

TRIBUNALES INTERNACIONALES

Carlos H. REYES DÍAZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conflictos internacionales*. III. *Jueces y tribunales internacionales*. IV. *Perfil de los jueces*. V. *Legitimidad de los tribunales internacionales*. VI. *Desafíos actuales*. VII. *Conclusión*. VIII. *Fuentes de consulta*.

El doctor Sergio García Ramírez es un referente del derecho mexicano y latinoamericano. Su desempeño en muy diversos cargos públicos en México y en organismos internacionales, al igual que su producción jurídica y su análisis certero y riguroso de los acontecimientos relevantes de la actualidad nacional e internacional, hacen de su nombre un pilar del derecho, tanto del Instituto de Investigaciones Jurