo de normas del “Derecho internacional general” que confieren un estatus jurídico a sus sujetos.¹³⁰⁵

La mayoría de sistemas nacionales resuelven esta problemática en términos jerárquicos, por ejemplo, a través del establecimiento de un mecanismo de apelación, confiado a un Tribunal superior (o supremo) que garantice la seguridad jurídica y la previsibilidad en la interpretación y aplicación del Derecho (general) por parte de las Cortes inferiores. No obstante, la ausencia de jerarquía entre los Tribunales internacionales implica que las divergencias en la interpretación y aplicación del “Derecho internacional general” no puedan ser sometidas a instancias superiores. Si este tipo de conflictos surgen a menudo o se intensifiquen, las únicas soluciones serían de índole normativa o administrativa. En el primer caso, los Estados podrían resolverlos a través de la adopción de nuevas normas de “Derecho internacional general”, y, en el segundo, los mismos Tribunales internacionales podrían coordinar su jurisprudencia para evitar el surgimiento de conflictos similares en los casos futuros.¹³⁰⁶

En el presente trabajo me enfoqué a la “vida” judicial” de una parte del “Derecho internacional general”: los seis principios generales del Derecho que analicé en el capítulo anterior, con el objetivo de determinar si existen divergencias, o al contrario, similitudes en su aplicación e interpretación respectiva.

¹³⁰⁵ Koskenniemi, Martti, *The Fragmentation of International Law*, Topic a): The *lex specialis*..., *op. cit.*, nota 34, p. 2

¹³⁰⁶ Koskenniemi, Martti, *The Fragmentation of International Law*, Topic a): The *lex specialis*..., *op. cit.*, nota 34, p. 2

El análisis de la utilización de los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* y *pacta sunt servanda* en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales, objeto de mi estudio, me permite concluir que no existen divergencias en la aplicación e interpretación judicial de estos principios. Dicho en otros términos, al menos respecto a estos seis principios generales del Derecho, corroboré la ausencia de conflictos de jurisprudencia entre los Tribunales internacionales estudiados. Al contrario, constaté que la aplicación e interpretación jurisprudencial de dichos principios es sumamente coherente y convergente.

La ausencia de conflictos de jurisprudencia sobre estos seis principios básicos y fundamentales del orden jurídico internacional me permite concluir categóricamente que la “judicialización” del Derecho internacional no afecta la coherencia en la interpretación y aplicación de ciertos principios generales del Derecho. La especialización de los Tribunales internacionales no conduce a la aparición de conflictos de jurisprudencia sobre los principios más cardinales y fundamentales del Derecho internacional, como lo son, por ejemplo, los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* o *pacta sunt servanda*. Dichos principios son comunes a todos los Tribunales internacionales y su aplicación e interpretación jurisprudencial no presenta divergencias “idiosincrásicas”, susceptibles de afectar el funcionamiento eficaz del Derecho internacional.

La ausencia de conflictos en la aplicación e interpretación jurisprudencial de estos seis principios generales del Derecho me permite intuir que todos los principios generales del Derecho y los demás componentes del “Derecho internacional general” (principios consuetudinarios, principios generales del Derecho internacional, *ius cogens* etc.) son principios comunes a los Tribunales internacionales. La “judicialización” del Derecho internacional no “atomiza” la interpretación y la aplicación jurisprudencial del “Derecho internacional general”, al menos por el momento. La “idiosincrasia” de los fines y objetivos específicos de los conjuntos normativos especializados en los que operan los Tribunales internacionales no conduce a una “idiosincrasia” en la interpretación y aplicación

jurisprudencial de ciertos principios fundamentales del Derecho internacional. Dicha interpretación y aplicación permanece coherente y común.

Según yo, la presencia de, al menos, un cuerpo normativo común a los Tribunales internacionales constituye una garantía para la coherencia en la “*adjudication*” del Derecho internacional. La “judicialización” del Derecho internacional no suprime la posibilidad de encontrar elementos comunes a los múltiples Tribunales internacionales. Al lado de las “múltiples” normas y de las “múltiples” jurisdicciones internacionales existen “unos” principios generales, comunes cuya aplicación e interpretación no está afectada por la especialización de las normas y de los Tribunales.

La “judicialización” del Derecho internacional responde a las nuevas y constantes necesidades de adaptar el Derecho a los cambios de la Sociedad que regula. De la misma manera que la progresiva ramificación de los órdenes jurídicos nacionales¹³⁰⁷, el desarrollo del fenómeno de “judicialización” en el sistema jurídico internacional responde a las necesidades actuales de la globalización. Pero la construcción de múltiples (y diferentes) normas, acompañadas por la creación de múltiples instituciones y la creciente importancia de múltiples actores en el sistema jurídico internacional no lo condenan al “caos”.

El desarrollo de “lo múltiple” (múltiples normas (especializadas), múltiples Tribunales internacionales (especializados), múltiples organizaciones internacionales, múltiples actores etc.) en el Derecho internacional no genera mayores problemas para su operación estable. “Lo múltiple” responde a los nuevos retos de la Sociedad que dicho Derecho debe organizar. No obstante, como lo señalé anteriormente, el verdadero peligro para el funcionamiento eficaz del sistema jurídico internacional concierne la coherencia de “lo uno”.

En la presente investigación demostré el carácter común de un componente normativo-clave del orden jurídico internacional: los principios generales del Derecho, en particular, los estudiados en el capítulo tres. Este “uno” del Derecho

¹³⁰⁷ Piénsese por ejemplo en el surgimiento de las distintas ramas del Derecho Privado (Mercantil, Laboral etc.) de un tronco común de Derecho Civil. Desde esta perspectiva los especialistas en Derecho Civil muchas veces pretenden que el Derecho Civil es El Derecho general del cual derivan todas las demás normas especializadas del Derecho Privado.

internacional interactúa constantemente con “lo múltiple”, en particular, a través de su interpretación y aplicación por los (múltiples) Tribunales internacionales. Como lo demostré en el presente trabajo, dicha interpretación y aplicación es convergente y constante. Por lo tanto, considero, al menos respecto a los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio, que “lo uno” del Derecho internacional no está perdiendo su coherencia debido a la aparición de lo “múltiple”. La función de “lo uno” consiste en interconectar “lo múltiple”. Este “uno” no se puede “atomizar” porque constituye la base jurídica o el “genoma jurídico” de “lo múltiple”. “Lo múltiple” puede construir sobre “lo uno”, en particular, a través de la “especialización” o “particularización”, pero “lo uno” permanece “incrustado” en “lo múltiple”. De esta manera, el orden jurídico internacional, como todos los órdenes jurídicos internos, traduce la incesante retroalimentación entre “lo uno” y “lo múltiple”, “lo general” (universal) y “lo particular” (“especializado”, “regional” etc.). Como lo afirmó Empédocles en los inicios del desarrollo de la filosofía griega, las cosas tienen un “doble aspecto”: “a veces el uno surge del múltiple; aún en otros casos, lo múltiple nace del uno.”¹³⁰⁸ Este constante movimiento entre “lo uno” y “lo múltiple” es necesariamente “trasversal” porque “lo uno” es contenido en “lo múltiple”.

2. El desarrollo de vínculos informales entre los Tribunales internacionales sobre la base de los principios comunes

Como lo señalé anteriormente, en mi opinión, el principal reto de la “judicialización” del Derecho internacional consiste en la multiplicación de Tribunales internacionales sin vínculos formales entre sí. Por su parte, los principios comunes a las jurisdicciones internacionales les permiten desarrollar entre sí vínculos informales y efectivos. Estos vínculos informales se construyen gracias a las originales formas de comunicación entre los jueces internacionales. A continuación analizaré la existencia de un “diálogo jurisprudencial” sobre los

¹³⁰⁸ Empédocles, en Battisti, Y., *Trois présocratiques*, ed. Gallimard, 2005, pp. 24-25, citado en Delmas-Marty, Mireille, *op. Cit.*, nota 459, p. 2

principios comunes a los Tribunales internacionales **(A)** y me preguntaré ¿cuáles son sus implicaciones para la coordinación entre dichas jurisdicciones? **(B)**

A. La existencia de un “diálogo jurisprudencial” sobre los principios comunes a los Tribunales internacionales

El término diálogo proviene del latín “*diálogos*”: palabra compuesta de *dia* que significa a través de/entre y *logos* que se refiere a lenguaje/discurso. Según su etimología, la palabra “diálogo” significa un discurso entre diferentes personas.

El “noble arte” del diálogo fue inventado por los griegos para marcar una “colaboración” en búsqueda de la verdad. La importancia del diálogo, como vehículo para la expresión del pensamiento fue ilustrada con magnificencia por Platón en sus *Diálogos* con Sócrates.¹³⁰⁹ El diálogo, poderoso “arquitecto del pensamiento”, es, desde entonces, una herramienta para la comunicación en todas las ciencias y artes.¹³¹⁰

En el Derecho, el término “diálogo judicial” es utilizado para nombrar el reciente fenómeno de interacción entre las distintas jurisdicciones, nacionales, internacionales o transnacionales. Este “diálogo de los jueces” ha suscitado una gran atención en la doctrina jurídica en el plano mundial. Como lo afirma Benoît Frydman, “de repente descubrimos que los jueces dialogan y sentimos la necesidad de dialogar nosotros mismos sobre su diálogo”.¹³¹¹ Cabe señalar que los estudios doctrinales acerca del “diálogo judicial” se convierten en importante vehículo para su promoción.¹³¹²

¹³⁰⁹ Castellví Laucamp, Luis, Review of Filippo Fontanelli, Giuseppe Martinico & Paolo Carrozza (eds). *Shaping Rule of Law through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen: Europa Law Publishing, p. 1

¹³¹⁰ Así por ejemplo, en la Medicina el diálogo entre el Médico y el Paciente es una importante herramienta para un diagnóstico correcto.

¹³¹¹ Frydman, Benoît, Le dialogue international des juges et la perspective idéale d’une justice universelle, in *Le dialogue des juges, Actes du colloque du 28 avril 2006*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1

¹³¹² Como lo afirma Guy Canivet, los autores que observan estos intercambios de normas (o “internormatividad” en términos de Jean Carbonnier (Carbonnier, Jean, citado en Delmas-Marty, Mireille, *op. Cit.*, nota 459) y/o jurisprudencias, los comentan, los racionalizan, tratan de desentrañar su lógica y los erigen en un sistema. Las investigaciones que estos autores llevan a cabo evidencian las interacciones judiciales y al mismo tiempo los refuerzan. (Canivet, Guy,

El “diálogo entre jueces” o “diálogo judicial” se relaciona estrechamente con el ejercicio mismo de la función judicial. En efecto, la colegialidad en la mayoría de las jurisdicciones implica la deliberación (secreta o pública) previamente a la adopción de las sentencias. Además, el “diálogo” está presente en el debate contradictorio con las partes en un litigio (y/o sus representantes legales) y, desde un punto de vista más general, en la retórica jurídica a la que los jueces recurren para fundamentar sus sentencias.¹³¹³

Según Allard y Garapon, el “diálogo judicial” constituye “una práctica en la que los jueces toman la iniciativa de consultar decisiones extranjeras (...) o elaboran una especie de costumbre judicial para llenar las lagunas del Derecho positivo”.¹³¹⁴ En la opinión de Allard, “el concepto de “diálogo entre los jueces” designa al intercambio de argumentos, de interpretaciones y de soluciones jurídicas entre magistrados. Dicho diálogo simboliza las relaciones que pueden mantener los jueces de diferentes jurisdicciones (...).”¹³¹⁵ Para Jean du Bois de Gaudusson, el “diálogo entre los jueces designa una realidad que resulta del intercambio de jurisprudencias y de Derechos en la que los jueces (...) toman en cuenta, libremente, normas o jurisprudencias que les son exteriores y no directamente aplicables. El diálogo se vuelve el encuentro de un juez con una jurisprudencia o con un Derecho extra-nacional, internacional o extranjero.”¹³¹⁶

Estas diferentes definiciones doctrinales del “diálogo judicial” resaltan algunas de sus características principales. En primer lugar, se trata de un diálogo “espontáneo”, visto que no existe ninguna obligación para el juez de utilizar este modo de comunicación. Nada obliga a los jueces a basar su sentencia en los antecedentes del mismo problema jurídico, encontrados en la jurisprudencia de

Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la b n volance des juges, *Revue de science criminelle*, 2005, p. 799).

¹³¹³ Potvin-Solis, Laurence, Le dialogue entre les juges en Europe, in *Le dialogue entre les juges européens ou nationaux, incantation ou réalité*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 19 y s., citado en Stelzig-Caron, Slovia, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, Thèse de l’Université de Grenoble, soutenue le 9 juin 2011, p. 16

¹³¹⁴ Allard, Julie y Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation – la nouvelle révolution du droit*, ed. Le Seuil, 2005, p. 14, citado en Stelzig-Caron, Slovia, *op. Cit.*, nota 1313, p. 17

¹³¹⁵ Allard, Julie in *Le Dialogue des juges, colloque...*, *op. Cit.*, nota 1314, p. 77

¹³¹⁶ Du Bois de Gaudusson, Jean, La complexité de la participation des Cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges, *Petites affiches*, 4 juin 2008 n 112, p. 22, citado en Stelzig-Caron, Slovia, *op. Cit.*, nota 1313, p. 17

otros Tribunales. Desde esta perspectiva, el “diálogo judicial” es una práctica libre, en su mayoría informal y no-institucionalizada.¹³¹⁷

Por lo tanto, el “diálogo judicial” debe distinguirse de las distintas formas de reuniones directas (o *face-to-face*) entre los jueces nacionales o internacionales. Dichas reuniones suelen ser institucionalizadas y periódicas y consisten en un intercambio de ideas o una discusión sobre algunos asuntos relacionados con el ejercicio de la función judicial, interna o internacional. Como un ejemplo de dichas reuniones podemos citar la reunión de los jueces de las Cortes constitucionales europeas en un Congreso formal cada tres años, la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional en el ámbito iberoamericano o la Conferencia Mundial sobre Justicia Constitucional que une a los miembros de Tribunales constitucionales de todo el mundo¹³¹⁸. Al lado de estas reuniones *face-to-face* institucionalizadas existen otros encuentros directos entre los jueces, fuera del contexto institucional. Así por ejemplo, los jueces del TJUE y de la CEDH se visitan con regularidad, generalmente una vez al año.¹³¹⁹ En el mismo sentido, los miembros de las numerosas jurisdicciones internacionales que tienen su sede en la Haya tendrían la costumbre de reunirse muy seguido en un famoso restaurante de la ciudad.¹³²⁰

Todas estas reuniones formales entre los jueces internacionales forman parte de un “diálogo explícito o institucional” entre Tribunales. La globalización de los problemas jurídicos y la necesidad de coordinación y cooperación entre los jueces en diversos ámbitos de la impartición de la justicia debería volver el desarrollo de estas “redes institucionales dialógicas” una costumbre. Los intercambios *face-to-face* entre los jueces (nacionales, internacionales o transnacionales) sin duda mejorarían la calidad de la resolución de los litigios y evitarían los efectos negativos de los conflictos (de competencia y/o

¹³¹⁷ Frydman, Benoît, *op. Cit.*, nota 1311, p. 10

¹³¹⁸ Para más detalles sobre las reuniones “*face-to-face*” entre los Tribunales internacionales y su necesidad ver: Orrù, Romano, *Informal Judicial Cross-Fertilization and the System of Conferences Between Constitutional Courts and Equivalent Bodies*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/12/206.pdf>;

¹³¹⁹ Frydman, Benoît, *op. Cit.*, nota 1311, p. 4

¹³²⁰ Dichas reuniones parecen recordarnos a las *Inns of Court* (albergues del Tribunal) inglesas. Las *Inns of Court* eran un lugar en el que los jóvenes juristas ingleses podían recibir una formación jurídica y cultural, al entrar en contacto con juristas más experimentados.

jurisprudencia) entre Tribunales, internos o internacionales. Pero mientras que estas reuniones formales no tomen más importancia, los jueces seguirán utilizando los recursos- no menos efectivos -del “diálogo judicial informal” (y a veces oculto).

Este “diálogo judicial informal” es susceptible de operar en distintos niveles y revestir varias formas. Así por ejemplo, el diálogo puede realizarse entre jueces pertenecientes a una misma jurisdicción. De la misma manera, podría tratarse de un diálogo entre jurisdicciones diferentes pero pertenecientes a un mismo orden judicial (por ejemplo entre jurisdicciones penales, administrativas etc.). Finalmente, también puede tratarse de un diálogo judicial “transfronterizo” (*transnational judicial dialogue* o *transjudicialism* para utilizar los términos de la doctrina estadounidense)¹³²¹ entre jueces que operan en diferentes órdenes jurídicos internos. Según Melissa Waters, el diálogo judicial transfronterizo constituye una “red informal de Cortes internas” de todo el mundo que interactúan entre sí y se comprometen en un diálogo complejo sobre numerosos temas.¹³²² Así por ejemplo, un juez francés puede dialogar con un juez del Zimbabwe o vice-versa. Un ejemplo histórico de este tipo de diálogo judicial son las múltiples citaciones a las Cortes inglesas por parte de los demás Tribunales pertenecientes a la *Commonwealth*.¹³²³ Un ejemplo de actualidad de este tipo de diálogo puede ser hallado en el desarrollo de una interacción judicial entre varias Cortes constitucionales trasnacionales sobre el tema de la pena de muerte.¹³²⁴

El primer criterio que distingue a los distintos tipos de “diálogo judicial” es el geográfico. El diálogo judicial puede ser nacional (entre jurisdicciones pertenecientes a un mismo sistema jurídico), tras-nacional (entre jurisdicciones de diversos órdenes jurídicos) o internacional (entre jurisdicciones internacionales

¹³²¹ Por ejemplo: Slaughter, Anne-Marie, A Typology of Transjudicial Communication, *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, 1995, p. 111; Waters, Melissa, Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law, *Georgetown Law Journal*, Vol. 93, 2005, p. 490

¹³²² Waters, Melissa, *op. cit.*, nota 1321, p. 490

¹³²³ Waters, Melissa, *op. cit.*, nota 1321, p. 489

¹³²⁴ Para más detalles sobre el “diálogo judicial” en materia de pena de muerte ver Delmas-Marty, Mireille, *op. Cit.*, nota 459, pp. 27 s.

únicamente).¹³²⁵ El segundo criterio utilizado para distinguir a los distintos tipos de diálogo judicial es de naturaleza “funcional”. Desde esta perspectiva, se habla de “diálogo horizontal” y de “diálogo vertical”. Por diálogo horizontal se entendería el diálogo que ocurre entre jurisdicciones situadas en el mismo nivel jerárquico (por ejemplo entre dos Tribunales de las entidades federativas en un sistema federal) y el vertical comprendería la hipótesis de diálogo entre una Corte jerárquicamente inferior y otra superior (o su *alter ego* para utilizar el término de Benoît Frydman¹³²⁶, por ejemplo un diálogo entre la Corte Suprema y los Tribunales inferiores en un sistema federal).¹³²⁷ Para Anne-Marie Slaughter, desde el punto de vista funcional existe un diálogo mixto, que combina el horizontal y el vertical. En el “diálogo mixto” los Tribunales inferiores podrían dialogar con la jurisdicción superior y al mismo tiempo, la jurisdicción superior podría comunicarse con las Cortes inferiores. Como ejemplo de este tipo de diálogo la autora cita la comunicación existente entre la CEDH y las Cortes nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa.¹³²⁸ Finalmente, utilizando un criterio temporal, François Ost evoca la existencia de un diálogo histórico de los jueces en el tiempo, por ejemplo cuando reafirman o cuestionan una sentencia adoptada con anterioridad por otra jurisdicción.¹³²⁹

Las modalidades del diálogo también son varias. En primer lugar, cabe señalar la existencia de modalidades normativizadas del “diálogo judicial”. Así por ejemplo, en el ámbito de la UE (y de otras integraciones regionales¹³³⁰) existe un mecanismo específico que vuelve obligatorio el diálogo entre los jueces nacionales y el TJUE. La cuestión prejudicial establecida por el Tratado sobre la UE crea vínculos formales, al prever la posibilidad para los Tribunales nacionales a

¹³²⁵ Stelzig-Caron, Slovia, *op. Cit.*, nota 1313, p. 20

¹³²⁶ Frydman, Benoît, *op. Cit.*, nota 1311

¹³²⁷ *Idem*

¹³²⁸ Slaughter, Anne-Marie, *op. cit.*, nota 1321, p. 111

¹³²⁹ *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, *op.cit.* p. 131.

¹³³⁰ Por ejemplo, la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

suspender un procedimiento contencioso para someter una cuestión de Derecho comunitario al juez de la UE.¹³³¹

Finalmente, una tercera modalidad del diálogo judicial son las “referencias cruzadas” (*cross-references, citations/références croisées*) entre Tribunales. Dichas referencias constituyen la citación por parte de una jurisdicción de una(s) sentencia(s) o jurisprudencia(s) de otro Tribunal, nacional, extranjero o internacional. Desde esta perspectiva, las “referencias cruzadas” acercan el “diálogo entre los jueces” a un “diálogo entre las sentencias” o “diálogo jurisprudencial”. Según Slaughter, este tipo de comunicación informal puede ser vista como un “monólogo” o como un “diálogo intermedio”. Según esta autora, la utilización de “referencias cruzadas” es “mono-lógica” si la Corte cuyas sentencias son referenciadas por otro Tribunal no es un participante activo y consciente de una conversación en curso. En cambio, dichas referencias podrían dar lugar a un diálogo intermedio si la jurisdicción citada es partícipe deliberado de un intercambio intelectual y jurisprudencial y es consciente de la influencia que puede producir su jurisprudencia sobre los demás intervinientes en el diálogo.¹³³²

Las “referencias cruzadas” suelen ser expresas: un Tribunal internacional cita una o varias sentencias de otro juez al señalar en el cuerpo de su decisión (o en las notas al pie de página) su fuente directa. No obstante, el diálogo judicial también puede basarse en “referencias cruzadas” ocultas o “clandestinas”¹³³³. Como lo afirma Benoît Frydman, dichas referencias logran ser descubiertas sólo a través de una lectura (o de un “arte de la lectura”) detallada y suspicaz, casi entre las líneas. A través de una lectura de este tipo puede constatarse que una jurisdicción se ha inspirado de la sentencia de otro Tribunal o incluso ha adoptado o copiado su razonamiento y/o los términos empleados.¹³³⁴ En este sentido, las “referencias cruzadas”, expresas o tácitas, constituyen “influencias cruzadas” (*cross-influences, influences croisées*) que crean vínculos funcionales,

¹³³¹ Para más detalles sobre el procedimiento de la cuestión prejudicial y sus implicaciones para la integración regional europea, ver: Dubois, Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, ed. Dalloz, 2001; Slaughter, Anne-Marie, *Judicial Globalization*, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 1999, p. 1103

¹³³² Slaughter, Anne-Marie, *A Typology...*, *op. cit.*, nota 1321, pp. 112-113

¹³³³ Frydman, Benoît, *op. Cit.*, nota 1311, p. 6

¹³³⁴ *Idem*

intelectuales y sobre todo jurisprudenciales entre los Tribunales que recurren a esta práctica.¹³³⁵ Se trata de “influencias bi-direccionales” a la imagen de un verdadero diálogo. El Tribunal que utiliza una “referencia cruzada” no se limita a su recepción. Muchas veces dicho Tribunal opera una modificación de la referencia para sus propósitos jurisprudenciales o interpretativos propios. Por su parte, esta re-utilización de una referencia puede influenciar su autor directo y, de esta manera, se operaría una “fertilización o “polinización cruzada” (*cross-fertilization*) entre las dos o más jurisdicciones involucradas en el diálogo.¹³³⁶

En el presente trabajo demostré la existencia de varias “referencias cruzadas” sobre los principios generales del Derecho, analizados en el capítulo anterior. Desde mi perspectiva, dichas referencias indudablemente demuestran la existencia de un “diálogo judicial o jurisprudencial” entre las jurisdicciones internacionales que estudié en el presente trabajo. Según el criterio geográfico se trata de un “diálogo jurisprudencial” internacional, es decir un diálogo que se desarrolla únicamente entre Tribunales internacionales. Desde un punto de vista funcional, dicho diálogo no puede ser más que horizontal debido a la ausencia de todo tipo de organización jerárquica entre las jurisdicciones internacionales. Finalmente, cabe destacar que dicho diálogo permite aprehender la existencia o el surgimiento de una doctrina de precedentes o *stare decisis* en el ámbito de los mecanismos internacionales de impartición de justicia.¹³³⁷

La utilización de “referencias cruzadas” sobre los principios comunes examinados en la presente investigación se reveló ser una práctica constante para los Tribunales internacionales. No obstante, el análisis que llevé a cabo en el capítulo anterior demuestra que el recurso a “referencias cruzadas” sobre los principios generales del Derecho es una práctica desigual y compleja. La cantidad de las “referencias cruzadas” varía de una jurisdicción a otra. Además, la jurisprudencia de los Tribunales internacionales no es referenciada de la misma

¹³³⁵ Ch Janet, Christine, Les influences croisées entre les juridictions nationales et les juridictions internationales, *Les Cahiers de droit*, vol. 51, 2010, p. 225

¹³³⁶ L'Heureux-Dubré, Claire, The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of Rehnquist Court, *Tulsa Law Journal*, vol. 34, 1998, p. 15, citado en Waters, Melissa, *op. cit.*, nota 1314, p. 493

¹³³⁷ En este sentido, ver Miller, Nathan, *op. Cit.*, nota 744

manera. Existen jurisdicciones cuyas sentencias sobre los principios comunes son más citadas que las de otras. Finalmente, las “referencias cruzadas” entre las jurisdicciones internacionales son más intensas sobre algunos principios comunes y menos frecuentes sobre otros.

Para poder analizar el “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes cabe recordar sus premisas. En el presente trabajo resalté varias “referencias cruzadas” sobre los principios generales del Derecho, objeto de la investigación. Dichas referencias son sintetizadas en las siguientes tablas:

1) “Referencias cruzadas” sobre el principio *compétence de la compétence*

Tribunal internacional	Caso	“Referencias cruzadas” a otro Tribunal internacional	Caso citado
TIDM	<i>Grand Prince</i>	CIJ	<i>Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council</i>
ORD de la OMC	<i>US-Antidumping Act of 1916</i>	CIJ	<i>Administración del Príncipe Von Pless; Anglo-Iranian Oil Co.; Algunas deudas noruegas; Interhandel</i>
CIDH	<i>Fleury y otros c. Panamá</i>	CIJ	<i>Actividades militares y paramilitares en Nicaragua; Competencia en materia de pesquerías; Ensayos nucleares; Plataforma continental del mar Egeo; Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán</i>
TPIY	<i>Tadic</i>	CIJ	<i>Nottebohm; Efecto de las sentencias del</i>

			Tribunal administrativa de la ONU
--	--	--	-----------------------------------

2) “Referencias cruzadas” sobre el principio *Nemo iudex in causa sua*

Tribunal internacional	Caso	“Referencia cruzada” a otro Tribunal internacional	Caso citado
CIDH	<i>Herrera Uloa</i>	CEDH	<i>Morris y Pabla KY</i>
	<i>Aptiz Barbera</i>	CEDH	<i>Pullar; Fey; Daktaras; Piersack</i>
TPIY	<i>Furundzija</i>	CEDH	<i>Piersack (referencia implícita)</i>
	<i>Celebici</i>	CEDH	<i>Piersack (referencia implícita)</i>
TPIR	<i>Rutaganda</i>	TPIY	<i>Acayesu; Furundzija; Celebici</i>
	<i>Renzaho</i>	TPIY	<i>Furundzija, Celebici, Tadic</i>

3) “Referencias cruzadas” sobre el principio *lura novit curia*

Tribunal internacional	Caso	“Referencia cruzada” a otro Tribunal internacional	Caso citado
CIDH	<i>Velázquez Rodríguez</i>	CPJI	<i>Lotus</i>
		CEDH	<i>Handsyde</i>
	<i>Gódinez Cruz</i>	CPJI	<i>Lotus</i>
		CEDH	<i>Handsyde</i>

4) No se han constatado “referencias cruzadas” sobre el principio de *Res iudicata*

5) “Referencias cruzadas” sobre el principio de *estoppel*

Tribunal internacional	Caso	“Referencias cruzada” a otro Tribunal internacional	Caso citado
CIDH	<i>Acevedo Jaramillo</i>	CEDH	<i>Vagrancy, Vagrancy, Artico, Tuquabo-Tekle y Mizzi</i>
		CIJ	<i>Pruebas Nucleares,</i>

			<i>Templo de Preah Vihear y Disputa Territorial entre Libia y Chad</i>
TIDM	<i>Frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar</i>	CIJ	<i>Plataforma continental en el Mar del Norte y Delimitación de la frontera marítima en el Golfo de Maine</i>

6) “Referencias cruzadas” sobre el principio *pacta sunt servanda*

Tribunal internacional	Caso	“Referencias cruzadas” a otro Tribunal internacional	Caso citado
CIDH	<i>Radilla Pacheco</i>	CIJ/CPJI	<i>Camerún del Norte (CIJ); Zonas francas de la Alta Savoie y del Distrito de Gex (CPJI)</i>
ORD de la OMC	<i>Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos</i>	CIJ	<i>Conflictos armados fronterizos y trasfronterizos; Derechos de los nacionales estadounidenses en Marruecos; Competencia en materia de Pesquerías (Inglaterra c. Noruega)</i>

Las “referencias cruzadas” son un instrumento a través del cual los jueces internacionales interactúan entre sí sobre la interpretación y aplicación de los principios comunes. Como lo mencioné anteriormente, dichas referencias son informales y a veces implícitas. Por consecuencia, no existen reglas claras que expliquen el funcionamiento del “diálogo jurisprudencial” sobre los principios comunes a los Tribunales internacionales. Su desarrollo se basa en una serie de “no-dichos” y “presunciones”. Toda la importancia de la tarea del intérprete

consiste, precisamente, en desarrollar una especie de “arte de la lectura” (“*art de la lecture*”¹³³⁸), susceptible de leer entre las líneas para descubrir los rasgos dominantes y/o las intenciones ocultas de este diálogo. Como lo afirma Romano, para determinar el “cómo” y el “porqué” de las “referencias cruzadas” hay que buscar las claves que “descifren” el “diálogo jurisprudencial” informal entre los Tribunales internacionales.¹³³⁹

En el presente trabajo trataré de “descifrar” el constatado “diálogo jurisprudencial” sobre seis principios generales del Derecho- principios comunes a los Tribunales internacionales- con el objetivo de determinar su importancia e implicaciones para la conformación de vínculos informales entre los Tribunales internacionales.

B. La coordinación informal de los Tribunales internacionales por medio del “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes

La primera pregunta que utilizaré para determinar cómo se coordinan los Tribunales internacionales por medio del “diálogo jurisprudencial” sobre “principios comunes” es relativa al lugar que ocupa cada jurisdicción en esta forma particular de comunicación. ¿Quién cita a quién? ¿Cuáles son los Tribunales internacionales más citados y los que citan más a sus “colegas” sobre la interpretación y la aplicación de los principios comunes? ¿Es la jurisprudencia de ciertos Tribunales internacionales considerada como más importante (o la más importante) para determinar la existencia, el contenido normativo y/o los alcances de los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio?

Del análisis que desarrollé en el Capítulo tres y de las tablas sinópticas que sintetizan las “referencias cruzadas” sobre principios comunes queda claro que la jurisdicción internacional más citada es la CIJ. Sobre los seis principios que estudié es posible constatar más de diez “referencias cruzadas” a sentencias de la CIJ por parte de los demás Tribunales internacionales. Todas las jurisdicciones

¹³³⁸ Frydman, Benoît, *op. Cit.*, nota 1311, p.

¹³³⁹ Romano, Cesare, *Deciphering...*, *op. cit.*, nota 350

internacionales (con la única excepción de la CEDH) se refieren con frecuencia a la jurisprudencia de la CIJ cuando se trata de aplicar comúnmente principios generales del Derecho. Correlativamente, los datos obtenidos resaltan el hecho de que, en las sentencias analizadas no se han señalado “referencias cruzadas” por parte de la CIJ. Cuando aplica principios generales del Derecho, la CIJ no cita a otras jurisprudencias internacionales, distintas de la suya propia. Esta característica indudable del “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes podría resumirse de la siguiente manera: todos citan a la CIJ y, al mismo tiempo, la CIJ no cita a nadie sobre la aplicación e interpretación de los seis principios generales del Derecho, estudiados en el capítulo anterior.

Por lo tanto, puedo decir que el “diálogo jurisprudencial” sobre estos “principios comunes” sugiere (informal e implícitamente) la existencia de una particular autoridad de la jurisprudencia de la CIJ respecto a la aplicación e interpretación de dichos principios. La jurisprudencia del “principal órgano judicial de la ONU” en la materia constituye el “referente común de base” al que recurren todos los Tribunales internacionales para aplicar e interpretar de manera convergente estos principios.

Esta constatación me permite sostener que el “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes manifiesta la preeminencia de la jurisprudencia de la CIJ en la materia. Las sentencias de la primera jurisdicción internacional permanente, con competencia universal *ratione materiae*, parecen orientar la aplicación e interpretación de dichos principios por parte de los demás Tribunales internacionales. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia de la CIJ sobre los seis principios generales del Derecho, objeto de mi estudio, constituye un importante “homogeneizador” para su aplicación e interpretación en las sentencias de los demás órganos judiciales internacionales. El entendimiento común acerca de la existencia, el contenido normativo y el alcance de dichos principios es, en gran medida, debido a la existencia de una fuente común de dicho entendimiento: la jurisprudencia de la CIJ “cruzadamente referenciada” por parte de las demás jurisdicciones internacionales. Otros estudios en la materia podrían determinar si esta constatación es igualmente válida para el resto del “Derecho internacional

general” (por ejemplo para la costumbre, el Derecho de los Tratados o el *ius cogens*). Las premisas que puedo deducir de la presente investigación parecen indicar hacia la afirmativa.

Los vínculos informales que se construyen por el diálogo jurisprudencial sobre estos principios generales del Derecho parecen coordinarse de lo general a lo especializado (o particular): de la jurisprudencia de la CIJ a la de las demás jurisdicciones internacionales.

Además, esta constatación es corroborada por las insipiencias del “diálogo jurisprudencial” “inverso” sobre principios comunes: de lo especializado hacia lo general. Como lo señalé anteriormente, la CIJ raras veces recurre a “referencias cruzadas” sobre la jurisprudencia de Tribunales internacionales especializados. La única “referencia cruzada” de la CIJ hacia un Tribunal internacional especializado que constaté en el presente trabajo fue la citación de la jurisprudencia de una de las jurisdicciones penales internacionales. En el caso *Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio*, la CIJ se refirió a la solución adoptada por el TPIY en el caso *Tadic* para determinar el nivel de “control” exigido para el establecimiento de la responsabilidad internacional de un Estado.

En tercer lugar, respecto a la comunicación de los Tribunales internacionales sobre los seis principios generales del Derecho que estudié en el presente trabajo, cabe resaltar la flagrante ausencia de “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de las jurisdicciones nacionales en la materia. Los Tribunales internos no son partícipes en el “diálogo jurisprudencial” entre los Tribunales internacionales sobre estos principios generales del Derecho.

No obstante, es de estimarse que en materia del “diálogo jurisprudencial” sobre estos principios generales del Derecho: principios originados en los Derechos internos de las “naciones civilizadas”, la ausencia de “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de los jueces internos es criticable. En efecto, la propia naturaleza de los principios generales del Derecho milita a favor de un diálogo entre los Tribunales internacionales y los Tribunales internos acerca de la “vida jurisprudencial” de dichos principios.

Ahora cabe regresar a otra pregunta importante respecto a la coordinación informal de los Tribunales internacionales en el “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes. ¿Si la CIJ es la jurisdicción más citada, entonces cuál es su contraparte, o el Tribunal que cita más sentencias adoptadas por otros jueces internacionales en los casos de interpretación y aplicación de los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio? De los datos que obtuve en el capítulo tres se desprende una respuesta muy evidente a esta pregunta.

La CIDH es sin duda el Tribunal internacional que utiliza más “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de “otros”. Sus interlocutores predilectos son la CEDH y la CIJ. En efecto, en la casi totalidad de casos de aplicación de principios generales del Derecho que analicé previamente, la CIDH citó al menos una sentencia (muchas veces dos o más) de la CIJ y de su “homóloga” europea. No obstante, según yo, esto no significa que la CIDH se auto-percibe como inferior o sometida a la autoridad jurisdiccional de la CEDH o de la CIJ. Claro que hay autores que critican este uso sistemático de “decisiones ajenas” en la jurisprudencia de la CIDH, estimando que dichas citaciones debilitan el apoyo político hacia la Corte.¹³⁴⁰ Ahora bien, para descifrar la “deferencia” sistemática de la CIDH a jurisprudencia “ajena” hay que determinar cuál es el valor de una “referencia cruzada”. ¿Por qué la CIDH considera tan importante incluir en sus sentencias abundantes citaciones sobre la manera en la que otros jueces internacionales, en particular, la CEDH y la CIJ, aplican e interpretan estos seis principios generales del Derecho, necesarios para el ejercicio de su propia función judicial?

Dicho en otros términos, cabe preguntarse ¿cuál es el objetivo del “diálogo jurisprudencial internacional” sobre principios comunes? ¿Por qué todas las jurisdicciones internacionales recurren a “referencias cruzadas” cuando se trata de aplicar los principios generales del Derecho, objeto de la investigación? ¿Cuál es

¹³⁴⁰ Neuman, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 101, citado en Voeten, Eric, *Borrowing and No-borrowing between International Courts*, disponible en http://ducis.jhfc.duke.edu/wp-content/uploads/2009/02/voeten2009_0226.pdf

la función de dichas referencias en relación con el ejercicio de la función judicial por parte de los jueces internacionales?

En primer lugar, cabe recordar que “las referencias cruzadas” a la jurisprudencia de otros Tribunales internacionales son un método importante para demostrar la existencia de un determinado principio general del Derecho en el ámbito internacional. Como lo señalé en el Capítulo dos, en la mayoría de los casos, los Tribunales internacionales omiten llevar a cabo un análisis comparativo sobre la existencia de los principios generales del Derecho y prefieren simplemente referirse a la ya desarrollada práctica jurisprudencial internacional en la materia. Desde esta perspectiva, las “referencias cruzadas” sobre principios comunes no harían más que subrayar su existencia en el Derecho internacional y su relevancia para la resolución de una controversia particular.

En segundo lugar, el análisis que desarrollé en el capítulo anterior muestra que los Tribunales internacionales utilizan las “referencias cruzadas” sobre “principios comunes” como un argumento que corrobore los fundamentos jurídicos de la sentencia adoptada. De los casos analizados se deduce que ninguna jurisdicción internacional (ni siquiera la CIDH) utiliza dichas referencias como el único o exclusivo fundamento de una sentencia. Ninguna jurisdicción internacional podría decidir su caso por simple aplicación de la *ratio decidendi* de una sentencia adoptada por otro Tribunal internacional, sin así “delegar” su función jurisdiccional. De la misma manera, ningún Tribunal podría basar su razonamiento exclusivamente en un argumento *at simili* (por analogía) a la sentencia de otro juez internacional, sin así admitir la aplicación de una regla del precedente (*stare decisis*) en el ámbito del Derecho internacional. Lejos de ser un “argumento de autoridad” que imponga una solución jurídica u otra, una “referencia cruzada” sobre la aplicación de un principio general del Derecho, se asemeja a un “argumento de persuasión” (dotado de una “autoridad persuasiva” o *persuasive authority*).

Siguiendo en esto a Benoît Frydman, puedo afirmar que el término autoridad persuasiva se refiere a la noción política de poder. En este sentido, la “autoridad” marca una consideración particular que acordamos a una opinión, en

razón de la posición de su autor, de su prestigio, experiencia(s) o competencia(s). En otros términos, considerar la “autoridad de persuasión” de un argumento consiste en sostener su valor convincente o probatorio que tiene un “peso” aún más importante porque es invocado por la “buena persona”.¹³⁴¹ Desde esta perspectiva, las “referencias cruzadas” son un “*coup de chapeau*” a la jurisdicción que adoptó la sentencia citada¹³⁴². Este “*coup de chapeau*” consiste en reconocer el otro y reconocerse en el otro.¹³⁴³ El juez reconoce a la decisión de otro juez una “autoridad persuasiva” cuando admite su valor argumentativo intrínseco y acuerda al juez que la adoptó un crédito importante. La toma de posición por parte de otro Tribunal internacional constituye un elemento que las demás jurisdicciones internacionales deben “tomar en cuenta” y no pueden “descartar a la ligera”.¹³⁴⁴

En el ámbito interno, los jueces no dependen tanto de la “autoridad persuasiva” de sus sentencias, visto que disponen, además, de una “autoridad coercitiva”. Dicho en otros términos, aunque la sentencia de un juez nacional no logre convencer a su “auditorio”, dicha sentencia podrá ser cumplida forzosamente por las autoridades públicas. No obstante, la “autoridad persuasiva” cobra una particular relevancia en el ámbito internacional. En efecto, la mayoría de los Tribunales internacionales no cuentan con un mecanismo de ejecución forzosa de sus sentencias.¹³⁴⁵ Esta falta de coerción de las sentencias judiciales internacionales se relaciona con la ausencia de un Poder ejecutivo unitario en el orden jurídico internacional. Los jueces internacionales, aún más que los jueces internos, necesitan convencer a su “auditorio” y por esto recurren con mucha frecuencia a “referencias cruzadas” a las sentencias de otros Tribunales internacionales como una plus-valía a la “autoridad persuasiva” de las suyas propias.

Regresando a mis constataciones respecto a la CIDH, puedo concluir que dicha jurisdicción recurre a tantas “referencias cruzadas” en su jurisprudencia sobre los seis principios generales del Derecho que analicé en el capítulo anterior,

¹³⁴¹ Frydman, Benoît, *op. Cit.*, nota 1311, p. 8

¹³⁴² *Ibidem*, p. 11

¹³⁴³ *Idem*

¹³⁴⁴ *Idem*

¹³⁴⁵ Slaughter, Anne-Marie, *op. Cit.*, nota 1321, pp. 124-125

precisamente porque quiere mostrar que “toma en cuenta” las sentencias de la CIDH y de la CIJ en la materia. Jurisdicción mucho más joven que su “homóloga europea” y aún más joven en comparación con la CIJ, la CIDH utiliza “argumentos de persuasión” para mostrar su particular “receptividad” a la jurisprudencia de las demás jurisdicciones internacionales sobre la aplicación e interpretación de estos principios generales del Derecho. La estrategia consiste en proclamar “alto y fuerte” el “parentesco” que la une con las demás jurisdicciones, en particular con la CEDH y así lograr incrementar su propia legitimidad.¹³⁴⁶ Dicho en otros términos, el peso acordado a la jurisprudencia de la CEDH y de la CIJ permite a la CIDH subrayar la legitimidad de las sentencias de las otras jurisdicciones internacionales y, de esta manera, convencer también acerca de la legitimidad de su propia jurisprudencia.

En este sentido, cabe señalar que los principios generales del Derecho, aplicables en los litigios de protección de los derechos humanos son un terreno particularmente fértil para el desarrollo de un “diálogo jurisprudencial” no sólo internacional sino también transnacional. La influencia de la CEDH en el diálogo más general sobre protección de los derechos humanos es de particular importancia.¹³⁴⁷

¹³⁴⁶ Frydman, Benoît, *op. Cit.*, nota 1311, p. 11

¹³⁴⁷ En efecto, las sentencias de la CEDH no son citadas con frecuencia sólo por parte de la CIDH. Como fue señalado anteriormente, la CEDH es una de los Cortes supranacionales más activas en el plano global con un acervo jurisprudencial muy abundante. Al lograr transformar la Convención europea de derechos humanos en un “instrumento constitucional del orden público europeo en materia de derechos humanos”, (CEDH, *Loizidou c. Turquía*) la CEDH se ha convertido en una especie de Corte mundial de derechos humanos (*world court of human rights*). (Atanasio, John, Rapporteur’s Overview and Conclusions: of Sovereignty, Globalization and Courts in Franck, Thomas y Gregory Fox (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, 1996, pp. 373, 383, citado en Slaughter, Anne-Marie, *Judicial Globalization...*, *op. cit.*, nota 1331, p. 1110) En efecto, dicha jurisdicción es “referenciada” con frecuencia, en primer lugar, por parte de los Tribunales internos de los países miembros del Consejo de Europa. (Para un análisis más detallado del diálogo judicial sobre derechos humanos que se desarrolla en Europa entre la CEDH y los Tribunales internos de los países sujetos a su jurisdicción ver Slaughter, Anne-Marie, *Judicial Globalization...*, *op. Cit.*, nota 1331, pp. 1110 y s.) Además, muchos otros Tribunales internos de países no-europeos utilizan “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CEDH en controversias nacionales relativas a la protección de los derechos humanos. Así por ejemplo el *Privy Council* Británico pero también las Supremas Cortes de Zimbabue, de Sudáfrica o de Jamaica citan la jurisprudencia de la CEDH en materia de prohibición de la pena de muerte o de prevención de la tortura. (Para un estudio más detallado de estos casos ver Slaughter, Anne-Marie, *Judicial Globalization...**op. Cit.*, nota 1331, p. 1110 En segundo lugar, una importante “deferencia” a la jurisprudencia de la Corte es marcada por parte de los otros órganos y Tribunales internacionales

Las citas a la jurisprudencia de otros Tribunales internacionales sobre principios comunes (o sobre derechos humanos) manifiesta así la voluntad de los jueces de “dialogar” sobre problemas jurídicos globales. En efecto, al utilizar “referencias cruzadas”, los jueces internacionales refuerzan su propia jurisprudencia y demuestran su potencial de “trabajar en equipo”. A través de los intercambios intelectuales que la utilización de dichas referencias produce se logra la influencia recíproca, la “fertilización cruzada” (*cross-fertilization*¹³⁴⁸) o la “aculturación” mutua (*mutual acculturation*¹³⁴⁹) entre los Tribunales internacionales. Dicha influencia permite la libre circulación de ideas y su “diseminación” por la vía judicial alrededor del mundo. Además, dicha influencia coordina la actividad jurisprudencial de los Tribunales internacionales, de manera informal, pero muy efectiva.

Regresando a los datos obtenidos respecto a la citación por parte de las jurisdicciones internacionales de sentencias de otros jueces sobre la aplicación e interpretación de ciertos principios generales del Derecho, cabe resaltar que dicha citación es vuelta explícita en la mayoría de los casos. En los casos analizados previamente pude observar la presencia de “referencias cruzadas” sobre los principios comunes en el cuerpo mismo de la sentencia o, en casos menos frecuentes, en las notas al pie de página. ¿Por qué los jueces internacionales deciden volver (tan) aparentes las “referencias cruzadas”?

Definitivamente la explicitación de las referencias obedece a un “cálculo” por parte de los Tribunales internacionales. Dicho cálculo demuestra la convicción por parte del juez que cita (o “juez oyente”¹³⁵⁰) de que dicha citación va a ser “útil” a sus propósitos demostrativos. Como atinadamente lo señala Slaughter, esta utilidad se refiere a la evidencia de “apoyo” por parte de otro Tribunal acerca de la

competentes en materia de derechos humanos. En efecto, no sólo la CIDH sino también el Comité para los derechos humanos de la ONU cita con frecuencia la jurisprudencia de la Corte europea. (Slaughter, Anne-Marie, *Judicial Globalization...*, op. cit., nota 1331, p. 1110). Todas estas “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CEDH demuestran la voluntad de las Cortes, tanto internas, como internacionales de mostrar su compromiso en una empresa judicial común: la protección de los derechos humanos en el plano global.

¹³⁴⁸ Slaughter-Anne, Marie, *A typology...*, op. cit., nota 1331, p. 114

¹³⁴⁹ Romano, Cesare, op. Cit., nota 354

¹³⁵⁰ “*Listening Court*” en términos de Slaughter. (Slaughter, Anne-Marie, *Typology...*, op. cit., nota 1331, p. 119

“legitimidad” y “fuerza” de los argumentos desarrollados por el juez para fundamentar su sentencia. Esta necesidad de buscar el apoyo de otros jueces internacionales se inscribe en la idea formalista según la cual un juez “descubre el Derecho” (y no lo crea). La evidencia de que otros Tribunales internacionales han llegado a la misma conclusión sobre la existencia, tenor o alcances de un principio general del Derecho es susceptible de convencer (aún más) a los “interlocutores” (o “audiencia” en términos de Perelman) del Tribunal sobre el “*bien-fondé*” de la sentencia adoptada, que expresa “correctamente” el Derecho aplicable al caso. Como lo afirma Ronald Dworkin, el juez reconstruye, a partir del material disponible, una cadena de precedentes que le permiten justificar la inscripción correcta de su propia decisión en la línea del Derecho en vigor y así presentar este Derecho como un orden jurídico justo, basado en principios coherentes.¹³⁵¹

La utilización de “referencias cruzadas” para convencer “aún más” sobre el “*bien-fondé*” de una sentencia determinada se relaciona estrechamente con otro dato obtenido a través del estudio llevado a cabo en el Capítulo tres. Como un instrumento para “persuadir” el “auditorio”, las “referencias cruzadas” sobre los principios comunes analizados son sistemáticamente positivas. Los Tribunales internacionales citan la interpretación y la aplicación de principios generales del Derecho, realizada por otras jurisdicciones internacionales, a su favor, pero también a favor de la sentencia citada. Dicho en otros términos, las jurisdicciones internacionales utilizan dicha interpretación y aplicación para confirmarla y no para deslindarse de la misma. De todos los casos que analicé en el capítulo tres no detecté ninguna “referencia cruzada” negativa o *a contrario*. En todos los casos estudiados, las “referencias cruzadas” tenían como objetivo “apoyar” a la argumentación del Tribunal que las utilizó y, por consecuencia, reforzar la legitimidad, tanto de su propia sentencia, como de la sentencia citada. Desde una perspectiva más general, en un estudio más amplio sobre la utilización de “referencias cruzadas” por parte de los Tribunales internacionales, Nathan Miller

¹³⁵¹ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, cit., nota , pp. 250 s., citado en Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311, p. 10

constata que de un margen de 173 “referencias cruzadas”, sólo 11 fueron utilizadas para deslindarse o pronunciarse de otra manera (*overrule*), las restantes 162 fueron utilizadas de manera positiva o neutral.¹³⁵²

Finalmente, cabe señalar (*last but not least*) que las “referencias cruzadas” del “diálogo jurisprudencial internacional” sobre principios comunes manifiestan algo más que un simple “reconocimiento mutuo” o “deferencia mutua” entre los Tribunales internacionales, objeto de mi estudio.

En su análisis del diálogo judicial trasfronterizo (entre jueces pertenecientes a distintos órdenes jurídicos) Julie Allard atinadamente subraya la existencia de un “principio de compatibilidad” entre las sentencias judiciales pronunciadas en diferentes órdenes jurídicos (nacionales).¹³⁵³ Según Frydman, este “principio de compatibilidad” se refiere a la analogía que debe existir entre los casos en diálogo, pero también a la analogía o comparabilidad entre los regímenes jurídicos en los que dichos casos se originan. En la opinión de este autor, esta compatibilidad se revela contraria al modelo (puro) de soberanía nacional y positivismo estatal. En este modelo no puede existir analogía entre normas nacionales y extranjeras. Como nos lo ha enseñado Kelsen cada norma jurídica pertenece a un orden jurídico específico del que dependen tanto su sentido, como su obligatoriedad. En este sentido, muchos jueces nacionales se niegan a utilizar “referencias cruzadas” a decisiones de Tribunales internacionales o nacionales en su jurisprudencia respectiva. Famosas a este respecto son las afirmaciones del juez Scalia de la Corte suprema de los Estados Unidos que evidencian un claro rechazo de la utilización de jurisprudencias extranjeras. Según este juez, los jueces de la Corte Suprema no deben utilizar jurisprudencias “ajenas” porque estos jueces tienen por misión exclusiva la aplicación de la Constitución de los Estados Unidos y no de una Constitución de un pueblo extranjero.¹³⁵⁴

¹³⁵² Miller, Nathan, An International Jurisprudence? The Operation of “ Precedent ” Across International Tribunals, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 483-495, citado en Simma, Bruno, *Universal...*, *op. Cit.*, nota 11, p. 282

¹³⁵³ Allard, Julie, *Actes du colloque...*, *op. Cit.*, nota 1315, citado en Frydman, Benoît, *op. Cit.*, nota 1311, p. 11

¹³⁵⁴ En términos del juez Scalia: “*we shall never forget that it is a Constitution for the United States that we are expounding.*” (Citado en Slaughter, Anne-Marie, *Judicial...*, *op. cit.*, nota 1331, p. 1118)

En el “diálogo jurisprudencial internacional” (únicamente entre Tribunales internacionales) sobre los principios comunes, objeto de mi estudio, no pueden ser hallados ejemplos de jueces que compartan la opinión del juez Scalia. Como lo señalé anteriormente, todos los jueces internacionales utilizan “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de otros Tribunales internacionales cuando se trate de aplicar e interpretar los seis principios generales del Derecho, objeto de mi estudio. Desde esta perspectiva, puedo confirmar la existencia de un “principio de compatibilidad” entre sentencias internacionales dictadas en distintos conjuntos normativos especializados. En mi opinión, los jueces internacionales consideran posibles (y deseables) las “referencias cruzadas” sobre dichos principios precisamente porque éstos no pertenecen a ningún orden jurídico particular sino que son presentes a la vez en todos los órdenes jurídicos internos (y también en el orden jurídico internacional).

Siguiendo en esto a François Ost, puedo decir que las “citaciones cruzadas” siempre presuponen “algo en común”.¹³⁵⁵ En efecto, este “algo en común” se sitúa en el corazón de toda comunicación. La palabra “comunicación” proviene del latín *comunicare* que significa compartir algo, poner en común. De la misma manera que el diálogo interpersonal, el diálogo entre jueces internacionales se obstaculizaría si no fuera basado en “cosas en común”, en particular en principios comunes. La utilización de “referencias cruzadas” sobre los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio, (también) demuestra que se trata de principios comunes a los Tribunales internacionales y, por su parte, el carácter común de dichos principios facilita la comunicación entre los jueces internacionales. Las citaciones de sentencias en las que otros jueces aplican estos principios son, por lo tanto, concebidas como algo completamente natural que no debe molestar a nadie. Al citar sentencias de otros jueces internacionales sobre dichos principios, los jueces no importan una norma perteneciente a otro conjunto normativo especializado (una norma de Derecho del comercio internacional, Derecho internacional de los derechos humanos etc.) sino una regla con validez general, tanto en el ámbito interno, como en el internacional. Los jueces

¹³⁵⁵ Ost, François, *Actes du colloque...*, citado en Frydman, Benoît, *op. Cit.*, nota 1311, p. 12

internacionales no se comunican sobre lo particular sino sobre la base de un Derecho (general) común. Fuente importante de este Derecho común, los principios comunes a los Tribunales internacionales que analicé en el presente trabajo, facilitan el diálogo entre los jueces internacionales y se convierten en una “gramática común” de las sentencias internacionales.

En segundo lugar, en mi opinión, la comunicación sobre principios comunes es susceptible de volverlos, en cierto sentido, aún más comunes. La comunicación se basa en “algo en común” y, por su parte, la “referencia de una misma cosa en común” armoniza su aplicación múltiple. En efecto, a través de la utilización de “referencias cruzadas” sobre los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio, los jueces proceden a la armonización de su significado, contenido normativo y alcance en el Derecho internacional. Esta “armonización vía comunicación” conduce a la construcción de modelos o estándares comunes sobre la base de la aplicación e interpretación conforme de ciertos principios generales del Derecho. Estos principios generales del Derecho, comúnmente aplicados e interpretados por los Tribunales internacionales, se convierten así no sólo en principios comunes, sino también en estándares comunes sobre el ejercicio de la función judicial (internacional). Por medio del diálogo, los jueces internacionales hacen transitar un mismo modelo de impartición de justicia orientado por la aplicación común (o idéntica) de principios generales del Derecho para la solución de las controversias internacionales.

Cabe señalar que los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio, no son los únicos modelos o estándares comunes que se desarrollan gracias al “diálogo jurisprudencial internacional”. Así por ejemplo, muchos autores hablan del desarrollo de estándares interpretativos comunes¹³⁵⁶ entre los Tribunales internacionales, de la diseminación del modelo procesal del debido proceso (*due process of law*) entre jurisdicciones internacionales¹³⁵⁷ o de la importancia del modelo de protección de los derechos humanos para todos los

¹³⁵⁶ Matz-Lück, Nele, *op. Cit.*

¹³⁵⁷ Canivet, Guy, *op. Cit.*, nota 1311, p.

jueces internacionales.¹³⁵⁸ En el mismo orden de ideas, la presencia de principios y normas comunes a los Tribunales internacionales en materia de prueba y prácticas de indemnización ha permitido a Chester Brown introducir la hipótesis de la existencia de un “*Common Law of International Adjudication*”.¹³⁵⁹

El diálogo jurisprudencial sobre los seis principios generales del Derecho que estudié en el presente trabajo sin duda manifiesta la existencia de una coordinación informal entre los Tribunales internacionales. Los jueces internacionales leen y citan las sentencias de otros jueces en materia de interpretación y aplicación de dichos principios. Estas citas pueden utilizarse para resaltar algunas características de la vinculación informal de los Tribunales internacionales por medio del “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes. Pero, también cabe preguntarse ¿cuáles son las consecuencias de esta coordinación informal?

3. Las consecuencias del desarrollo de relaciones informales entre los Tribunales internacionales

En mi opinión, existen dos posibles consecuencias del desarrollo de relaciones informales entre los Tribunales internacionales. Es de considerarse que dichas relaciones ponen de manifiesto la conformación de una “red judicial internacional” **(A)** y abren el debate sobre la existencia de un “sistema de justicia internacional” **(B)**.

A. La conformación de una “red judicial internacional”

Como lo señalé anteriormente, el verdadero reto de la “judicialización” del Derecho internacional se refiere a la ausencia de vínculos formales entre los Tribunales internacionales. La especialización de las jurisdicciones internacionales y su autonomía unas respecto a las otras podría desconectarlas por completo y

¹³⁵⁸ Canivet, Guy, *op. Cit.*, nota 1424, Slaughter, Anne-Marie, *Judicial...*, *op. cit.*, nota 1331, Voeten, Eric, *op. cit.*, nota 1340

¹³⁵⁹ Brown, Chester, *op. cit.*, nota 674

convertirlas en “*self-contained regimes*”, desde el punto de vista institucional. Este aislamiento de los Tribunales unos *vis-à-vis* de los demás tendría consecuencias muy negativas para la coordinación de su actividad judicial y jurisprudencial. Desde el punto de vista procesal, la ausencia de vínculos formales entre los Tribunales internacionales propiciaría los conflictos de competencia y, en la perspectiva sustancial, se favorecería el surgimiento de conflictos de jurisprudencia.

En el presente trabajo mostré la ausencia de conflictos de jurisprudencia sobre la aplicación e interpretación de seis principios generales del Derecho. Asimismo, en los apartados anteriores analicé el desarrollo de un “diálogo jurisprudencial” sobre estos principios comunes. Según yo, este diálogo manifiesta el desarrollo de vínculos informales entre los Tribunales internacionales, objeto de mi estudio. El hecho de que los jueces internacionales leen y citan las sentencias de otros jueces respecto a la aplicación e interpretación de estos principios generales del Derecho significa, para mí, que estos jueces intentan coordinar su jurisprudencia en la materia, al menos de manera implícita. Estos intentos conscientes (o inconscientes) de inter-relacionar su actividad jurisprudencial demuestran que los Tribunales internacionales no son completamente autónomos e independientes unos respecto a los otros. Dicho en otros términos, las jurisdicciones internacionales no son “*self-contained regimes*”. Los vínculos informales, contruidos por medio del diálogo jurisprudencial interconectan a los Tribunales internacionales y manifiestan que sus integrantes son “conscientes el uno del otro”.

Desde mi punto de vista, la existencia misma de principios comunes sugiere que la “separación” de los Tribunales internacionales no implica su “aislamiento” el uno del otro. Ninguna sentencia judicial internacional se elabora en una “autarquía” completa, por jueces narcisistas, introvertidos y encerrados en su propio régimen jurídico autónomo.¹³⁶⁰ El desarrollo de principios comunes demuestra que su interpretación y aplicación judicial es extrovertida, abierta a los

¹³⁶⁰ Canivet, Guy, *Éloge de la b n volance des juges*, disponible en <http://www.ahjucaf.org/Les-influences-croisees-entre,7177.html>

intercambios e influenciada por las prácticas y la jurisprudencia de otros Tribunales internacionales. Puedo afirmar que la frecuencia y la constancia de estos intercambios manifiestan la posibilidad para los Tribunales internacionales de funcionar en “red”.

El término “red” es utilizado en el ámbito de las ciencias sociales para referirse a “un conjunto de relaciones sociales estables, de naturaleza interdependiente y no-jerárquica que unen a diversos actores con intereses en común que intercambian recursos para la concretización de dichos intereses, a sabiendas de que la cooperación es la mejor manera para lograr metas comunes”.¹³⁶¹ Para los estudiosos de las ciencias sociales el término “red” permite explicar el porqué y el cómo de la interacción entre varios actores sociales. Desde esta perspectiva, las “redes” son estructuras informales, no-jerárquicas y muchas veces auto-coordinadas.¹³⁶²

El término “red” se relaciona con varios fenómenos globales. Así por ejemplo, en el ámbito de la UE, algunos autores utilizan la noción de “red” para explicar la forma original de organización de la UE: una “red” que promueve la “gobernanza sin gobierno” a través de negociaciones de distinto nivel entre redes formales e informales de actores públicos y privados.¹³⁶³ Para otros autores, el término “red” permite comprender los cambios en la organización política interna de los Estados. Así por ejemplo, Beate Kohler-Koch sostiene que el Estado se ha vuelto una forma de gobernanza “en red”: el Estado se transforma de “actor en arena” por un cambio de la coordinación jerárquica y estado-céntrica a una auto-

¹³⁶¹ Börzel, Tania, *What's So Special About Policy Networks? An Exploration of the Concept and Its Usefulness in Studying European Governance*, 1997 European Integration online Papers No. 16, p. 1 and T Börzel, *Organizing Babylon – On the Different Conceptions of Policy Networks*, *Public Administration*, vol 76, 1998, pp. 253, 254, citado en Claes, Monica y Maartje de Visser, *Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks*, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, 2012, p. 100

¹³⁶² Claes, Monica y Maartje de Visser, *op. Cit.*, nota 1361, p. 101

¹³⁶³ A. Bressand & K. Nicolaidis, *Regional integration in a network world economy* y W. Wallace, *Introduction: The Dynamics of European Integration*, in Wallace, W. (ed.), *The Dynamics of European Integration*, 1990; R. Keohane & S. Hoffmann, *Institutional Change in Europe in the 1980s*, in R. Keohane & S. Hoffmann (eds.), *The New European Community: Decisionmaking and Institutional Change*, 1991; L. Metcalfe, *Après 1992: la Commission pourra-t-elle gérer l'Europe?*, *Revue Française d'Administration Publique*, vol. 63, 1992, p. 401; Ladeur, K., *Towards a Legal Theory of Supranationality – The Validity of the Network Concept*, *European Law Journal* vol. 3, 1997, p. 33, citado en Claes, Monica y Maartje de Visser, *op. Cit.*, nota 1361, p. 101

coordinación no-jerárquica de actores públicos y privados.¹³⁶⁴ En el ámbito de las relaciones internacionales y del Derecho internacional, Anne-Marie Slaughter afirma que gran parte de la “gobernanza global” (*global governance*) es realizada a través de redes transnacionales de representantes de los gobiernos nacionales.¹³⁶⁵ En la opinión de esta autora, la “gobernanza global” no implica la existencia de un “Gobierno global” sino que debería basarse en la auto-coordinación y cooperación entre las distintas instituciones (en particular, judiciales) que operan en el plano global.¹³⁶⁶ Desde la perspectiva misma de la teoría jurídica contemporánea, François Ost sugiere un cambio en el paradigma del Derecho: “de la pirámide a la red”.¹³⁶⁷

El término “red judicial internacional” se inscribe en un cambio de paradigma acerca de la impartición de la justicia internacional. Según Romano, los Tribunales internacionales pertenecen a una “red judicial internacional” en la que cada jurisdicción constituye un “nudo”.¹³⁶⁸ En la opinión de Slaughter, estamos

¹³⁶⁴ Kohler-Koch, Beate, *The Strength of Weakness. The Transformation of Governance in the EU* in Gustavsson, S. & L. Lewin (eds.), *The Future of the Nation State*, 1996, p. 169, citado en Claes, Monica y Maartje de Visser, *op. Cit.*, nota 1361, p. 102

¹³⁶⁵ Slaughter, Anne, Marie, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, 2004, p. 285; Slaughter, Anne-Marie, *A Brave New Judicial World*, in Ignatieff, Michael (eds.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, 2005, p. 275. Según esta autora, actualmente asistimos a importantes cambios en el paradigma de la soberanía estatal. En efecto, el modelo Westfaliano de la soberanía es sustituido por una nueva soberanía, basada en “redes gubernamentales”: redes de representantes de los gobiernos nacionales que operan por encima de las fronteras. (Slaughter, Anne, Marie, *Sovereignty...*, *op. Cit.*, nota 1365, p. 285).

¹³⁶⁶ Slaughter, Anne-Marie, *A typology...*, *op. cit.*, nota 1321, p. 137

¹³⁶⁷ Según este autor, el modelo jerárquico del Derecho (estatal, mono-lógico y positivista) está en crisis y tiende a ser sustituido por el modelo del “Derecho en red”. En la opinión de Ost, con la “red”, el Estado deja de ser la única fuente de soberanía (esta última se desarrolla en distintos niveles, en poderes infra o supra estatales, públicos o privados), la voluntad del legislador ya no se percibe como un dogma (dicha voluntad es sujeta a una serie de procedimientos de evaluación complejos *ex ante* o *ex post*), las fronteras entre los hechos y el Derecho se disipan, los poderes interactúan, los sistemas jurídicos (y más generalmente los sistemas normativos) se “enredan”, el conocimiento del Derecho que reclamaba ser “puro” metodológicamente (u mono-disciplinario) se declina actualmente sobre la interdisciplinariedad y resulta más de una experiencia contextualizada (*learning process*) que de axiomas *a priori*; finalmente, la justicia, que el modelo piramidal trataba de basar en una jerarquía de valores (expresadas en la ley) se aprecia en un balance de intereses y equilibrio de valores variables. (Ost, François y Van de Kerchove, Michel, *Droit: de la pyramide au réseau? Introduction* in Ost, François y Van de Kerchove, Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, ed. Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, p. 11)

¹³⁶⁸ Romano, Cesare, *Deciphering...*, *op. Cit.*, nota 350, p. 757

asistiendo al desarrollo de una “red de Cortes” que se comunican conscientemente entre sí.¹³⁶⁹

Es de pensarse que la existencia de principios comunes a los Tribunales internacionales se relaciona estrechamente con la existencia de una “red judicial internacional”. Según yo, esta “red judicial internacional” es una organización judicial horizontal, basada en el desarrollo de vínculos informales a través de los cuales los jueces internacionales adoptan una especie de *modus vivendi* implícito u oculto que les permite coordinar su actividad judicial y sobre todo jurisprudencial. La “red judicial internacional” constituye una respuesta alternativa a la ausencia de vínculos formales entre los Tribunales internacionales.

El desarrollo de esta red es una respuesta directa a los problemas suscitados por la “judicialización” del Derecho internacional (conflictos de competencia, conflictos de jurisprudencia y *fórum shopping*, entre otros). La imposibilidad de establecer relaciones formales y jerárquicas entre los Tribunales internacionales los incita y/o obliga a buscar otro tipo de vínculos que les permitan coordinar su competencia y jurisprudencia. Los vínculos informales e horizontales, constituidos por el efecto del diálogo jurisprudencial sobre los principios comunes, que estudié en la presente investigación, son característicos de la “red judicial internacional”. Cada jurisdicción internacional constituye un “nudo” de la “red judicial internacional” y todos los nudos se sitúan al mismo nivel, en términos generales. Esta red se auto-regula por los propios Tribunales sobre la base de la complementariedad. La complementariedad se percibe como una complementación mutua y un acuerdo implícito entre los Tribunales internacionales sobre la aplicación e interpretación de las normas y principios del Derecho internacional. Como lo mostré en el presente trabajo, este acuerdo implícito entre los miembros de la “red judicial internacional” es particularmente visible en la aplicación e interpretación convergente de principios comunes por parte de los Tribunales internacionales.

Cabe añadir que el funcionamiento de las jurisdicciones internacionales en “red” se relaciona con su auto-percepción como integrantes de la misma. Los

¹³⁶⁹ Slaughter, Anne-Marie, *A typologie...*, *op. cit.*, nota 1321, p. 38

jueces internacionales son conscientes de la existencia de los demás Tribunales internacionales y, como lo manifiesta el diálogo jurisprudencial sobre principios comunes, son también conscientes acerca de su jurisprudencia. El progreso de las tecnologías de la información y de la comunicación favorece el desarrollo de vínculos informales entre los jueces internacionales. La presencia de la jurisprudencia de todos los Tribunales internacionales en la “red” del Internet promueve los intercambios intelectuales en la “red judicial internacional”.

Además, desde mi perspectiva, la coordinación informal entre los jueces internacionales en una “red judicial internacional” demuestra la facilidad que éstos tienen de encontrar puntos de contacto o “cosas en común”. Pero ¿son estas “cosas en común” suficientes para que los Tribunales internacionales logren conformar un verdadero sistema de justicia internacional?

B. La conformación de un sistema de justicia internacional

¿Podrían los vínculos informales, desarrollados sobre la base de los “principios comunes” a los Tribunales internacionales, conducir a la conformación de un verdadero sistema de justicia internacional?

Cabe señalar que la noción misma de sistema supone la existencia de, al menos, algún tipo de vínculos formales entre sus distintos integrantes. Según el diccionario de la Real Academia española, “sistema (del latín *systema*, y este del griego *σύστημα*) es un conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”.¹³⁷⁰

En el mismo sentido, es necesario recordar que los sistemas de justicia existentes en el ámbito interno se basan en reglas formales y estrictas respecto a la organización inter-institucional de sus distintos integrantes. Dichas reglas muchas veces son codificadas (por ejemplo, en los Códigos procesales) o incluso constitucionalizadas. Los distintos Tribunales que integran los sistemas judiciales nacionales articulan sus competencias contenciosas en virtud de reglas claras de repartición de las competencias, muchas veces jerárquicas. Al mismo tiempo, se

¹³⁷⁰ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=yHfxyKIWfDXX2kpDVRWA>

establecen normas relativas a la autoridad de las sentencias adoptadas por cada jurisdicción que pertenece al sistema judicial nacional.¹³⁷¹

Como lo señalé a repetidas ocasiones en este trabajo, en el Derecho internacional no existen Códigos (procesales), ni una Constitución única que organice las relaciones inter-institucionales entre los múltiples Tribunales internacionales. Dichas jurisdicciones no mantienen entre sí ningún tipo de relaciones formales o jerárquicas. La “judicialización” del Derecho internacional condujo a la creación de una multitud de Tribunales internacionales, sin centro ni cima. La descentralización de las jurisdicciones internacionales, en mi opinión, se muestra incompatible con la noción tradicional de “sistema judicial” que siempre supone un grado de centralización, formalidad y previsibilidad.

Desde esta perspectiva, puedo decir que la existencia únicamente de vínculos informales entre los Tribunales internacionales impide concebir su organización en un “sistema judicial internacional”. Sería preconizar algo demasiado grande sobre premisas muy limitadas. La conformación de un sistema judicial internacional exigiría el establecimiento de algún tipo de reglas formales y estructurales entre dichas jurisdicciones, en particular, en materia de repartición de sus competencias contenciosas y articulación de sus sentencias.

En mi opinión, la adopción de estas reglas podría resultar de una revisión de los Estatutos constitutivos de todos los Tribunales internacionales o de la conclusión de un instrumento jurídico único por parte de sus justiciables (al estilo de un Código procesal internacional o incluso de una Constitución internacional). No obstante, según yo, ambos procedimientos exigirían un consenso político muy complejo. Los integrantes de la Comunidad internacional (Estados miembros, individuos, empresas multinacionales, organizaciones gubernamentales o no-gubernamentales etc.) deberían ponerse todos de acuerdo no sólo respecto a la

¹³⁷¹ Así por ejemplo, en el sistema judicial francés se prevé una repartición de las competencias entre los distintos Tribunales nacionales en virtud de criterios materiales, personales, económicos o territoriales. De la misma manera, el respeto de las sentencias adoptadas por un determinado Tribunal interno se basa en reglas jerárquicas. En el mismo sentido, en el sistema judicial mexicano, la repartición de las competencias entre los distintos Tribunales internos también se hace de acuerdo a reglas claras, codificadas en distintos Códigos y, en artículos constitucionales. Por su parte, la autoridad de la jurisprudencia de los Tribunales también se basa en reglas verticales y de reiteración los criterios de la misma.

necesidad de establecer reglas jurídicas que estructuren (y formalicen) las relaciones entre los Tribunales internacionales, sino también sobre el contenido exacto de estas reglas.

Desde mi punto de vista, al menos por el momento, un acuerdo similar está muy lejos de su concretización y necesita un gran esfuerzo tanto por parte de la doctrina del Derecho internacional, como por parte de los propios actores del orden jurídico internacional. La redefinición del *statu quo* judicial internacional debe resultar de un proceso (democrático) de reflexión a largo plazo, que se desarrolle en distintos foros internacionales.

Debido a la ausencia, por el momento, de un acuerdo generalizado sobre la institución de reglas claras que formalicen las relaciones entre los Tribunales internacionales, muchos autores proponen una noción distinta de lo que debe ser un “sistema judicial internacional”.

Así por ejemplo, Jenny Martínez preconiza un “sistema judicial internacional”, auto-creado y auto-regulado por los propios Tribunales internacionales.¹³⁷² En la opinión de esta autora, dicho sistema se basaría en la interacción conjunta de las jurisdicciones internacionales, en particular, sobre la base del diálogo judicial. Esta voluntad de interactuar se deduciría de un sentimiento de “anti-parroquialismo” que comparten todos los Tribunales internacionales. Pero aún en esta visión de un “sistema judicial internacional” se sugiere el establecimiento de algunas reglas formales y pro-sistémicas que ordenen las relaciones entre los distintos Tribunales internacionales. Martínez parte de la existencia de este tipo de reglas en los sistemas judiciales nacionales y propone la trasposición de algunas de ellas en el ámbito internacional. Así por ejemplo, según Martínez, los Tribunales internacionales deben acordarse sobre reglas en materia de tratamiento de precedentes (*stare decisis*)¹³⁷³, regulación de las competencias contenciosas¹³⁷⁴, reconocimiento y ejecución de sentencias¹³⁷⁵.

¹³⁷² Martínez, Jenny, Towards and International Judicial System, Stanford Law Review, vol. 56, 2003, pp. 430-528

¹³⁷³ En la opinión de Martínez, los Tribunales internacionales deberán tomar en cuenta los precedentes de otras jurisdicciones internacionales y no deslindarse de los criterios establecidos en dichas sentencias sin una motivación suficiente. Por su parte, las sentencias de un Tribunal internacional especializado en el área de su especialización, así como las sentencias de la(s)

Desde mi perspectiva, la propuesta de Jenny Martínez es sumamente interesante y coherente. No obstante, la autora también concluye que la existencia de relaciones informales únicamente, no podría basar la conformación de un “sistema judicial internacional”. La constitución de este sistema necesariamente implica la adopción de algún tipo de reglas claras, de carácter formal, que estructuren dicho sistema, aún si éste fuera auto-regulado por los Tribunales mismos. También cabe señalar que, en la opinión de Martínez, los propios Tribunales deben desarrollar reglas pro-sistémicas en su práctica judicial. Pero, en este caso también debería lograrse un acuerdo generalizado de todos los Tribunales internacionales sobre las reglas que deben (co)ordenar sus relaciones en el “sistema judicial internacional”. Es de suponerse que este acuerdo también implicaría consensos complejos no sólo entre los propios jueces internacionales, sino también entre sus justiciables.

Finalmente, existe otra opinión doctrinal que adopta una visión distinta del significado de la noción “sistema judicial internacional”. En esta visión, el acento se pone no sobre el término “sistema”, sino sobre el término “justicia internacional”. En particular, Cancado Trindade subraya la existencia de un “conjunto multilateral de Tribunales internacionales al servicio de la justicia internacional”.¹³⁷⁶

Según yo, este “conjunto judicial multilateral al servicio de la justicia internacional” suple, al menos en parte, la ausencia de un verdadero “sistema judicial internacional”. El hecho de que los Tribunales internacionales no estén unidos en un sistema judicial formal no implica que dichas jurisdicciones no impartan la justicia internacional, de manera exitosa. En particular, los Tribunales

Corte(s) con competencia general en el ámbito del Derecho internacional general deben recibir mayor respeto por parte de los demás Tribunales internacionales. (Martínez, Jenny, *op. Cit.*, nota 1372, p. 491)

¹³⁷⁴ Según Jenny Martínez, un Tribunal internacional debe congelar su procedimiento y abstenerse a pronunciarse sobre un caso si ya existe una demanda pendiente sobre el mismo caso ante otro Tribunal internacional, salvo si el segundo Tribunal debe tener prioridad, en razón de algunas circunstancias específicas del caso (por ejemplo, la necesidad de adoptar más rápidamente las sentencias en materia penal). (Martínez, Jenny, *op. Cit.*, nota 1372, p. 491)

¹³⁷⁵ La autora preconiza la utilización del principio de *res iudicata* entre las sentencias de los Tribunales internacionales: un Tribunal internacional debe abstenerse de reabrir un caso, debidamente resuelto por una sentencia previa de otro Tribunal internacional. (Martínez, Jenny, *op. Cit.*, nota 1372, p. 491)

¹³⁷⁶ Cancado Trindade, Antonio Augusto, *La expansión...*, *op. Cit.*, nota 485

internacionales cumplen con la función primera de un sistema judicial: la impartición y la realización de la justicia en el plano internacional, sin ser formal e institucionalmente organizados en un “sistema judicial internacional”.

Cabe destacar que, según Georges Michel Abi-Saab, los Tribunales internacionales ejercen una “función judicial internacional”, fundamentalmente idéntica. Para Abi-Saab este concepto común de la “función judicial internacional” constituye el ADN de todos los Tribunales internacionales y cada juez internacional ejerce una parcela de dicha función.¹³⁷⁷ Este concepto común comprendería un entendimiento genérico e invariable del ejercicio de una función judicial cualquiera. Dicho entendimiento implica que la función judicial sea confiada a un órgano que cuente con suficientes garantías de independencia y debido proceso y que adopte sentencias obligatorias con base a Derecho.¹³⁷⁸ Dicho en otros términos, esta noción de la “función judicial internacional” incluye, de manera general, a los elementos definitorios de una jurisdicción: un órgano imparcial e independiente (un tercero al litigio) que resuelva, de manera definitiva e obligatoria, un litigio, basándose en la interpretación y la aplicación de las normas de Derecho aplicables al caso. Para Abi-Saab, este concepto genérico de la “función judicial” debe ser adaptado a su ejercicio en el ámbito del Derecho internacional.¹³⁷⁹ Entre los factores propiamente internacionales del ejercicio de la función judicial, el autor menciona la necesidad de resolver no sólo problemas específicos (o especializados) de Derecho internacional sino también problemas generales o globales de la “Comunidad internacional”.

Para mí, uno de los elementos del ejercicio de una misma “función judicial internacional” consistiría en que cada juez internacional se considere como parte de una “conjunto multilateral” de órganos jurisdiccionales que imparte justicia no sólo a sus justiciables directos, sino a todos los miembros de la Comunidad internacional. Desde esta perspectiva, la “función judicial internacional” tendería a restablecer la legalidad del orden jurídico internacional en su conjunto, es decir

¹³⁷⁷ Abi-Saab, Georges, *The normalization...*, *op. cit.*, nota 5, p. 7

¹³⁷⁸ *Idem*

¹³⁷⁹ *Idem*

sancionar toda violación del Derecho internacional por parte de los sujetos de este orden.

En este sentido, puedo afirmar que todos los Tribunales internacionales, objeto de mi estudio, ejercen una “función judicial internacional” cuya primera misión es la impartición y la realización de la justicia (internacional). Es precisamente esta noción de la “función judicial internacional” que constituye el ADN de todos los Tribunales internacionales: su denominador integrativo común. En efecto, todo juez, interno o internacional, tiene por objetivo lograr una resolución “justa” de la controversia que se le somete. La impartición y la realización de la justicia a través de la aplicación del Derecho definen a la función judicial, tanto interna, como internacional. De esta manera, la multitud de Tribunales internacionales que cumplen con esta (misma) “función judicial internacional” sí garantizaría el logro, en el plano internacional, de uno de los objetivos primarios de todo sistema judicial: la impartición y la realización de la justicia por parte de órganos judiciales independientes e imparciales.

La impartición de la justicia a través del acto de juzgar es un elemento definidor de los órganos que forman parte de un sistema judicial. La justicia impartida por parte de dichos órganos se analiza, en este sentido, como una conformidad con el Derecho. Desde esta perspectiva, la impartición de la justicia es co sustancial al Derecho y al Estado de Derecho.¹³⁸⁰ Cabe recordar que el término romano *ius* significaba al mismo tiempo Derecho y justicia. Una situación litigiosa, vuelta conforme con el Derecho por el juez, se presume ser una situación justa. Se trata de una impartición de justicia en el sentido aristotélico. Para Aristóteles, lo justo es conforme con la ley y respeta la equidad, visto que la ley (general) permite rebasar las pretensiones subjetivistas y arbitrarias de cada uno.¹³⁸¹

Todos los jueces que forman parte del “conjunto multilateral de órganos judiciales al servicio de la justicia internacional” buscan asegurar la primacía del

¹³⁸⁰ Cancado, Trindade, *La expansión...*, *op. Cit.*, nota 485

¹³⁸¹ Aristóteles, *Ética Nicomachea*, Libro V, citado en Clavel, Julie, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe compétence de la compétence*, These, Université Paris II, p. 11,

Derecho internacional e imponer a éste como única base legítima para la conducta de las relaciones internacionales.¹³⁸² Por encima de una ponderación de los intereses jurídicos (opuestos) que generan una controversia internacional, la impartición de la justicia por parte de estos órganos garantiza una sujeción al Derecho internacional por parte de todos sus sujetos. Cabe reafirmar la importancia de esta impartición de la justicia para reconocer (y a veces imponer) una concepción de la Comunidad internacional, como una Comunidad, organizada por el Derecho y no por la fuerza.

En segundo lugar, la justicia-institución y el sistema judicial que la organiza exigen no sólo una conformidad con la ley (el Derecho, en general) sino también una conformidad con la justicia, como ideal. En consecuencia, la justicia, como ideal, se sitúa por encima del Derecho y mide su legitimidad. En mi opinión, el “conjunto multilateral de jueces internacionales” tiene por misión no sólo la impartición de la justicia (“dar a cada quien lo que le es debido conforme con el Derecho”) sino también la realización de la justicia, como ideal de la Comunidad internacional.

Como lo afirma Philipp Alliot, la realización de la justicia en el plano internacional se refiere al “ideal de todos los ideales”.¹³⁸³ En términos de John Rawls, la justicia es la “primera virtud” de toda institución social.¹³⁸⁴ Según yo, todos los Tribunales internacionales están encargados de la realización de la justicia internacional. Me resulta muy difícil definir en qué consiste la realización del ideal de la justicia, en el plano internacional. Además, me parece que una tal definición se presta naturalmente a la vaguedad. No obstante, considero que la realización de la justicia en el ámbito internacional tiene que ver con la promoción del interés o intereses generales de la Comunidad internacional por encima de los intereses subjetivistas de sus integrantes. Todos los jueces internacionales buscan (y/o deben buscar) la realización de la justicia internacional. Esta tarea común a

¹³⁸² *Idem*

¹³⁸³ Alliot, Philipp, *International Society and the Idea of Justice*, disponible en <http://www.trin.cam.ac.uk/show.php?dowid=1396>, p. 42

¹³⁸⁴ Rawls, John, *A Theory of Justice*, ed. Belknap, 1971

los jueces internacionales también los vuelve parte de un “conjunto multilateral de Tribunales internacionales al servicio de la justicia internacional”.

Puedo concluir que la ausencia, por el momento, de un verdadero “sistema judicial internacional” no impide que dos de sus principales objetivos: la impartición y la realización de la justicia internacional, sean cumplidos por una multitud dispersa de órganos judiciales sin relaciones formales entre sí. La “judicialización” del Derecho internacional crea un “conjunto multilateral de Tribunales internacionales al servicio de la justicia internacional.” Sin duda, este conjunto necesita el establecimiento de vínculos formales (sistémicos) con el fin de mejorar la previsibilidad en la impartición y la realización de la justicia internacional.

Dicho en otros términos, por el momento no existe un “sistema judicial internacional”, pero sí existe un “conjunto de Tribunales internacionales, al servicio de la justicia internacional”. Este conjunto de Tribunales se auto-organiza por medio de su interacción en la “red judicial internacional”. La existencia de una “red judicial internacional” impide que la ausencia de un “sistema judicial internacional” conduzca al “caos judicial internacional”. Uno de los objetivos limitados de mi investigación consiste en mostrar la existencia de un verdadero *modus vivendi* entre los Tribunales internacionales, basado, entre otros, en el desarrollo de vínculos informales a través del “diálogo jurisprudencial” sobre los principios comunes, objeto de mi estudio. Este *modus vivendi* sin duda constituye una etapa previa al establecimiento de un “sistema judicial internacional” (formal). Pero la coordinación informal que se construye por medio del diálogo jurisprudencial manifiesta que los Tribunales internacionales no son “*self-contained regimes*”, sino que interactúan constantemente en una “red judicial internacional”. Uno de los problemas de la “judicialización” del Derecho internacional está resuelto por los propios Tribunales internacionales sobre la base de la auto-regulación y de la aplicación de principios normativos comunes.

4. Los principios comunes a los Tribunales internacionales: principios comunes a los jueces internacionales

En mi opinión, los principios comunes que analicé en la presente investigación no son solamente comunes a los Tribunales internacionales, como instituciones jurisdiccionales, sino también comunes a los jueces internacionales, como personas. La existencia de principios comunes a los jueces internacionales puede explicarse por factores extra-jurídicos. En particular, desde mi punto de vista, existen factores tanto sociológicos **(A)**, como epistémicos **(B)** que favorecen el desarrollo de principios comunes a los jueces internacionales. Dichos factores presentan interesantes implicaciones en relación con la actual “judicialización” del Derecho internacional.

A. Los factores sociológicos detrás de la existencia de principios comunes a los jueces internacionales

En este trabajo mostré la existencia de una “red judicial internacional”, basada en vínculos informales entre los Tribunales internacionales, promovidos, entre otros, por la aplicación de principios comunes en su jurisprudencia respectiva. Pero, los Tribunales internacionales no son objetos inanimados o majestuosos inmuebles ubicados en la Haya u otras ciudades del mundo. Los Tribunales internacionales están compuestos de jueces y los jueces son personas.

Esta afirmación tan evidente cobra mucha relevancia para mí porque la considero crucial para apreciar la existencia de principios comunes no sólo a los Tribunales internacionales, como instituciones, sino también a los jueces internacionales como personas. Según yo, la existencia de principios comunes tanto a los Tribunales internacionales, como a las personas que los componen se explica no sólo por factores jurídicos, sino también por factores extra-jurídicos.

Para analizar la existencia de principios comunes a los jueces internacionales es necesario preguntarse: ¿Quiénes son en la realidad los jueces internacionales? ¿Qué tienen en común, aparte el uso de un mismo vestuario de togas oscuras? ¿Hay elementos sociológicos que comparten todos los jueces

internacionales y que pueden explicar, desde una perspectiva extra jurídica, su tendencia a desarrollar principios comunes?

Gracias a una interesante investigación llevada a cabo entre 2004 y 2006, Cesare Romano, Daniel Terris y Leigh Swigart han logrado esbozar un perfil grupal de los jueces internacionales.¹³⁸⁵ Según estos autores, un primer acercamiento a este grupo revela su diversidad. Los jueces internacionales son de un diverso origen nacional y étnico, hablan diversos idiomas y tienen experiencias profesionales diferentes. No obstante, un examen más parsimonioso de este grupo descubre la existencia de características sociológicas muy similares entre sus miembros.

En relación con esto, me pareció importante actualizar los datos sociológicos recabados por estos autores en el 2006 para saber cuál es el perfil sociológico grupal de los jueces internacionales en la actualidad.¹³⁸⁶

En primer lugar, cabe señalar que, desde una perspectiva de género, el grupo masculino de jueces internacionales es muy mayoritario. Los datos que recabé me permiten constatar una sobre representación o dominación masculina en la judicatura internacional. En este sentido, en junio de 2013, el número de jueces pertenecientes a los Tribunales internacionales, objeto de mi estudio, era de 129 (15 miembros de la CIJ, 21 del TIDM, 43 de la CEDH, 7 de la CIDH, 18 del TPIY, 19 del TPIR y 7 miembros permanentes del Órgano de apelación del mecanismo de solución de las controversias de la OMC). De los 129 miembros de los Tribunales internacionales examinados, únicamente 25 eran mujeres y los demás eran del sexo masculino. El ser juez internacional, en la actualidad, se reveló ser una profesión reservada a los hombres. Así por ejemplo, la composición

¹³⁸⁵ Terris, Daniel, Romano, Cesare y Swigart, Leigh, *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, ed. Brandeis University Press, 2007, p. 16. Ver también: Terris, Daniel, Romano, Cesare y Swigart Leigh, *Toward a Community of International Judges*, *Loyola International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2008, p. 420

¹³⁸⁶ Cabe señalar que los datos sociológicos respecto al “perfil profesional de los jueces internacionales” fueron obtenidos a través de un análisis de los resúmenes biográficos de los jueces publicados en las páginas web oficiales de los Tribunales internacionales examinados: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1>, <http://www.itlos.org/index.php?id=96>, http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=#n1368718271710_pointer, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/composicion>, <http://www.icty.org/sid/151>, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm

de la CIDH, al junio de 2013, era completamente masculina. La CIJ contaba con 3 jueces mujeres¹³⁸⁷, el TIDM con 2¹³⁸⁸, el TPIY¹³⁸⁹ y el TPIR con 2 respectivamente¹³⁹⁰ y el OA de la OMC con 1¹³⁹¹. La única Corte internacional cuya composición representaba un importante número de mujeres era la CEDH: 16 mujeres de un total de 43 miembros.

En segundo lugar, respecto a la nacionalidad de los jueces, al junio de 2013, la mayoría de los miembros de las jurisdicciones internacionales que examiné eran nacionales de un país europeo. 69 del total de 129 jueces, es decir más que la mitad eran europeos.¹³⁹² No obstante, podemos relativizar esta preponderancia, al señalar que 43 de estos 69 europeos eran todos jueces de la CEDH. Respecto a la repartición geográfica de los demás miembros de los Tribunales internacionales se observaba un relativo equilibrio entre los nacionales de origen africano, asiático y latinoamericano. En efecto, de los 129 miembros que componían dichos Tribunales, 15 eran nacionales de un país africano¹³⁹³, 13 de un país asiático¹³⁹⁴ y 12 de un país latinoamericano. Sobre este último punto, cabe señalar que 7 de los doce jueces latinoamericanos eran miembros de una sola jurisdicción: la CIDH, y los 5 restantes eran miembros de la CIJ¹³⁹⁵, del TIDM¹³⁹⁶ y del Órgano de apelación de la OMC¹³⁹⁷. En total, al junio de 2013, México tenía 3 nacionales entre los miembros de los Tribunales internacionales: Bernardo Sepúlveda-Amor (vice-Presidente de la CIJ), Ricardo Ramírez Hernández (miembro del Órgano de apelación de la OMC) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor

¹³⁸⁷ Xue Henqin (China), Joan Donoghue (Estados Unidos) y Julia Sebutinde (Uganda).

¹³⁸⁸ Elsa Kelly (Argentina) y Jiu-Hyun Paik (Korea).

¹³⁸⁹ Arlette Romaroson (Madagascar) y Khalida Rachid Kan (Pakistán).

¹³⁹⁰ Khalida Rachid Kan (Pakistán) y Andrésia Vaz (Senegal).

¹³⁹¹ Yuejiao Chang de China.

¹³⁹² Los países europeos que cuentan con más nacionales en los Tribunales internacionales son Francia, Italia, Alemania y Rusia.

¹³⁹³ El país africano con mayor número de jueces internacionales es Sudáfrica. En este sentido, también cabe señalar que la jurisdicción internacional con más jueces de origen africano es el TPIR.

¹³⁹⁴ Todos los jueces asiáticos son nacionales de uno de los 4 "gigantes" de este continente: China, Corea, Japón e India.

¹³⁹⁵ Al junio de 2013, la CIJ cuenta con 2 jueces de origen latinoamericano: Bernardo Sepúlveda-Amor de México y Antônio Augusto Cancado Trindade de Brasil.

¹³⁹⁶ Al junio de 2013, el TIDM cuenta con 2 jueces de la región latinoamericana: la argentina Elsa Kelly y el brasileño Vicente Marotta Rangel.

¹³⁹⁷ El único árbitro del OA, originario de un país latinoamericano es el mexicano Ricardo Ramírez Hernández.

Poisot (miembro de la CIDH). Los tres son profesores de Derecho de la UNAM y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot es, además, investigador del IIJ. En la actualidad, el número de jueces internacionales mexicanos se reveló ser exactamente igual al número de jueces internacionales que ostentan la nacionalidad estadounidense. Al junio de 2013, al igual que México, Estados Unidos tenía 3 jueces internacionales.¹³⁹⁸ Finalmente, la región con menor representación en los Tribunales internacionales examinados era la de Australia y el Pacífico con solamente 2 jueces internacionales.¹³⁹⁹

En tercer lugar, respecto a la formación jurídica de los jueces internacionales, al junio de 2013, la mayoría de los jueces internacionales contaban con un diploma de la mejor universidad de su país de origen y con un posgrado en alguna de las universidades más prestigiosas del mundo. Las carreras estudiadas eran mayoritariamente de Derecho y/o de Derecho internacional. Al junio de 2013, las universidades inglesas y estadounidenses eran las más propensas a formar jueces internacionales. La universidad de *Cambridge* tenía el mayor número de jueces internacionales entre sus ex alumnos- 12. Por su parte, la universidad de *Harvard* había otorgado diplomas a 9 jueces internacionales. Esta predominancia de *Cambridge* y *Harvard* en la formación de los jueces internacionales fue muy visible respecto a los miembros de la CIJ. En efecto, absolutamente todos los miembros de la Corte, al junio de 2013, tenían un grado académico de una de estas dos universidades. Otras instituciones inglesas con gran número de jueces internacionales entre sus ex alumnos eran el *King's College* y el *Trinity's College* de Londres en los que estudiaron 5 jueces internacionales, respectivamente. Del lado estadounidense, al junio de 2013, la Universidad *George Washington* y la Universidad de *Columbia* habían formado a 4 jueces internacionales cada una, la Universidad de *Michigan* a 2, las Universidades de *Berkeley*, *Chicago* y *Tufts* a 1 juez cada una. Respecto al resto de las universidades europeas, cabe destacar el importante número de jueces internacionales que habían estudiado en las universidades francesas. La

¹³⁹⁸ Joan Donoghue en la CIJ, Theodor Meron en el TPIY y el TPIR y Thomas Graham en el OA de la OMC.

¹³⁹⁹ Cabe destacar la presencia, en la CIJ, del juez Kenneth Keith de Nueva Zelanda.

Université de Paris (en lo particular, las *Université Paris I, Panthéon-Sorbonne y Paris II, Panthéon-Assas*) habían otorgado sus diplomas a 6 jueces internacionales. En la Universidad de *Strasbourg* habían estudiado una especialidad en materia de derechos humanos 5 jueces internacionales (4 de la CEDH y uno de la CIDH) y, en las Universidades de *Grenoble y Nancy* habían recibido su formación dos jueces internacionales (1 en cada una). Finalmente, cabe señalar que, al junio de 2013, todos los jueces internacionales de nacionalidad rusa o de algún otro país del ex bloque soviético habían estudiado en la *Universidad de Moscú Lomonosov (Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова)*

Finalmente, respecto a la experiencia profesional de los jueces internacionales, al junio de 2013, los jueces internacionales habían ejercido previamente 4 carreras principales: funcionarios públicos, jueces nacionales de alto rango, abogados y docentes. El número de jueces internacionales que habían ejercido estas profesiones era el siguiente: 32 altos funcionarios públicos en su país de origen (diplomáticos, ministros, consejeros jurídicos de los ministros etc.¹⁴⁰⁰), 29 jueces internos de alto rango (principalmente miembros del Tribunal supremo de su país de origen), 25 abogados¹⁴⁰¹ (en su Estado de origen o ante Tribunales internacionales) y 58 docentes (aunque muchas veces la docencia se combinaba con otras funciones, por ejemplo, las de funcionario público). Cabe resaltar que los jueces en algunos de los Tribunales internacionales examinados compartían un “perfil profesional” muy similar. Así por ejemplo, la gran mayoría de jueces de la CEDH eran jueces de alto rango en la Judicatura de su país de origen y la gran mayoría de jueces de la CIJ eran antiguos altos funcionarios públicos. Los jueces miembros de los Tribunales creados bajo los auspicios de la ONU (CIJ, TIDM, TPIY y TPIR) solían contar con una carrera previa como funcionarios de la ONU y/o como abogados ante el Tribunal respectivo. Además, muchos de estos

¹⁴⁰⁰ Muy emblemático a este sentido es el ejemplo del actual juez peruano de la CIDH. En efecto, Diego García-Sayán fue sucesivamente Ministro de Justicia y Ministro de Relaciones Exteriores de Perú

¹⁴⁰¹ Otra profesión jurídica que también tiene su representación entre los jueces internacionales es la de Notario público. En efecto, al menos 2 jueces internacionales actuales son Notarios en su país de origen (en particular, el juez costarricense Manuel Ventura Robles de la CIDH y el juez maltés David Joseph Attard del TIDM.)

jueces habían participado en la negociación de los Tratados constitutivos del Tribunal. Así por ejemplo, muchos de los actuales miembros del TIDM habían sido diplomáticos que negociaron la Convención de las NU sobre el Derecho del mar. Desde un punto de vista más general, muchos jueces internacionales, al junio de 2013, habían fungido como representantes de su gobierno nacional en importantes negociaciones internacionales. Finalmente, es necesario mencionar que los jueces internacionales frecuentemente ejercían (o habían ejercido) algunas o todas estas funciones (funcionario público, abogado, juez, docente) y presentaban un perfil profesional muy versátil. Así por ejemplo, un juez del TIDM había sido administrador de empresas transnacionales¹⁴⁰² y otro juez internacional se había desempeñado como gerente de un hotel¹⁴⁰³.

Finalmente, cabe subrayar la existencia de una “alternancia” de los jueces en los puestos disponibles en las jurisdicciones internacionales. En efecto, es una práctica común que un juez de un determinado Tribunal internacional sea posteriormente elegido para sesionar en otra jurisdicción internacional. Muy significativa a este sentido es la práctica de intercambio de jueces entre los dos Tribunales penales (“gemelos”) de la ONU: el TPIY y el TPIR. En efecto, al junio de 2013, 6 jueces internacionales habían sido juez del TPIY antes de ser juez del TPIR o vice-versa.¹⁴⁰⁴ Esta constatación se suma al hecho de que ambos Tribunales comparten una misma Cámara de apelaciones. Otro ejemplo muy actual de “alternancia” en varios Tribunales internacionales es el del ilustre profesor brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade quien fue primero juez de la CIDH y, al junio de 2013, se desempeñaba como juez de la CIJ. Otro juez de la CIJ, al junio de 2013, también había ocupado varios otros cargos en la judicatura internacional. En efecto, el juez francés Ronny Abraham anteriormente había trabajado en el TJUE y en la CEDH. Otros ejemplos de este “pasaje” de los jueces de una jurisdicción a otra es el del juez estadounidense Thomas Buergenthal

¹⁴⁰² El juez Shunji Yakai de Japón administró varias importantes empresas transnacionales (por ejemplo, *Mitsubishi Motors*).

¹⁴⁰³ El juez costarricense Manuel Ventura Robles de la CIDH.

¹⁴⁰⁴ En particular, los jueces Bakhtiyar Tuzmukhamedov (Rusia), Mehmet Güney (Turquía), Theodor Meron (Estados Unidos), Fausto Pocar (Italia), Khalida Rachid Kan (Pakistán) y William Hussein Tacule (Tanzania) son o han sido jueces a la vez del TPIY y del TPIR. Cabe señalar que el juez británico del TPIY Howard Morisson es en la actualidad juez en la CPI.

quien fue juez de la CIDH (nominado por Costa Rica) entre 1979 y 1991 y posteriormente juez de la CIJ (entre 2000 y 2005). Otro muy ilustrativo ejemplo de “permanencia” en la judicatura internacional es el del juez e ilustre profesor egipcio Georges Michel Abi-Saab. En efecto, Abi-Saab fue sucesivamente juez en 3 de los Tribunales internacionales, objeto del estudio. Su primera nominación como juez internacional fue en la primera composición del TPIY en 1993. Anteriormente, Abi-Saab había sido abogado ante la CIJ y juez *ad hoc* en varios casos de su jurisprudencia. Finalmente, a partir del 2000, Abi-Saab fue electo miembro del Organismo de apelación de la OMC y reelecto para un segundo mandato en 2005. Otro ejemplo similar, aunque no directamente referente a los Tribunales que estudié, es el del juez argelino Mohammed Bedjaoui quien fue miembro de la CIJ por más de 20 años (1982-2001) y posteriormente se desempeñó como árbitro en varios casos del CIADI. Finalmente, también cabe destacar que la actual jueza argentina en el TIDM, Elsa Kelly, fue anteriormente miembro del Comité interamericano de derechos humanos.

A través del análisis de los datos que recabé, puedo sostener la existencia y la permanencia de, al menos, cinco patrones sociológicos comunes a los jueces internacionales en materia de: (in)equidad de género, origen nacional, educación superior, experiencia profesional y “pasaje” de una jurisdicción internacional a otra.

Según yo, todos estos patrones comunes muestran la existencia de un club profesional de jueces internacionales, con características sociológicas muy coherentes. Los datos sociológicos que obtuve claramente revelan un perfil sociológico común a los jueces que forman parte de los Tribunales internacionales examinados. Este perfil profesional común se basa en una serie de características compartidas o predominantes del grupo de personas que se desempeñan como jueces internacionales. Entre estas características compartidas resaltan: el género masculino, los estudios en las mejores universidades del mundo (idealmente *Cambridge* o *Harvard*), el haberse desempeñado en una de las profesiones de las que son “seleccionados” los jueces internacionales en su mayoría (altos funcionarios públicos, jueces nacionales de alto rango, abogados, docentes). La

existencia de este perfil sociológico común de los jueces internacionales tiene importantes implicaciones sociológicas, políticas y jurídicas.

Desde el punto de vista jurídico, la existencia de un perfil sociológico común facilita la comunicación entre los jueces internacionales, basada en particular en el “diálogo judicial y/o jurisprudencial”. En efecto, si los jueces estudiaron en las mismas universidades y ejercieron las mismas profesiones (funcionario público, juez nacional, abogado o docente), entonces sería más fácil que se entiendan o que logren un punto de vista común sobre los problemas que surgen de la aplicación y de la interpretación del Derecho internacional. El hecho de que la mayoría de los jueces internacionales estudiaron en un número limitado de universidades significa que en los Tribunales internacionales con más miembros es común encontrarse con dos o más jueces que estudiaron en la misma universidad.¹⁴⁰⁵ Además, esto significa que la mayoría de los jueces internacionales tuvieron la misma enseñanza del Derecho (internacional), con los mismos profesores y a través de la lectura de los mismos libros de textos (y/o mismas corrientes doctrinales). Finalmente, esta pertenencia académica de los jueces internacionales a un grupo reducido de universidades de prestigio implica que muchos de ellos se conocen entre sí.¹⁴⁰⁶

En mi opinión, este perfil sociológico común, basado, en particular, en una educación jurídica común, forja el pensar y el actuar de los jueces internacionales en relación con el Derecho internacional. La existencia de un perfil sociológico común, por un lado, explica la existencia de principios comunes a los jueces internacionales y, por el otro, podría favorecer su desarrollo y multiplicación.

En primer lugar, la existencia de principios comunes a los Tribunales internacionales es una consecuencia directa de las características sociológicas comunes del “club” de jueces internacionales. Así por ejemplo, es de pensarse que la trayectoria educativa en una lista reducida de universidades de prestigio tiende a la formación de un entendimiento común de las fuentes del Derecho internacional por parte de los jueces internacionales. Se puede suponer que en

¹⁴⁰⁵ Romano, Cesare, Terris, Daniel y Swigart, Leigh, *op. Cit.*, nota 1381, p. 20

¹⁴⁰⁶ *Idem*

Cambridge, Harvard, en el *Trinity College* o en la *Université de Paris*, los principios generales del Derecho se enseñan de manera muy similar o común. La globalización permite y nutre estas similitudes. A este hecho se suma la “dominación epistemológica” que ejercen algunas doctrinas particulares sobre la teoría de las fuentes del Derecho internacional.

Consecuentemente, todos los jueces internacionales tendrían un entendimiento similar sobre el significado, alcance o contenido normativo de los “principales” principios generales del Derecho. Así por ejemplo, un juez de la CIJ que estudió en *Cambridge* entendería, al menos desde el punto de vista teórico, a los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* o *pacta sunt servanda* de manera muy similar a la de un juez de la CEDH, el TPIY o el TIDM que estudió en la misma universidad. De la misma manera, un juez nacional de alto rango de la CEDH se entendería con otro juez nacional del TPIR sobre la importancia de los principios *res iudicata* o *iura novit curia* para todo acto de impartición de justicia. La familiaridad de los miembros de los Tribunales internacionales con un determinado entendimiento teórico del Derecho internacional y con los retos relacionados con el ejercicio de una determinada profesión (jurídica) les dan puntos de contacto y facilitan su interacción conjunta, en particular, sobre la base de principios (normativos) comunes.

Finalmente, cabe enfatizar que la existencia y el desarrollo de los principios comunes son promovidos, de manera muy obvia, por el “patrón” sociológico común relativo al “pasaje” de los jueces de un Tribunal internacional a otro. En efecto, si es el mismo juez (por ejemplo Cançado Trindade¹⁴⁰⁷) quien decide un caso en la CIDH y posteriormente en la CIJ (y/o en otros Tribunales internacionales) la aplicación y la interpretación de principios generales del

¹⁴⁰⁷ Cabe señalar la importancia personal de este juez para el desarrollo futuro de los principios generales del Derecho, como “principios comunes” a los Tribunales internacionales, entre otros. En efecto, Cançado Trindade utiliza todas las ocasiones para promover la utilización de estos principios por parte de los jueces internacionales como una manera de materializar (y/o humanizar) el Derecho internacional y orientarlo axiológicamente hacia la búsqueda de la justicia. Así por ejemplo, este juez se sirvió de su opinión disidente en el caso *Fábricas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay* para exponer una cátedra completa sobre los principios generales del Derecho y la imperante necesidad de multiplicar sus usos en la jurisprudencia de la CIJ. (Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15885.pdf>)

Derecho por parte de estas dos jurisdicciones podría ser muy congruente y tendencialmente común. Si son las mismas personas que deciden los casos internacionales, indudablemente se promovería una armonización directa (y personal) de la interpretación y la aplicación de principios generales del Derecho por parte de los Tribunales internacionales.

La existencia de principios comunes a jueces internacionales que representan un perfil sociológico común sugiere también la existencia de un conocimiento (*episteme*) común sobre dichos principios.

B. Los factores epistémicos detrás de la existencia de principios comunes a los jueces internacionales

En el presente trabajo demostré la aplicación y la interpretación convergente de seis principios generales del Derecho: parte importante del “Derecho internacional general”. Estas convergencias son promovidas, entre otros, por la comunicación sobre principios comunes que mantienen los Tribunales internacionales, objeto de mi estudio. Los jueces internacionales leen y citan las sentencias de otros jueces internacionales sobre dichos principios generales del Derecho. Las referencias e “influencias cruzadas” entre los Tribunales internacionales manifiestan un entendimiento común de los principios comunes. Como lo señalé anteriormente, el “diálogo jurisprudencial” sobre dichos principios muestra un acuerdo generalizado por parte de los Tribunales internacionales sobre el significado, el tenor y el contenido normativo de estos seis principios generales del Derecho. Dicho en otros términos, los Tribunales internacionales pueden comunicarse exitosamente sobre los principios comunes porque para todos dichos principios tienen el mismo significado.

¿A qué se debe este común entendimiento de los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio, por parte de los jueces internacionales?

En mi opinión, este común entendimiento se basa en un conocimiento (*episteme*) compartido acerca de los principios generales del Derecho que analicé en el capítulo tres. Como lo expuse anteriormente, gran parte de este

conocimiento compartido se debe a la existencia de un perfil sociológico común a los jueces internacionales. Además, este conocimiento común puede asociarse con el surgimiento de una “Comunidad epistémica” de jueces internacionales: un grupo de personas distintas que comparten ideas comunes, valores comunes y/u objetivos comunes¹⁴⁰⁸, representados por principios comunes.

Los intentos teóricos por concebir una “Comunidad de jueces” en el ámbito internacional y/o global no son nuevos. La idea de una “Comunidad global de Cortes” fue desarrollada por primera vez en la doctrina estadounidense del Derecho internacional al final de los años 90. Dicho fenómeno fue analizado, en particular, por los estudiosos del “diálogo judicial” internacional y transnacional y por los autores que se interesaron en el transjudicialismo (*transjudicialism*), de manera general. Así por ejemplo, según Anne-Marie Slaughter, los miembros de los Tribunales tanto internos, como internacionales, tienden a percibirse a sí mismos no como representantes de políticas distintas sino como “colegas”, comprometidos en una “empresa judicial común” que trasciende las fronteras nacionales. Los miembros de esta “Comunidad global” son unidos porque se enfrentan a los mismos problemas sustanciales e institucionales e interactúan sobre múltiples bases para lograr su resolución global.¹⁴⁰⁹ Esta autora se basa en las premisas del “diálogo judicial transnacional” para sostener la creación de vínculos (visibles e invisibles) que unen a los Tribunales, internos e internacionales, en un “orden jurídico global”. La necesidad de buscar soluciones a problemas globales conduce a los jueces a “unir esfuerzos” y a organizarse en una “Comunidad global de Cortes” que comparte una “visión judicial común” sobre los nuevos retos del ejercicio de la función judicial.

Según yo, esta “visión judicial común” se relaciona estrechamente con el carácter epistémico de la “Comunidad global de Cortes”.

Para Peter Haas, una “Comunidad epistémica” se constituye por “una red de profesionales con reconocida experiencia (*expertise*) y competencia en un

¹⁴⁰⁸ Haas, Peter, Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination, *International Law and Organizations*, vol. 46, 1992, pp. 2-3, citado en Romano, Cesare, Terris, Daniel, Swigart, Leigh, *Toward a Community...*, *op. cit.*, nota 1381, p. 433

¹⁴⁰⁹ Slaughter, Anne-Marie, A Global Community of Courts, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 193

ámbito determinado (...).” En la opinión de este autor, “aunque una Comunidad epistémica puede ser constituida por profesionales de distintas disciplinas y con diversos antecedentes, estos profesionales tienen: 1) un conjunto compartido de creencias sobre normas y principios que proporcionan razones axiológicas para la acción social de los miembros de la Comunidad; 2) creencias causales compartidas que se derivan de su análisis de las prácticas que llevan o contribuyen a un conjunto de problemas centrales en su ámbito y que después sirven como una base para la elucidación de los múltiples vínculos entre las posibles acciones (...) y sus consecuencias deseables; 3) nociones compartidas de validez que constituyen criterios intersubjetivos e internamente definidos para medir y validar el conocimiento en el ámbito de sus competencias; y 4) una empresa política común- un conjunto de prácticas asociadas con un conjunto de problemas comunes que dirigen a la práctica profesional”.¹⁴¹⁰ Otras características de esta Comunidad son, entre otros: entendimientos intersubjetivos compartidos, una manera de “conocer” compartida, pautas de razonamiento compartidas, un proyecto político compartido y basado en valores comunes, el uso de prácticas discursivas compartidas.¹⁴¹¹ En este sentido, una “Comunidad epistémica” se asemeja a la noción de Fleck de “colectividad de pensamiento”- un grupo sociológico con una manera común de pensar, cercano a la definición amplia de “paradigma”, ofrecida por Kuhn: una constelación de creencias, valores, técnicas etc. compartidas por los miembros de una Comunidad determinada”.¹⁴¹²

Es de considerarse que los jueces internacionales pueden formar parte de una “Comunidad epistémica”.¹⁴¹³ Puedo decir que la “Comunidad epistémica de jueces internacionales” se caracteriza, en primer lugar, por creencias compartidas en los objetivos de la impartición de la justicia (internacional) y en los valores representados por el Derecho internacional.¹⁴¹⁴ En segundo lugar, dicha Comunidad traduce un modo común de entender y buscar la resolución de los

¹⁴¹⁰ Haas, Peter, *op. Cit.*, nota 1408, p. 3

¹⁴¹¹ *Idem*, (nota al pie de página núm. 5)

¹⁴¹² *Idem* (nota al pie de página núm. 4)

¹⁴¹³ Romano, Cesare, Terris, Daniel y Swigart, Leigh, *Toward a Community...*, *op. cit.*, nota 1382, p. 433; Abi-Saab, Georges, *The normalization...*, *op. cit.*, nota 5, p. 9

¹⁴¹⁴ Romano, Cesare, Terris, Daniel y Swigart, Leigh, *Toward a Community...*, *op. cit.*, nota 1382, p. 433

principales problemas jurídicos que suscitan los litigios internacionales. En tercer lugar, los jueces internacionales, miembros de esta “Comunidad epistémica”, tienen un “modo de pensar” común sobre la resolución de las controversias internacionales, una misma forma de argumentar sus sentencias y un lenguaje jurídico común para decir el Derecho (*jurisdictio*) internacional. La “Comunidad epistémica de jueces internacionales” es, desde esta perspectiva, una comunidad intelectual en la que los jueces trabajan y piensan el Derecho internacional de manera similar.

Esta “Comunidad epistémica de jueces internacionales”, es particularmente visible en relación con la interpretación y la aplicación de los principios comunes, objeto de mi estudio. Dicha aplicación traduce la existencia de una visión intelectual común sobre estos seis principios generales del Derecho.

En este sentido, puedo concluir que los casos analizados en el capítulo anterior demuestran la utilización de un discurso común sobre los principios comunes. Dicho discurso se basa en las mismas formas gramaticales y estructuras intelectuales. Las líneas de argumentación sobre los principios generales del Derecho son también las mismas. Todos los jueces internacionales hablan el mismo idioma: el de los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio, y se entienden porque dichos principios representan argumentos jurídicos incontestables o axiomas (casi-matemáticos) del Derecho. La “Comunidad epistémica de jueces internacionales” produce y reproduce los mismos argumentos sobre dichos principios en un mismo estilo de argumentación. Esta reproducción se basa en intercambios intelectuales informales, propiciados por el “diálogo jurisprudencial”. Los jueces están informados de la manera en la que los demás piensan los principios comunes y esta manera influencia su propia aplicación de los mismos. El conocimiento (*episteme*) compartido acerca de estos seis principios generales del Derecho opera como una fuerza difusa que integra a los jueces internacionales en una “Comunidad epistémica”, que, por su parte, refuerza los vínculos de complementariedad en la “red judicial internacional”.

Si se lee una sentencia internacional sobre uno de estos principios generales del Derecho se puede notar la utilización de términos muy idénticos o

de una estética argumentativa similar. Así por ejemplo, la enunciación del principio *compétence de la compétence* por parte de los jueces internacionales es completamente convergente. Según el TIDM “aun cuando exista desacuerdo entre las partes, el Tribunal debe, por su propia iniciativa, determinar su competencia para pronunciarse sobre un caso que le es sometido.”¹⁴¹⁵ En términos de la CIJ, “sin importar los argumentos que las partes presenten al respecto o el momento en el que los invoquen, la Corte siempre tiene que cerciorarse que posee competencia para pronunciarse sobre el caso y, si es necesario, tiene que determinar dicha cuestión *proprio motu*.”¹⁴¹⁶ Según la el ORD de la OMC, “un tribunal internacional puede considerar de oficio la cuestión de su propia competencia, y cerciorarse de que tiene competencia en cualquier asunto que se le haya sometido.”¹⁴¹⁷ Respecto al principio de *res iudicata*, la CIJ afirmó que “una sentencia pronunciada por este órgano judicial es cosa juzgada y tiene fuerza obligatoria entre las partes al diferendo.”¹⁴¹⁸ En la opinión del ORD de la OMC “el principio de *res iudicata* sería violado si se permitiera a las partes re invocar los argumentos ya resueltos”.¹⁴¹⁹ Según la CEDH “cuando una Corte resuelve definitivamente una cuestión, su sentencia no debe ser de nuevo cuestionada”.¹⁴²⁰ Estos ejemplos de reproducción casi textual de una enunciación común de un principio general del Derecho abundan en el presente trabajo.

Todas las sentencias que analicé traducen un mismo “arte argumentativo” respecto a los principios generales del Derecho, objeto de mi estudio. El juez internacional que los aplica puede ser diferente pero el discurso jurídico en el que se enuncian es el mismo. La “Comunidad epistémica de jueces internacionales” posee un mismo estado de mente (*mindset*) sobre dichos principios y una “creencia” común en los valores que dichos principios representan. Todos los jueces internacionales suscriben a los valores representados por los principios

¹⁴¹⁵ TIDM, *M/V Saiga*, cit., nota 696

¹⁴¹⁶ CIJ, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, cit., nota 698, párr. 13

¹⁴¹⁷ OMC, *US Antidumping Act of 1916*, cit., nota 708, párr. 50

¹⁴¹⁸ CIJ, *Opinión consultativa relativa a las sentencias de indemnización pronunciadas por el Tribunal administrativo de la ONU*, cit., nota 983, p. 8.

¹⁴¹⁹ OMC, *US-Measures Affecting the Cross Border supply of gambling and betting services*, cit.

¹⁴²⁰ CEDH, *Brumarescu c. Rumania*, cit., nota 1012

generales del Derecho y los consideran esenciales para el ejercicio de su función judicial.

Como lo afirma Anthony Aust: “Ningún juez sabio (nacional o internacional) quiere reinventar la rueda”.¹⁴²¹ Por lo tanto, parece muy natural que los jueces internacionales tengan un común entendimiento de los principios *compétence de la compétence, nemo iudex in causa sua, iura novit curia, res iudicata, estoppel* y *pacta sunt servanda*, y estén dispuestos a aplicarlos de manera convergente (o común). Los principios comunes construyen un consenso entre los jueces internacionales sobre principios jurídicos, universalmente válidos y la manera en la que éstos deben ser aplicados.

La existencia de una “Comunidad epistémica de jueces internacionales” también sugiere algunos riesgos. El primer riesgo traduce la constante preocupación de que los “principios comunes” no son realmente comunes sino que expresen los valores dominantes del Occidente. Además esta “Comunidad de jueces internacionales” podría olvidarse de algunos temas o principios (en particular, los relativos a los derechos sociales o culturales) para promover otros, más útiles al liberalismo económico (por ejemplo un entendimiento “estandarizado” de los derechos humanos o de la liberalización comercial). En tercer lugar, la dominación epistemológica de las doctrinas estadounidenses respecto a la globalización (del Derecho o de los jueces) es sospechada de representar los objetivos de una agenda política particular: la de las élites estadounidenses transnacionales que pretenden imponer sus intereses “universales” a los países en desarrollo.¹⁴²² Finalmente, la existencia de un *episteme* común sobre los principios generales del Derecho (y/o otros principios fundamentales del Derecho internacional) podría obstaculizar el desarrollo dinámico del Derecho internacional y la creatividad en el ejercicio de la función judicial por parte de los jueces internacionales.

¹⁴²¹ Aust, P., *Peaceful Settlement of Disputes: A Proliferation Problem?*, in Ndiaye, T.M. and R. Wolfrum (eds), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, 200), pp. 131, 137, citado en Simma, Bruno, *The Universality...*, *op. Cit.*, nota 11, p. 279

¹⁴²² Para una interesante crítica de las doctrinas estadounidenses de “*Judicial Globalization*”, ver Navarrete, Victor, *Judicial Globalization: A New Model of North-South Relations for the 21st Century?*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 361-397

Sin entrar en más detalles sobre las críticas que podrían hacerse al concepto de “Comunidad epistémica de jueces internacionales”, quiero subrayar que, en mi opinión, dicha Comunidad permite responder a algunos de los retos suscitados por la “judicialización” del Derecho internacional. Este proceso indudablemente genera una multiplicación de los Tribunales internacionales pero no crea instituciones judiciales completamente autónomas e aisladas unas de las otras. Los jueces (personas) que las componen comparten un entendimiento y un conocimiento (*episteme*) común sobre el Derecho internacional y sobre sus principios más fundamentales y cardinales. Este conocimiento común les permite comprometerse en la misma dialéctica respecto a su aplicación e interpretación. Los factores profesionales y epistémicos vinculan informalmente a los jueces internacionales y contribuyen al desarrollo de principios normativos que conforman su horizonte jurídico común.

CONCLUSIONES

La presente investigación me permite adelantar las siguientes conclusiones respecto a las importantes funciones de los principios generales del Derecho, como principios comunes a los Tribunales internacionales, en el actual contexto de “judicialización” del Derecho internacional:

PRIMERA: La “judicialización” es un fenómeno reciente en el ámbito internacional que consiste en una gran multiplicación de los Tribunales internacionales. Durante la mayor parte de su historia, el orden jurídico internacional se caracterizaba por la insipiente de los mecanismos judiciales de arreglo de las controversias. Debido a una serie de factores complejos, en la actualidad, este orden cuenta con más de cincuenta órganos que cumplen con funciones de naturaleza judicial o casi-judicial. La “judicialización” permite consolidar el arreglo judicial de las controversias internacionales y promover así su resolución pacífica. No obstante, este proceso genera dos principales retos para el funcionamiento eficaz del sistema jurídico internacional.

SEGUNDA: El primer reto de la “judicialización” se origina en la especialización creciente de los Tribunales internacionales. Esa especialización se asocia con la división del trabajo y la sectorización de las actividades en una sociedad determinada, pero sin constituir en sí misma un peligro para el funcionamiento del orden jurídico internacional. No obstante, dicha especialización se desarrolla en un contexto marcado por la “compartimentación” del Derecho internacional. Este término designa al surgimiento de disciplinas jurídicas internacionales de carácter altamente especializado, y enfatiza la completa separación y autonomía entre éstas.

TERCERA: La especialización y la autonomía de las disciplinas internacionales podría conducir al desarrollo de un “hermetismo normativo” en la resolución judicial de las controversias internacionales. Para resolver un litigio

concreto que les fuera sometido, las jurisdicciones internacionales aplicarían e interpretarían únicamente las normas especializadas que justificaron su creación. El “hermetismo normativo” en la interpretación y aplicación judicial del Derecho internacional propiciaría el desarrollo de regímenes autárquicos de normas e instituciones (“*self-contained regimes*”) en el ámbito internacional.

CUARTA: El segundo problema derivado de la “judicialización” provoca la ausencia de vínculos estructurales entre los múltiples Tribunales internacionales. La falta de relaciones formales entre los órganos judiciales internacionales podría impedir la coordinación de su actividad judicial y jurisprudencial. Además, la descentralización de las jurisdicciones internacionales facilitaría el surgimiento de conflictos de competencia y de jurisprudencia entre dichas instituciones. Ambas situaciones contribuirían a disminuir la seguridad jurídica en el orden jurídico internacional y expondrían a los sujetos de este orden a una multitud de controles judiciales, basados en concepciones jurisprudenciales incoherentes del Derecho internacional.

QUINTA: Los principios comunes a los Tribunales internacionales pueden derivarse de los principios generales del Derecho, establecidos como fuente del Derecho internacional en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Por varios motivos, la naturaleza intrínseca de los principios generales del Derecho les permite fungir como principios comunes a los Tribunales internacionales. Como principios comunes a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Comunidad internacional, estos principios son ampliamente conocidos por todos los actores del sistema jurídico internacional y, en particular, por todos los jueces internacionales. Además, los principios generales del Derecho resultan fundamentales para el correcto desempeño de la función judicial internacional y de una función judicial cualquiera.

SEXTA: Estos principios expresan valores de naturaleza tanto formal como sustancial que definen al Derecho en sí y paralelamente le permiten cumplir con

una de sus funciones fundamentales: regular la vida de una comunidad en sociedad. Ningún juez internacional puede prescindir de la aplicación de los valores, representados por los principios generales del Derecho porque dichos valores aseguran el sustrato axiológico, indispensable para la operación eficaz del orden jurídico internacional.

SÉPTIMA: Los principios generales del Derecho forman parte de un “Derecho internacional general”. Como elementos del “Derecho internacional general”, estos principios se caracterizan por un ámbito de aplicación generalizado, *ratione materiae* y *ratione personae*. Desde esta perspectiva, los principios generales del Derecho constituyen un marco normativo común a todas las esferas de regulación del Derecho internacional y a todos los Tribunales internacionales. En consecuencia, los principios generales del Derecho forman parte del Derecho aplicable ante cualquiera de los jueces internacionales. En virtud de este criterio formal, los principios generales del Derecho también pueden considerarse como principios comunes a los Tribunales internacionales.

OCTAVA: Los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia* y *res iudicata* constituyen principios generales del Derecho que rigen la conducta del proceso judicial ante todos los Tribunales internacionales. En el presente trabajo se demostró que dichos principios están presentes en los Estatutos constitutivos de la mayoría de las jurisdicciones internacionales, objeto de estudio. Además, su interpretación y aplicación en las sentencias internacionales son convergentes. Por lo tanto, se puede considerar que estos cuatro principios generales del Derecho son principios comunes a los Tribunales internacionales.

NOVENA: Los principios de *estoppel* y *pacta sunt servanda*, como derivaciones del principio de *bona fides*, son principios generales del Derecho de naturaleza sustancial en cuanto se aplican en la resolución del fondo de los litigios internacionales. En esta investigación se comprobó que los principios

fundamentales de *estoppel* y *pacta sunt servanda* son interpretados y aplicados de manera convergente en las sentencias de los Tribunales internacionales, objeto de estudio. Por consiguiente, es de concluirse que dichos principios efectivamente constituyen principios comunes a los Tribunales internacionales.

DÉCIMA: En el presente estudio se destacó la utilización constante de los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* y *pacta sunt servanda* en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales analizados. Esta confirmación demuestra que los órganos judiciales internacionales no aplican e interpretan las normas internacionales especializadas en un “hermetismo normativo”. Correlativamente, esta observación pone de manifiesto que los conjuntos normativos especializados dentro de los que operan los Tribunales internacionales no constituyen “*self-contained regimes*”: regímenes autónomos, cerrados sobre sí mismos o autárquicos.

UNDÉCIMA: La aplicación convergente de principios generales del Derecho en la jurisprudencia de los Tribunales internacionales estudiados, evidencia que la presencia de normas especializadas, organizadas en ramas jurídicas específicas no conduce a una “compartimentación” del orden jurídico internacional. Dicha aplicación preserva la coherencia de los principios básicos del sistema jurídico internacional y evita su pulverización. Los principios generales del Derecho, como principios comunes a los Tribunales internacionales, constituyen un puente que conecta a todos los conjuntos normativos especializados en el sistema jurídico internacional.

DUODÉCIMA: El análisis de la interpretación y aplicación de los principios generales *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* y *pacta sunt servanda* en las sentencias de los Tribunales internacionales estudiados corrobora la ausencia de conflictos de jurisprudencia en la materia. Esta demostración permite concluir categóricamente

que la “judicialización” no afecta la coherencia en la interpretación y aplicación judicial de algunos de los principios fundamentales del Derecho internacional.

DÉCIMA TERCERA: El análisis de las sentencias de aplicación de los principios comunes a los Tribunales internacionales ilustra, entre otros, el desarrollo de un “diálogo judicial” en la materia. Esta comunicación es un instrumento por medio del cual los jueces internacionales interactúan entre sí y construyen vínculos informales para lograr la coordinación de su actividad jurisprudencial. Los vínculos informales comprueban que los Tribunales internacionales no son completamente autónomos entre sí y no constituyen “*self-contained regimes*”.

DÉCIMA CUARTA: La constancia de estos vínculos informales origina la posibilidad para los Tribunales internacionales de funcionar en “red”. La “red judicial internacional” es una organización horizontal auto creada y auto regulada por los propios jueces internacionales. Cada jurisdicción internacional constituye un “nudo” de esta “red”; todos los nudos se sitúan al mismo nivel, en términos generales, y se auto-regulan sobre la base de la complementariedad.

DÉCIMA QUINTA: La interconexión de los Tribunales internacionales por medio de sus principios comunes evidencia el establecimiento de un “conjunto multilateral de Tribunales internacionales al servicio de la justicia internacional”. Las jurisdicciones que integran a este conjunto cumplen, de manera exitosa, con la función primaria de un sistema judicial: la impartición y la realización de la justicia en el plano internacional. La ausencia, por el momento, de un verdadero “sistema judicial internacional” no impide que dos de sus principales objetivos sean cumplidos por una multitud dispersa de órganos judiciales sin relaciones formales entre sí.

DÉCIMA SEXTA: Los principios comunes a los Tribunales internacionales son, en realidad, principios comunes a los jueces internacionales como personas.

Un examen detallado de las características del grupo de personas que forman parte de los órganos judiciales internacionales descubre la existencia de un perfil sociológico, profesional y académico común a los jueces internacionales. Este perfil explica en buena medida el desarrollo de principios comunes a los jueces internacionales y podría favorecer su multiplicación.

DÉCIMA SÉPTIMA: El perfil sociológico, profesional y académico común a los jueces internacionales les proporciona, además, puntos de contacto de carácter intelectual. En efecto, la revisión de las sentencias en las que los jueces internacionales aplican e interpretan los principios comunes, objeto de la investigación, demuestra un entendimiento o conocimiento (*episteme*) compartido acerca de dichos principios. Este conocimiento común puede asociarse con el surgimiento de una “Comunidad epistémica” de jueces internacionales: un grupo de personas que comparten ideas comunes, valores comunes y/u objetivos comunes, representados por principios comunes.

DÉCIMA OCTAVA: La existencia de principios comunes a los Tribunales internacionales se dirige hacia un mayor desarrollo de mecanismos jurídicos que promuevan la interpenetración entre la multitud de instituciones judiciales y conjuntos normativos existentes en el ámbito internacional. La interacción normativa e institucional, basada en elementos jurídicos comunes a todos los actores del sistema jurídico internacional favorecería la resolución de los temas y problemas jurídicos globales. La intensidad y el alcance de estos cambios podrían justificar una reforma estructural en el actual funcionamiento del orden jurídico internacional.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA:

- ALLARD, Julie y GARAPON, Antoine, *Les juges dans la mondialisation – la nouvelle révolution du droit*, ed. Le Seuil, 2005
- AMERASINGHE, Chittharanjan, *Jurisdiction of International Tribunals*, ed. Kluwer Law International
- ANDENAS, Mads and FAIRGRIEVE, Duncan, *Judicial Review in international perspective*, ed. Kluwer Law International, The Hague, 2000, 523 p.
- ARISTÓTELES, *Arte retórica*, Libro I, capítulo 9, ed. Porrúa, 200
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernity and Ambivalence*, ed. Polity Press, 1991
- BECERRA RAMIREZ, Manuel, y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.), *Estado de Derecho internacional*, ed. Instituto de investigaciones jurídicas, 2012
- BROWN, Chester, *A Common Law of International Adjudication*, ed. Oxford University Press, 2009
- BROWNLIE, Ian, *Principles of International Law*, ed. Oxford University Press, 2003
- CARREAU, Dominique, *Droit international public*, ed. Pédone, 2004
- CARTY, Anthony, *The decay of international law: A Reappraisal of the limits of legal imagination in international affairs*, ed. Melland Shill Studies in International Law, 1996
- CASSESE, Sabino, *International Law*, ed. Oxford University Press, 2005
- (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, ed. Oxford University Press, 2012
- CHENG, Bin, *General Principles of International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, ed. Cambridge University Press, 1st ed. 1951, reprint 1986
- CLAVEL, Julie, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe compétence de la compétence*, These, Université

- Paris II, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/ec256b8a-aec8-47c3-b64d-47d3c207cdbc>
- CRYER, Robert *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, ed. Cambridge University Press, 2010
- DELAS, Olivier *et al.*, *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, 184 p.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, ed. Le Seuil, 1998
- , *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, ed. Hart publishing, 2009
- , *Pour un droit commun*, ed. Le Seuil, 2003
- DEL VECCHIO, Angela, *I Tribunali Internazionali tra globalizzazione e localismi*, ed. Bari : Cacucci, 2009, 296 p.
- DEL VECCHIO, Angela, *New international tribunals and new international proceedings*, ed. Giuffré-Milano, 2006, 365 p.
- DEMBOUR, Marie-Bénédicte, *Paths to international justice: social and legal perspectives*, ed. Cambridge University Press, 2007, 267 p.
- DEWEY, John, *Democracy and Education: An Introduction to the Philosophy of Education*, ed. Macmillan, 1916
- DIJK, P. van, *The right of an accused to a fair trial under international law*, Kluwer Law International, 1998
- DUBOIS, Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, ed. Dalloz, 2001
- DUPUY, René-Jean, *La Communauté internationale entre mythe et réalité*, ed. Economica, 1986
- ENGDAHL, Ola y WRANGE, Pal, *Law at War-The Law as It was and the Law as it Should Be*, ed. Koninklijke Brill BV, 2008
- EL KHARAZ, Bachir, *La Cour internationale de justice et la multiplication des juridictions internationales : réflexions sur les nouvelles tendances de la justice internationale*, Thèse, Université de Strasbourg, 2010, 474 p.
- FAUCHALD, Ole Kristian y NOLLKAEMPER, André, *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, ed. Hart Publishing, 2012

- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009
- FONTANELLI, Filippo *et al.* (coord.), *Shaping Rule of Law through Dialogue, International and Supranational Experiences*, ed. Groningen: Europa Law Publishing, 2010
- FOROWICZ, Magdalena, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, ed. Oxford, 2011
- FRIEDMANN, Lawrence, *The Legal System: A Social Science Perspective*, ed. Rusell Sage Foundation, 1975
- FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, ed. Columbia University Press, 1964
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, ed. Yale University Press, 1969
- GREWE, Wilhelm, *The epochs of International Law*, ed. Michael Byers, 2000
- GUILLAUME, Gilbert, *Advantages and risks of proliferation: a blueprint for action: comments on the proliferation of international courts*, ed. Oxford University Press, 2004, 303 p.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, ed. Oxford University Press, 1961
- HERRIK, Larissa van der y STAHN, Carsten, *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, ed. Matrinus Nijhoff, 2012
- HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process, International Law and how we use it*, ed. Oxford: Clarendon Press, 2003
- JOLOWICZ, H., *Historical Introduction to the Story of Roman Law*, ed. Cambridge University Press, 1967
- KEBEDE TIBA, Firew, *Multiplicity of international courts and tribunals: implications for the coherent application of public international law*, eds. Oxford University Press, 2009
- KLABBERS, Jan *et al.*, *The Constitutionalization of International Law*, ed. Oxford University Press, 2011

- KOLB, Robert, *La bonne foi en droit international public*, ed. Presses Universitaires de France, 2001, 832 p.
- KOSKENNIEMI, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, ed. Cambridge University Press, 2001
- La juridictionnalisation du Droit International*, Colloque de Lille, Société Française pour le Droit international, 2002, ed. Pédone, 2003
- LAUTERPACHT, Elihu, *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, ed. Cambridge University Press, 1970
- LAUTERPACHT, Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*, ed. Longmans, 1927
- , *Grotian Tradition in International Law*, ed. Oxford University Press, 1946
- LE FLOCH, Guillaume, *L'urgence devant les juridictions internationales*, ed. Pédone, 2008
- LUHMAN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, ed. Herder, 2002
- LUTRELL ROSS, Samuel, *Bias challenges in international arbitration*, tesis doctoral, Murdoch University, Australia, <http://researchrepository.murdoch.edu.au/698/2/02Whole.pdf>
- MACKENZIE, Ruth *et al.*, *Manual of International Courts and Tribunals*, ed. Oxford University Press, 2010, 547 p.
- MANI, V.S., *International Adjudication: Procedural Aspects*, ed. Martinus Nijhoff, 1980
- MERRILLS, John, *The development of International Law by the European Court of Human Rights*, ed. Manchester University Press, 1993
- MITCHELL, Andrew, *Legal principles in WTO disputes*, ed. Cambridge University Press, 2008
- ORENCH Y DEL MORAL, María Asunción, *El Derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo*, ed. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2004
- OST, François y KERCHOVE, Michel Van de, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, ed. Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002

- , *Le système juridique: entre ordre et désordre*, ed. PUF, 1988
- PETERS, Anne *et al.*, *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2005
- PETROVA GEORGIEVA, Virginia, *La contribución del “juez” al desarrollo de las integraciones regionales: los casos europeo y latinoamericano*”, Tesis de Maestría, Facultad de Derecho, UNAM
- PROST, Mario, *The Concept of Unity in Public International Law*, ed. Hart Monographers, 2012
- RAIMONDO, Fabián, *General Principles of Law in the Decisions of international Criminal Courts and Tribunals*, Tesis doctoral, University of Amsterdam, <http://free-downloads-criminal-lawyer-ebook.com/lawyer/706-general-principles-of-law-in-the-decisions-of-international-criminal-courts-and-tribunals.html>
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, ed. Porrúa, 2009
- ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, ed. Dalloz, 1975
- RUIZ-FABRI, Hélène y SOREL, Jean-Marc (eds.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales: regards croisés*, ed. Pédone, 2003
- RUIZ-FABRU, Hélène *et al.*, *Variations autour d'un droit commun*, ed. Pédone 2001
- RUIZ-FABRI, Hélène (coord.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, 7^{ème} journée d'études sur le contentieux des juridictions internationales, 30 mai 2008, Paris, ed. Pédone, 2010, 302 p.
- , *La motivation des décisions des juridictions internationales*, 6^{ème} journée d'études sur le contentieux des juridictions internationales, Paris, le 5 juin 2007, ed. Pédone, Paris, 2008, 285 p.
- , *La preuve devant les juridictions internationales*, 5^{ème} journée d'études du contentieux des juridictions internationales, 2 juin 2006, ed. Pédone, Paris, 2007, 253 p.
- , *La saisine des juridictions internationales*, 4^{ème} journée d'études du contentieux des juridictions internationales, ed. Pédone, Paris, 2006, 317 p.

- , *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, 3^{ème} journée d'études sur le contentieux des juridictions internationales, ed. Pédone, Paris, 2005, 266 p.
- , *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, ed. Pédone, Paris, 2004, 198 p.
- , *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales*, 1^{ère} journée d'études sur le contentieux des juridictions internationales, ed. Pédone, Paris, 2003, 210 p.
- SCAGLIONE, Marcelo, *L'intégration régionale comme stratégie du développement en Amérique du Sud : l'expérience du Mercosur*, mémoire, ENA, 2003
- SCHASCHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, ed. Martinus Nijhoff, 1991
- SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, ed. Oxford University Press, 2006
- , *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003
- STELZIG-CARON, Slovia, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, Thèse de l'Université de Grenoble, 2011, http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/76/94/01/PDF/37263_STELZIG_2011_archivage.pdf
- SUR, Serge, *L'interprétation en droit international public*, ed. LGDJ, 1974
- TERRIS, Daniel et. Al., *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, ed. Brandeis University Press, 2007
- TSAGOURIAS, Nicolas, *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, ed. Cambridge University Press, 2007
- TRESCHER, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, ed. Oxford University Press, 2005, p. 45
- TEUBNER, Gunther, *Law as an autopoietic system*, ed. The European University Institute Press Series, 1993
- , *Global Law without a state*, ed. Dartmouth, 1997

- VANNESTE, Frédéric, *General International Law before Human Rights Courts*, ed. Intersentia, 2009
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, ed. Aquilar, Madrid, 1978
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Teoría general del Derecho. Lo que es. Su método.*, ed. Porrúa, 2012
- YOUNG, Margaret (ed.), *Regime Interaction in International Law*, ed. Cambridge University Press, 2012
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, ed. Trotta, 2003
- ZICCARDI CAPALDO, Giuliana, *The Pillars of International Law*, ed. Ashgate, 2008

HEMEROGRAFÍA:

- ABI-SAAB, Georges Michel, Fragmentation or unification, some concluding remarks, *International Law and Politics*, vol. 31, 1998, p. 930
- , The Normalization of International Adjudication: Convergence and Divergence, *International Law and Politics*, vol. 43, 2010, pp. 1-4
- , The international Court of Justice as a world court, in Vaughan, Lowe and Fitzmaurice, Malgosia (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice*, 1993
- ALLIOT, Philipp, *International Society and the Idea of Justice*, <http://www.trin.cam.ac.uk/show.php?dowid=1396>, p. 42
- ALTER, Karen, *Delegation to International Courts: Why, How, and Problems in Doing So* (May 3-4, 2002), paper prepared for the Conference on Delegation to International Organizations, Park City, UT, May 3-4, 2002
- BARTHOLOMEUSZ, Lance, The *amicus curae* before international Courts and Tribunals, *Non-States Actors and International Law*, vol. 5, 2005, p. 211
- BANGAMWABO, Francois-Xavier, *The right to an independent and impartial tribunal: a comparative study of the Namibian judiciary and international judges*,

- http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/namibia/Independence_Judiciary/bangamwabo.pdf, p. 248
- BARBERIS, Julio, Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho internacional,
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/14/dtr/dtr1.pdf>
- BASSIOUNI, Sherif, A functional approach to general principles of law, *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, 1990
- BENVENISTI, Eyal, Exit and Voice in the Age of Globalization, *Michigan Law Review*, vol. 98, 1999, pp. 167-213
- BINDER, Christina, The Pacta Sunt Servanda Rule in the Vienna Convention on the Law of Treaties: a Pillar and its Safeguards, in Buffard, Isabelle and Gerhard Hafner (eds), *International Law Between Universalism and Fragmentation*, ed. Brill, 2008, p. 318
- BODACK, Jessica, International Law for the Masses, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 15, p. 364
- BOGDANDY, Armin von, Constitutionalism in international law: a proposal from Germany, *Harvard Journal of International Law*, vol. 47, 2006, p. 224
- BORZEL, Tania, *What's So Special about Policy Networks? An Exploration of the Concept and Its Usefulness in Studying European Governance*, 1997 European Integration online Papers No. 16, p. 1
- BROWN, Chester, The Cross-Fertilization of Principles Relating to Procedure and Remedies in the Jurisprudence of International Courts and Tribunals, 30 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 219 (2008),
<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol30/iss3/2>
- , Evolution and application of independence rules of international judiciary, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, vol. 2, num. 1, pp. 63-96
- BUERGENTHAL, Thomas, Proliferation of international courts and tribunals: is it good or bad?, *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 267
- BURKE-WHITE, William, International Legal Pluralism, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 967

- CAFLISCH, Lucius, Le Règlement pacifique des différends internationaux a la lumiere des bouleversements intervenus en Europe Centrale et en Europe de l'Est, *Anuario de Derecho internacional*, 1993, pp. 17-39
- CAMERON, James and GRAY, Kevin, Principles of international law in the WTO Dispute Settlement Body, *International and Comparative Law Quarterly*, num. 50, p. 248
- CANCADO TRINDADE, Antônio Augusto, International Law for Humankind: towards a new jus gentium, *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, vol. 317, 2006, p. 182
- , The merits of coordination of international courts on human rights, *Journal of International Criminal Law*, num. 2, 2004, p. 309
- CANIVET, Guy, Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la b n volance des juges, *Revue de science criminelle*, 2005, p. 799
- CHANET, Christine, Les influences croisées entre les juridictions nationales et les juridictions internationales, *Les Cahiers de droit*, vol. 51, 2010, p. 225
- CHARNEY, Jonathan, Is International Law Threatened by Multiple International Law Tribunal?, *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, n m. 271, 1998, p. 101
- , The impact on International Legal System of The Growth of International Courts and Tribunals, *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1999, p. 699
- CLAES, Monica y DE VISSER, Maartje, Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks, *Utrecht Law Review*, vol. 8, 2012, p. 100
- COMBACAU, Jean, Le droit international: bric-à-brac ou système, *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, p. 85
- DANNENBAUM, Tom, Nationality and the International Judge: The Nationalist Presumption Governing the International Judiciary and why it must be reversed? *Cornell International Law Journal*, vol. 45, 2012, pp. 89-90

- DEL VECCHIO, Angela, Globalization and its effects on international courts and tribunals, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006, vol. 5, num. 1, pp. 1-11
- DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean, La complexité de la participation des Cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges, *Petites affiches*, 2008, n°112, p. 22
- DUPUY, Pierre-Marie, The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice, *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, p.792
- , International Courts and State Responsibility, in *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und Politischer Realität Festschrift für Karl Zemanek*, ed. Humblot, 1994, p. 307
- , The constitutional dimension of the Charter of the UN revisited, *Max Planck Yearbook of UN Law*, vol. 1, 1997, p. 1
- , The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the ICJ, *New York University Journal of Law and Politics*, vol. 31, 1998, p. 791
- , L'unité de l'ordre juridique international, *Recueil de cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 297, 2002
- El *amicus curae*. ¿Qué es y para qué sirve?, Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo, Serie documentos Defensoriales, Documento número 8, Perú, <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>, p. 20
- FACCO, Javier Humberto, Reseña histórico comparativa del principio general de buena fe en el subsistema jurídico latinoamericano, *Revista mexicana de historia del Derecho*, XXIV, 2011, pp. 241-242
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, La confiance légitime et l'estoppel, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, 2007, p. 2
- FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther, Regime-collisions: the vain search for unity in the fragmentation of global law, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, p. 1002

- FMI, La mondialisation, faut-il s'en réjouir ?, *IFM issue Brief n°00/1F*, avril 2000, janvier 2002, p. 12
- FORD, Christopher, Judicial discretion in international jurisprudence: art. 38 (1) (c) and general principles of law, *Duke Journal of Comparative and International Law*, num. 5, 1994, p. 35
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Droit international économique et mondialisation, in *Les grandes questions du droit économique*, Paris, ed. Quadrige/PUF, 2005, p. 69
- FRYDMAN, Benoît, Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle, in *Le dialogue des juges, Actes du colloque du 28 avril 2006*, ed. Bruylant, 2007, p. 1
- GAFFNEY, John P., Due process in the World Trade Organization, the Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System, *American University International Law Review*, vol. 14, 1999, p. 1179
- General Public International Law and International Investment Law- A research sketch on selected issues, *International Law Association, German Branch*, marzo 2011, <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20105.pdf>
- GINGSBURG, Tom, Judicial lawmaking, *Virginia Journal of International Law*, vol. 45, 2005, pp. 4-6
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, Sistemas jurídicos contemporáneos. Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica, *Anuario Jurídica*, p. 625, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt27.pdf>
- GRAEWERT, Tim, Conflicting Laws and Jurisdiction in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 1, 2008, p. 290
- GUILLAUME, Gilbert, Advantages and Risks of Proliferation, A Blueprint for Action, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, p. 300
- , The Future of International Judicial Institutions, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, 1995, p. 848

- , The Use of Precedents by International Judges and Arbitrators, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, 2011, pp. 5-23
- HAAS, Peter, Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination, *International Law and Organizations*, vol. 46, 1992, pp. 2-3
- HAFNER, Gerhard, Pro and Cons Ensuing the Fragmentation of Global Law, *Michigan Journal of International Law*, vol. 45, 2004, p. 85
- HELPER, Laurence y ALTER, Karen, Nature or Nurture ? Judicial Law-Making in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice, (2010), *Duke Law Working Papers*, Paper 3, p. 2, http://scholarship.law.duke.edu/working_papers/3
- HELPER, Laurence y SLAUGHTER, Anne-Marie, Why States Create Independent Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo, *California Law Review*, vol. 93, 2005, pp. 1-57
- HESTERMAYER, Holger, Where Unity is at Risk: when International Tribunals proliferate, in König, Doris *et. Al.*, *International Law: New Challenges and the Need for Reforms*, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Volume 193, 2008
- HIGGINS, Rosalyn, Respecting the Sovereign States and the Running a Tight Court-room, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, p. 122
- HISCOCK, Mary, The Keeper of the Flame: Good Faith and Fair Dealing in International Trade, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 29, 1996, p. 1061
- HOWSE, Robert, Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice: A Reply, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 945
- HUBERT, Thierry, L'évolution du droit international: cours de droit international public, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 222 (1990-III), p. 196

- ILC, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*,
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf
- ILC, *Fragmentation du droit international*,
http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_l682.pdf
- JACKSON, John, Fragmentation or unification among international institutions,
New York University Journal of International Law and Politics, num. 31,
 1999, p. 823
- JENNINGS, sir Robert, The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and
 Possible Answers in Implications of the Proliferation of International
 Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution, *American Society of
 International Law Bulletin*, vol. 9, 1995, p. 7
- JOUANNET, Emmanuelle, Actualité des questions d'indépendance et impartialité
 des juridictions internationales: la consolidation d'un tiers pouvoir
 international, in Ruiz-Fabri, Hélène et Jean-Marc Sorel (coord.),
Indépendance et impartialité des juridictions internationales, ed. Pédone,
 2003, p. 273
- , La Communauté internationale vue para les juristes, *Annuaire Francais de
 Relations Internationales*, vol. 6, 2005, p. 7
- , Universalism and Imperialism, The True-False Paradox of International Law,
European Journal of International Law, vol. 18, 2007, p. 379
- , L'influence des principes généraux du droit face aux phénomènes de
 fragmentation du droit international contemporain,
- KEBEDE TIBA, Firew, What caused the multiplication of international Courts and
 Tribunals, *Gonzaga Journal of International Law*, vol. 10, núm. 2, p. 203
- KENNEDY, David, The disciplines of International Law and Policy, *Leiden Journal
 of International Law*, vol. 12, 1999, p. 9
- KINGSBURY, Benedict, Foreword: is the proliferation of International Courts and
 Tribunals a Systemic Problem, *International Law and Politics*, vol. 31, 2003,
 p. 684

- KLAVEREN, Alberto van, Regionalismo y multilateralismo: una convergencia necesaria, en *El futuro del Libre Comercio en el Continente Americano. Análisis y Perspectiva*, López Ayllón, Sergio (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 56
- KOCH, Charles, *Envisioning a Global Legal Culture*, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=376760> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.376760>
- KOLB, Robert, La bonne foi en droit international public, *Revue belge de droit international*, vol. 2, 1998, p. 675
- KOSKENNIEMI, Marti y LEINO, Paivi, Fragmentation of International Law: Post-Modern Anxieties, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2005, pp. 566-567
- KOSKENNIEMI, Martti, The Fate of International Law: Between Technique and Politics, *European Journal of International Law*, vol. 1, 1999, p. 1
- , Hierarchy in International Law: A Sketch, *European Journal of International Law*, vol. 8, 1997, p. 566
- , Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law, *European Journal of International Law*, vol. 2, 1997, pp. 215-263
- LAUTERPACHT, Hersch, Règles générales du droit de la paix, *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, vol. CXII, 1937, pp. 99-422
- LEATHELY, Christian, An institutional hierarchy to combat the fragmentation of international law: has the ILC missed an opportunity? , *International Law and Politics*, vol. 40, 2007, p. 266
- LEGRAND, Pierre, European Legal Systems are not Converging, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 57 s
- LESAFFER, Lander, Argument from Roman Law in Current International Law, Occupation and Acquisitive Prescription, *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, p. 29
- MACGIBBON, Estoppel in International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7, 1958, p. 477

- MACKENZIE, Ruth y SANDS, Philippe, International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 274
- MARCEAU, Gabrielle, A call for coherence in international law, *Journal of world trade*, num. 33, 1999, p. 87
- MATZ-LUCK, Nele, Promoting the Unity of International Law: Standard Setting by International Tribunals in König, Doris *et. Al.*, International Law: New Challenges and the Need for Reforms, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Volume 193, 2008
- McLAUHLAN, Campbell, The principle of systemic integration and article 31 (3) of the Vienna Convention, *International and Comparative Law Quarterly*, num. 54, 2005, p. 279
- MICHAELS, Ralph, *Legal Culture*, in Oxford Handbook of European Private Law, ed. Oxford University Press, p. 1
- MILLER, Nathan, An international jurisprudence? The Operation of “Precedent” across International Tribunals, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p. 484
- , *Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary: General Overview of the Issue*, 2002, p. 3, http://www.pict-pcti.org/activities/ILA_study_grp/ILA1.pdf
- MITCHELL, Andrew, Good Faith in WTO Dispute Settlement, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, p. 345
- , The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, 2007, pp. 803 y s.
- MOSLER, Hermann, The International Society as a Legal Community, *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, vol. 140, 1974, pp. 1-230
- NAVARRETE, Victor, Judicial Globalization: A New Model of North-South Relations for the 21st Century?, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 361-397

- NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 101
- NOWAK, Manfred, The need for a World Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 7, 2007, p. 251
- ODA, Shigeru, Dispute settlement prospects in the law of the sea, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, 1995, pp. 863
- OELLERS-FRAHM, Karin, Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction- Problems and Possible Solutions, *Max Planck Institute for International and Comparative Law, UNYB*, vol. 5, 2001, p. 74
- O'FLAHERTY, M. y O'BRIAN, C. Reform on UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies: A Critique of the Concept Paper on the High Commissioner 's Proposal for a Unified Standing Treaty Body, *Human Rights Law Review*, vol. 7, 2007, p. 141
- ORREGO VICUÑA, Francisco y PINTO, Christopher, *The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century*, Preliminary Report Prepared for the 1999 Centennial of the First International Peace Conference, C.E. Doc. CAHDI (98)
- ORRU, Romano, *Informal Judicial Cross-Fertilization and the System of Conferences between Constitutional Courts and Equivalent Bodies*, <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/12/206.pdf>
- OVCHAR, Alexander, Estoppel in the jurisprudence of the ICJ: A principle promoting stability threatens to undermine it, *Bond Law Review*, Vol. 21, 2009, p. 4
- PAUWELYN, Joost y SALLES, Luiz Eduardo, Forum shopping before international Tribunals: (Real) Concerns, (Im)possible solutions, *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009, p. 73
- PAUWELYN, Joost, The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? , *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, p. 535

- , Bridging fragmentation and unity: international law as a universe of inter-connected islands, *Michigan Journal of International Law*, num. 25, 2004, p. 903
- PETERSMAN, Ernst Ulrich, International Economic Law in the 21st: Need for Stronger Democratic Ownership and Cosmopolitan Reforms, *European University Institute*, 2012, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/22797>
- , Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 709
- , Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations, *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 621-650
- PINTO, Monica, Fragmentation or unification among international institutions: Human rights tribunals, *New York University Journal of International Law and Politics*, num. 31, 1999, p. 833
- RAGNAR, The ECHR and its Normative Environment: Difficulties arising from a Regional Human Rights Court’s Approach to Systemic Integration, en Fauchald, Ole, Kristian y Nollkaemper, André, *op. Cit.*, nota , p. 117
- RAO, Pemmaraju Sreenivasa, Multiple Judicial Forums: a Reflections of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 939
- REED, Lucy, Great Expectations: Where Does the Proliferation of International Dispute Resolution Tribunals Leave International Law? , *American Society of International Law and Procedure*, vol. 19, 2002, pp. 219-221
- REINISCH, August, The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 3, 2004, pp. 37-77
- Res judicata and arbitration*, Report of the International Law Association, Berlin Conference 2004, International Commercial Arbitration, p. 2
- RILES, Annelise, Cultural Conflicts, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, p. 274

- ROMANO, Cesare, The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle, *International Law and Politics*, vol. 31, 1999 p. 710
- , El lado oscuro de la luna: fragmentación de instituciones que aplican reglas jurídicas internacionales, *Puente @ Europa*, año V, núm. 2, junio 2007, p. 29
- , Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue, *International Law and Politics*, vol. 41, 2010, p. 755
- , The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent, *International Law and Politics*, vol. 39, 2007, p. 792
- RUBENFELD, Jed, Unilateralism and Constitutionalism, *New York University Law Review*, vol. 79, 2004, pp. 1971-2028
- SANG WOOK, Daniel Han, Decentralized proliferation of international judicial bodies, *Journal of transnational law and policy*, vol. 16-1, 2006, p. 103
- SAVADOGO Louis, Le recours des juridictions internationales à des experts, *Annuaire français de droit international*, vol. 50, 2004, p. 231
- SCHEININ, Martin, The proposed Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Blueprint for UN Human Rights Treaty Body Reform without Amending the Existing Treaties, *Human Rights Law Review*, vol. 6, 2006, p. 131
- SEGRELLES, José Antonio, Integración regional y globalización, *Terra livre*, vol. 18, Sao Paolo 2002, p. 68
- SHABTAI, Rosenne, The Perplexities of Modern International Law. General course of public international law, *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, vol. 291, 2001
- SHANY, Yuval, One Rule to Rule them All: Should International Courts be Viewed as Guardians of Procedural Order and Legal Uniformity?, in Fauchald, Ole Kristian y Nollkaemper, André (eds.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, ed. Hart Publishing, 2012, pp. 15-35

- SIMMA, Bruno, Self-contained regimes, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, pp. 111-135
- , Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner, *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, p. 265 s.
- , From Bilateralism to Community Interest in International Law, *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, vol. 250, 1994, pp. 217-384
- SLAUGHTER, Anne, Marie, Sovereignty and Power in a Networked World Order, *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, 2004, p. 285
- , A Brave New Judicial World, in Ignatieff, Michael (eds.), *American Exceptionalism and Human Rights*, ed. Princeton University Press, 2005, p. 275
- , A Typology of Transjudicial Communication, *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, 1995, p. 111
- , Judicial Globalization, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 1999, p. 1103
- , A Global Community of Courts, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 193
- STRUPP, Karl, Les regles générales du droit de la paix, *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, vol. 47, 1934, pp. 335-336
- SWARTZENBERGER, Georg, The Nemo Iudex in Sua Causa Maxim In International Judicial Practice, *Anglo-American Law Review*, 1972, p. 482
- , *The Fundamental Principles of International Law*, *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, vol. 81, 1955-1, p. 290
- TERRIS, Daniel *et al.*, Toward a Community of International Judges, *Loyola International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2008, p. 420
- TETLEY, William, Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering, *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 35, 2004, p.567
- THIRLWAY, H., The Law and Procedure of the ICJ, 1960-1989, *British Yearbook of International Law*, vol. 63, 1992, p. 48

- TREVES, Julio, The conflicts between the ITLOS and the ICJ, *New York University Journal of Law and Politics*, vol. 31, 1999, p. 809
- TORRE BLANCO, Humberto, *La imparcialidad objetiva en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, disponible en <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/judicial/HumbertoTorre.pdf> , pp. 7-10
- VAN DAMME, Isabelle, *Inherent Powers of and for the WTO Appellate Body*, Working Paper Centre for Trade and Economic Integration, Graduate Institute, Geneva, p. 9, <http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/cteiworkpapers/WPCTEI-InherentPowersAB29Aug.pdf>
- VELAZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del derecho internacional, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 12, 2012, pp. 407-453
- VERDROSS, Alfred, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale, *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, vol. 52, 1935, pp. 223
- VIRALLY, Michel, Panorama de droit international, *Recueil des cours de l'académie de droit International de la Haye*, 1983, p. 161
- VOETEN, Erik, The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights, *American Political Science Review*, vol. 102, 2008, p. 421
- , *Borrowing and No-borrowing between International Courts*, http://ducis.jhfc.duke.edu/wpcontent/uploads/2009/02/voeten2009_0226.pdf
- VOIGT, Cristina, The importance of general principles in international law and their relation to treaty law, *Retfaerd Argang*, vol. 31, 2008, p. 3
- WAGNER, Megan, Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice, *California Law Review*, vol. 74, 1986, p. 1778
- WAHBERG, Hans, *Pacta sunt servanda*, *American Journal of International Law*, vol. 53, 1959, p. 775

WATERS, Melissa, *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*, *Georgetown Law Journal*, Vol. 93, 2005, p. 490

ZIGURDS, Zile, *A Soviet Contribution to International Adjudication: Professor Krylov's Jurisprudential Legacy*, *American Journal of International Law*, vol. 58, 1964, pp. 359-382

VIDEO CONFERENCIAS:

ABI-SAAB, Georges Michel, *The International Judicial Function*, UN Lecture Series, http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Abi-Saab_CT_video_1s.html

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, *Le rôle du juge international dans un contexte de multiplication des procédures de règlement des différends*, UN Lecture Series, http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Boisson-de-Chazournes_CT_video_1.html

CANCADO TRINDADE, Antônio Augusto, *La expansión de la jurisdicción internacional y su importancia para la realización de la justicia*, UN Lecture Series, http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Cancado-Trindade_HR.html#

-----, *General Principles of Law as a Source of International Law*, UN Lecture Series, http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Cancado-Trindade_IL_video_3.html

HEY, Ellen, *International Public Law*, UN Lecture Series, http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Hey_IL.html

SWEBEL, Stephen, *The Merits (and Demerits) of International Arbitration and Adjudication*, UN Lecture Series, http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Schwebel_CT_video_1.html

TOMUSCHAT, Christian, *What is General International Law?*, UN Lecture series, http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Tomuschat_video_1.html

VERHOEVEN, Joe, *Juris novit curia et le juge international*, UN Lecture Series, http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Verhoeven_CT_video_1.html

JURISPRUDENCIA:

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL:

CPJI, *Lighthouse*, Francia c. Grecia, 17 de marzo de 1934

CPJI, *Administration of the Prince von Pless*, 4 de febrero de 1933

CPJI, *Administration of the Prince Von Pless*, 4 de febrero de 1933,
http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.02.04_prince_von_pless.htm

CPJI, *Chorzow Factory Case* (Jurisdiction) 26 de julio de 1927, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf, p. 32.

CPJI, *Mosul Boundary Case*, opinión consultativa, núm. 12, 21 de noviembre de 1925,
Párr. 95-98,
http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.11.21_lausanne.htm

CPJI, *River Oder Case*, 10 de septiembre de 1929

CPJI, *S.S. Lotus*, France v. Turkey, 7 de septiembre de 1927,
http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm

CPJI, *Case concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France*, (Brazilian Loans case), France vs. Brazil, 12 de Julio de 1929

CPJI, *Some German Interests in the Polish Upper Silesia*, 25 de agosto de 1925,
http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.08.25_silesia.htm

CPJI, *Legal Status of Eastern Greenland*, Denmark vs. Norway, 5 de septiembre de 1933,
http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf

CPJI, *Serbian Loans Case*, 12 de Julio de 1929,
http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm

CPJI, *Fisheries Case*, Reino Unido c. Noruega, 18 de diciembre de 1951,
http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1951.12.18_fisheries.htm

CPJI, *Jaworzina*, 6 de diciembre de 1923, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_08/Jaworzina_Avis_consultatif.pdf

CPJI, *Fábrica de Chorzow*, 26 de julio de 1927, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf

CPJI, *Interpretación del artículo 3 del Tratado de Lausanne*, 21 de noviembre de 1925, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_12/01_Article_3_du_traite_de_Lausanne_Avis_consultatif.pdf

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA:

CIJ, *Nuclear Tests Case*, Australia vs. France, 20 de diciembre de 1974, <http://www.icj-cij.org/docket/files/58/6093.pdf>

CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos*, (México c. Estados Unidos), 31 de marzo de 2004 y 19 de enero de 2009, <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>

CIJ, *Corfu Channel*, Great Britain vs Albania, 25 de marzo de 1948

CIJ, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, 27 de junio de 1986, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=367&code=nus&p1=3&p2=3&case=70&k=66&p3=5>

CIJ, *Right of passage over indian territory*, 12 de abril de 1960, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ce&case=32&code=poi&p3=4>

CIJ, *South west Africa*, 21 de diciembre de 1962, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f2&case=46&code=esa&p3=4>

CIJ, *Delimitación territorial*, Libia c. Chad, 3 de febrero de 1994

CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros*, Hungría c. Eslovaquia, 25 de septiembre de 1997

CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 15 de febrero de 1995

CIJ, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Counsel*, India c. Pakistán, 30 de agosto de 1971

CIJ, *Case concerning Oil Platforms*, Iran v. USA, 6 de noviembre de 2003

- CIJ, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Counsel*, India vs. Pakistan, 18 de agosto de 1972, <http://www.icj-cij.org/docket/files/54/5665.pdf>
- CIJ, *Nottebohm*, Lichtenstein vs. Guatemala, 18 de noviembre de 1953, http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1953.11.18_nottebohm.htm
- CIJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, opinión consultativa, 18 de Julio de 1950, <http://www.icj-cij.org/docket/files/8/1863.pdf>, p. 72
- CIJ, *Fisheries Jurisdiction Case*, Alemania c. Islandia, 2 de febrero de 1973, <http://www.icj-cij.org/docket/files/56/10713.pdf>
- CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, opinión consultativa, 21 de junio de 1971, <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>
- CIJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru*, Australia vs Nauru, 26 de junio de 1992, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=80&code=naus&p3=4>
- CIJ, *Arbitral Award of 31 July of 1989*, Guinea Bissau vs Senegal, 31 de Julio de 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=82&code=gbs&p3=4>
- CIJ, *Rights of Nationals of the United States in Morocco*, France vs USA, 27 de agosto de 1952, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=52&case=11&code=fus&p3=4>
- CIJ, *Asylum*, Colombia c. Peru, 20 de noviembre de 1950, <http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1849.pdf>
- CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 de julio de 1996, <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>
- CIJ, *Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina vs. Serbia, 26 de febrero de 2007, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>

- CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie, exceptions préliminaires, 11 de Julio de 1996, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>
- CIJ, *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Estados Unidos c. Irán, 24 de mayo de 1980, <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>
- CIJ, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, 27 de junio de 1986, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>
- CIJ, *Difference relating to immunity from legal process of a special rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultativa, 29 de abril de 1999, <http://www.icj-cij.org/docket/files/100/7619.pdf>
- CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project*, Hungría c. Eslovaquia, 25 de septiembre de 1997, <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>
- CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultativa, 9 de julio de 2004, http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf
- CIJ, *Certain Norwegian Loans*, Francia c. Noruega, 6 de Julio de 1957, <http://www.icj-cij.org/docket/files/29/4772.pdf>
- CIJ, *Temple of Preah Vihear*, Cambodia vs Tailandia, 15 de junio de 1962, <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4870.pdf>
- CIJ, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Canada vs. the United States, 12 de octubre de 1984, <http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6368.pdf>
- CIJ, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute, el Salvador vs Honduras*, 13 de septiembre de 1990, <http://www.icj-cij.org/docket/files/75/6656.pdf>
- CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, (Cameroon vs. Nigeria), 11 de junio de 1998, <http://www.icj-cij.org/docket/files/94/7472.pdf>
- CIJ, *North Sea Continental Shelf Cases*, Alemania c. Dinamarca, Alemania c. Holanda, 20 de febrero de 1969, <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf>

- CIJ, *Barcelona Traction Light Company*, Bélgica c. España, 5 de febrero de 1970, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>
- CIJ, *Elettronica Sicula SpA*, Estados Unidos c. Italia, 20 de junio de 1989, <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6706.pdf>
- CIJ, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, Denmark vs. Norway, 14 de junio de 1993, <http://www.icj-cij.org/docket/files/78/6742.pdf>
- CIJ, *Disputa territorial*, Burkina Faso c. Mali, 22 de diciembre de 1986, http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1986.12.22_frontier_dispute.htm
- CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina vs. Uruguay, 20 de abril de 2010, http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2010.04.20_pulp_mills.htm
- CIJ, *Barcelona Traction*, 24 de Julio de 1964, <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5341.pdf>
- CIJ, *Effects of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal*, 13 de Julio de 1954, <http://www.icj-cij.org/docket/files/21/2123.pdf>
- CIJ, *Estrecho de Corfú*, CIJ, 15 de diciembre de 1949, <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1663.pdf>
- CIJ, *Pruebas Nucleares*, Australia c. Francia, 20 de diciembre de 1974, http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1974.12.20_nuclear_tests1.htm

TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA EL DERECHO DEL MAR:

- TIDM, *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean*, Chile/European Union, 20 de diciembre de 2000
- TIDM, *Grand Price*, France vs Belize, 20 de abril de 2001, http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_8/Judgment.20.04.01.E.pdf

TIDM, *M/V Saiga*, Saint Vincent and the Grenadines vs. Guinea, 1 de Julio de 1999,

http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/1999.07.01_Saint_Vincent_v_Guinea.pdf

TIDM, *Dispute concerning the delimitation of maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, 14 de marzo de 2012,

http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/1-C16_Judgment_14_02_2012.pdf

TIDM, *Camouco*, Panamá c. Francia, 7 de febrero de 2000

TIDM, *Tommiraru*, Japón c. la Federación Rusa, 6 de agosto de 2007

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS:

CEDH, *Niemietz c/ Alemania*, 6 de diciembre de 1992

CEDH, *Funke c/ Francia*, 25 de febrero de 1993

CEDH, *Papamichalopoulos y otros c/ Grecia*, 24 de junio de 1993

CEDH, *Handsyde*, 7 de diciembre de 1978

CEDH, *Ekbatani c. Suecia*, 26 de mayo de 1988

CEDH, *Barber c. España*, 17 de mayo de 1990

CEDH, *Brandsetter v. Austria*, 28 de agosto de 1991

CEDH, *Beheer B.V. c. Holanda*, 27 de octubre de 1993

CEDH, *Hauschildt c. Dinamarca*, 24 de mayo de 1989

CEDH, *Ahmed c. Austria*, 17 de diciembre de 1996

CEDH, *Altun c. Alemania*, 3 de mayo de 1983

CEDH, *Venditelli c. Italia* 18 de julio de 1994

CEDH, *Aksoy c. Turquía*, 18 de diciembre de 1996

CEDH, *Golder c. Gran Bretaña*, 21 de febrero de 1975

CEDH, *Lawless c. Irlanda*, 1º de julio de 1961

CEDH, *Schmidt y Dahlstrom c. Suecia*, 6 de febrero de 1976

CEDH, *Borgers c. Bélgica*, 30 de octubre de 1991

CEDH, *Delcourt c. Bélgica*, 17 de enero de 1970

CEDH, *Lamy c. Bélgica*, CEDH, 30 de marzo de 1979

CEDH, *Feldbrugge c. Holanda*, CEDH, 19 de mayo de 1986

CEDH, *Vagrancy* (de Wilde, Ooms and Versup c. Bélgica), 18 de junio de 1971

CEDH, *Foti y otros c. Italia*, 10 de diciembre de 1982

CEDH, *Bonisch c. Austria*, 12 de febrero de 1985

CEDH, *James y otros c. Reino Unido*, 12 de julio de 1984

CEDH, *Piersack c. Bélgica*, 1 de octubre de 1982, <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourt ofhumanrights/nr/621>

CEDH, *Steel and Morris vs the UK*, 15 de mayo de 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68224>

CEDH, *Pabla KY vs Finlandia*, 22 de junio de 2004, http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_INDEX_2004_ENG_863567.pdf

CEDH, *Pullar vs the UK*, 10 de junio de 1996, <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/a33a6b18677f067ac1256640004c2fd0?OpenDocument>

CEDH, *Fey vs Austria*, 24 de febrero de 1993, <http://echr.ketse.com/doc/14396.88-en-19930224/>

CEDH, *Daktaras vs Lithuania*, 11 de enero de 2000, <http://echr.ketse.com/doc/42095.98-en-20000111/>

CEDH, *Handsyde vs. UK*, 7 de diciembre de 1976, <http://www.mlfoe.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=b1e78df9-60bd-4537-8e37-158de331e172>

CEDH, *Brozicek c. Italia*, 19 de noviembre de 1989

CEDH, *Papamichaopoulos c. Grecia*, 25 de octubre de 1995

CEDH, *ex rey de Grecia y otros*, 28 de noviembre de 2002

CEDH, *Balyemez c. Turquía*, 6 de septiembre de 2004

CEDH, *Brumarescu c. Rumania*, 28 de octubre de 1999, <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/11488b521ee03ccec12568bf002f3b8e?OpenDocument>

- CEDH, *Ryabykh vs Russia*, 3 de diciembre de 2003,
http://sutyajnik.ru/rus/echr/judgments/ryabykh_eng.htm
- CEDH, *Young, James and Webster vs. UK*, 13 de agosto de 1981,
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57608#{\"itemid\":\[\"001-57608\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57608#{\)
- CEDH, *Costello-Roberts vs. UK*, 25 de marzo de 1993,
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57804#{\"itemid\":\[\"001-57804\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57804#{\)
- CEDH, *Soering vs. UK*, 7 de Julio de 1989,
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619#{\"itemid\":\[\"001-57619\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619#{\)
- CEDH, *Airey vs. Ireland*, 9 de octubre de 1979,
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57420#{\"itemid\":\[\"001-57420\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57420#{\)
- CEDH, *Loizidou vs. Turquía*, 23 de febrero de 1995,
<http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,CYP,,402a07c94,0.html>
- CEDH, *Loizidou vs Turquía*, 28 de noviembre de 1996,
<http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,CYP,,3ae6b7098,0.html>
- CEDH, *Iaşcu y otros c. Moldova y Rusia*, 8 de julio de 2004
- CEDH, *De Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy) vs. Belgium*, 18 de junio de 1971,
<http://echr.ketse.com/doc/2832.66-2835.66-2899.66-en-19710618/view/>
- CEDH, *Artico vs Italy*, 13 de mayo de 1980,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-61982>
- CEDH, *Airey vs. Ireland*, 9 de octubre de 1979, <http://echr.ketse.com/doc/6289.73-en-19791009/view/>, párr. 18-23.
- CEDH, *Aydin vs. Turkey*, 25 de septiembre de 1997,
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7228.html>, párr. 50-59.
- CEDH, *Mizzi vs. Malta*, 12 de enero de 2006,
<http://www.pfcmalta.org/uploads/1/2/1/7/12174934/26111-02.pdf>, párr. 43-48

CEDH, *Tuquabo- tekle and others v. The Netherlands*, 1º de diciembre de 2005, <http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,ERI,,43a29e674,0.html>, párr. 26-32.

CEDH, *Janowiec and others v. Russia*, 16 de abril de 2012, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110513>

CEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, 4 de febrero de 2005, <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ECHR,,UZB,42d3ef174,0.html>

CORTE INTERAMERICANA DE DERCEHOS HUMANOS:

CIDH, *Fairen Garbi y Solís Corrales*, 15 de marzo de 1989

CIDH, *Aloeboetoe y otros*, sentencia de 10 de diciembre de 1993

CIDH, *Caso Fleury y otros c. Panamá*, 23 de noviembre de 2011, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_236_esp.pdf

CIDH, *Ivcher Bronstein c. Perú*, 24 de septiembre de 1999, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf

CIDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Perú)*, Competencia, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/55-esp.html>

CIDH, *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf

CIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

CIDH, *Palamara Iribarne contra Chile*, 22 de noviembre de 2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

CIDH, *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*, 5 de agosto de 2008, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

CIDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/4-esp.html>

CIDH, *Godínez Cruz c. Honduras*, 20 de enero de 1989, <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/5-esp.html>

CIDH, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, 18 de noviembre de 1999
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_61_esp.pdf

CIDH, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 de noviembre de 2007,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

CIDH, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, 15 de junio de 2005,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

CIDH, *Fairen Garbi y Solís Corrales c. Honduras*, 15 de marzo de 1989,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.pdf

CIDH, *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, 7 de febrero de 2006,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf

CIDH, *Durand y Ugarte*, 28 de mayo de 1999,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_50_esp.pdf

CIDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, 1º de febrero de 2000,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_66_esp.pdf

CIDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, 22 de noviembre de 2005,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_esp.pdf

CIDH, *Caracazo vs. Venezuela*, 29 de agosto de 2002,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_95_esp.pdf

CIDH, *Huilca Tecse vs. Perú*, 3 de marzo de 2005,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_121_esp.pdf

CIDH, *Neira Alegría y otros vs. Perú*, 11 de diciembre de 1991,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_13_esp.pdf

CIDH, *Cantos vs Argentina*, 28 de noviembre de 2002,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf

CIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1 de octubre de 1999,
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

CIDH, *Radilla Pacheco vs México*, 23 de noviembre de 2009,
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf

CIDH, *Gutiérrez Soler c. Colombia*, 30 de junio 2011,
http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/gutierrez_se_04.pdf

CIDH, *Kawas Fernández vs Honduras*, 5 de julio de 2011,
http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/kawas_se_02.pdf

CIDH, *Rosendo Cantú et al. vs México*, 7 de enero de 2011,
http://www.worldcourts.com/iacthr/eng/decisions/2011.01.07_Rosendo_Cantu_et_al_v_Mexico.pdf

CIDH, *Giraldo Cardona vs Colombia*, 22 de febrero de 2011,
http://www.worldcourts.com/iacthr/eng/decisions/2011.02.22_Giraldo_Cardona_v_Colombia.pdf

CIDH, *James y otros vs Trinidad y Tobago*, 14 de junio de 1998

CIDH, *Mery Naranjo y otros c. Colombia*, 4 de marzo de 2011

CIDH, *Alvarado Reyes y otros vs. México*, 15 de mayo de 2011

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA:

TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, 7 de mayo de 1997

TPIY, *Prosecutor v. Aleksovski*, 16 de febrero de 1999

TPIY, *Prosecutor c. Brnadin y Talic*, 10 de diciembre de 2001

TPIY, *Prosecutor v. Kordic y Cerkez*, 18 de septiembre de 2000

TPIY, *Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 de noviembre de 1998

TPIY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic, decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 de octubre de 1995,
<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>

TPIY, *Prosecutor v. Blaskic, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Insuance of Subpoena Duces Tecum*, 18 de Julio de 1997,
<http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tdec/en/70718SP2.htm>

TPIY, *Prosecutor v. Kanyabashi*, 3 de junio de 1993

TPIY, *Decision on the Application by Momir Talic for the Disqualification and Withdrawal of a Judge*, 18 de mayo de 2000,
<http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tdec/en/00518DQ212937.htm>

TPIY, *Kordic y Cerkez* 17 de diciembre de 2004,
http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/fr/index.htm

TPIY, *Prosecutor vs. Tadic, decisión on Non bis in idem*, 14 de noviembre de 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/951114.pdf>

TPIY, *Prosecutor vs. Radovan Karadzic*, 16 de noviembre de 2009, *Decision on the accused's motion for finding of non-bis-in-idem*, <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/en/091116.pdf>

TPIY, *Prosecutor vs. Delalic et. Al*, Judgement, 16 de noviembre de 1998, <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf>

TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić ("Lasva Valley")*, *Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoenae Duces Tecum*, 18 de Julio de 1997, <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tdec/en/70718SP2.htm>

TPIY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić ("Lasva Valley")*, *Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, 29 de Julio de 2004, <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>

TPIY, *Prosecutor vs. Ivica Rajic*, 13 de septiembre de 1999, <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ICTY,,,48ad3d7c2,0.html>

TPIY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, 7 de mayo de 1997, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>

TPIY, *Prosecutor vs, Dusko Tadic*, 15 de julio de 1999, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

TPIY, *The Prosecutor vs. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj, Appeal Brief on Behalf of Ramush Haradinaj on Scope of Partial Retrial*, 10 de febrero de 2011, <http://www.icty.org/x/cases/haradinaj/custom6/en/110210.pdf>

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA:

TPIR, *Jean Bosco Barayagwiza v. Prosecutor*, 3 de noviembre de 1999

TPIR, *Barayagwiza v. Prosecutor*, 31 de marzo de 2000

TPIR, *Kambanda v. Prosecutor*, 19 de octubre de 2000

- TPIR, *Georges A. N. Rutaganda vs. Prosecutor*, 26 de mayo de 2003, <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Rutaganda/decisions/030526.pdf>
- TPIR, *Prosecutor vs. Munyazaki*, decision of the Appeals Chamber, 8 de octubre de 2008, <http://www.unictr.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CMunyakazi%5Cdecisions%5C081008.pdf>
- TPIR, *Tharcisse Renzaho vs. The Prosecutor*, Appeal Chamber, 1 de abril del 2011, http://www.unictr.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CRenzaho%5Cjudgement%20and%20sentence%5C110401_apl_judgement.pdf
- TPIR, *Bagosora et al. vs. The Prosecutor*, 18 de diciembre de 2008
- TPIR, *Ildelphonse Hategekimana vs. Prosecutor*, 8 de mayo de 2012, <http://www.unictr.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CHategekimana%5Cjudgement%5C120508.pdf>
- TPIR, *Prosecutor vs. Jean Kambanda*, 4 de septiembre de 1998, http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/KAMBANDA_ICTR-97-23/KAMBANDA_ICTR-97-23-S.html
- TPIR, *Laurent Semanza vs. The Prosecutor*, 31 de mayo de 2000, <http://www.unictr.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CSemanza%5Cdecisions%5C310500.pdf>
- TPIR, *Jean Bosco Barayagwiza v The Prosecutor*, 31 March 2000, <http://ictr-archive09.library.cornell.edu/ENGLISH/cases/Barayagwiza/decisions/dcs20000331.html>
- TPIR, *The Prosecutor vs. Elizaphan Ntakirutimana, Gerard Ntakirutimana, Charles Sikubwabo*, 22 de febrero de 2001, <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/41bcf2c89e69d10bc12571b500329d64/401a239e2fb5a9c5c12571fe004fa2e8?OpenDocument>
- TPIR, *The Prosecutor vs. Edouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse, Joseph Nzirorera*, 16 de Julio de 2008,

<http://www.unictr.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CKaremera%5Cdecision%5C080716.pdf>

CORTE PENAL INTERNACIONAL:

CPI, *Situation in Uganda*, 28 de octubre de 2005

CPI, *Situation in the Democratic Republic of Congo*, 31 de marzo de 2006

CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 8 de noviembre of 2006

ORGANO DE RESOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO:

OMC, *US-Measures Affecting the Cross Border supply of gambling and betting services*, Reporte del panel sobre art 21. 5 del entendimiento, 22 de mayo de 2007,

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm

OMC, *Comunidades Europeas — Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India*, 8 de abril de 2003,

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds141_s.htm

OMC, *México — Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos*, 22 de octubre de 2001,

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds132_s.htm

OMC, *Corea — Medidas que afectan a la contratación pública*, 1° de mayo de 2000, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds163_s.htm

OMC, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, 10 de noviembre de 2004, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds285_s.htm

- OMC, *Comunidades Europeas – Determinadas Cuestiones Aduaneras*, 16 de junio de 2006, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds315_s.htm
- OMC, *Estados Unidos – Investigación en materia de derechos compensatorios sobre los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) procedentes de Corea*, 27 de junio de 2005, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds296_s.htm
- OMC, *Turquía – Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, 31 de mayo de 1999, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds34_s.htm
- OMC, *Guatemala — Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México*, 24 de octubre de 2000, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds156_s.htm
- OMC, *Argentina — Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil*, 22 de abril de 2003, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds241_s.htm
- OMC, *Comunidades Europeas — Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India*, reporte del grupo especial sobre la aplicación del artículo 21.5 del ESD, 29 de noviembre de 2002, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds141_s.htm
- OMC, *EC-Denominación oficial de sardinas*, 26 de septiembre de 2002, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds231_e.htm
- OMC, *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21*, 15 de julio de 2001, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm
- OMC, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, 12 de octubre de 1998, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm

- OMC, *Estados Unidos-Ley de Compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000*, 16 de septiembre de 2002, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds217_e.htm
- OMC, *US Antidumping Act of 1916, reporte del Órgano de apelación del 28 de agosto de 2000*, http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28%40meta%5FSymbol+WT%FCDS136%FCAB%FCR%2A+and+not+RW%2A%29&language=1
- OMC, *United States-Standarts for reformulated and conventional gasoline*, 29 de abril de 1997
- OMC, *United States- anti-dumping measures on certain hot-rolled steel products from Japan*, 23 de agosto de 2001
- OMC, *United States- Antidumping Act of 1916*, 31 de marzo de 2000
- OMC, *United States- Standart for reformulated and conventional gasoline*, 29 de enero de 1996
- OMC, *EC-Measures concerning meat and meat products*, 18 de agosto de 1997
- OMC, *Canada- Term of Patent Protection*, 18 de septiembre de 2000
- OMC, *United States- Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, 6 de agosto de 2001
- OMC, *EC- Measures Affecting asbestos and asbestos containing products*, 18 de septiembre de 2000
- OMC, *Chile - Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish, Request for the Establishment of a Panel by the European Communities*, 7 de noviembre de 2000
- OMC, *United States-Investigation of the International Trade Commision in Softwood Lumber from Canada, Recourse by Article 25.1 of the DSU by Canada-Report by Panel*, 9 de Mayo de 2006

TRIBUNALES ARBITRALES:

CPA, *Fondo Piadoso de las Californias*, Estados Unidos c. México, 14 de octubre de 1902

CPA, *Georges Pinson c. Estados Unidos Mexicanos*, 19 de octubre de 1928, http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_V/327-466.pdf

CPA, *Russian Indemnity Case, Russia vs. Turkey*, 11 de noviembre de 1912, www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=1114*Dreyffus Frères et Cie et al.*, Francia c. Chile, 11 de octubre de 1920, http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_I/215-221.pdf

Walfish Bay Boundary, Alemania c. Gran Bretaña, 23 de mayo de 1911, http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XI/263-308.pdf

Rio Grande Irrigation and Land Co, Gran Bretaña c. Estados Unidos, 28 de noviembre de 1923, http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_VI/131-138_Rio.pdf

Société Radio-Orient, États du Levant sous mandat français contre Égypte, 2 de abril de 1940, http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_iii/1871-1881.pdf

Betsey Case, 13 de abril de 1797

Virginus Case, 1873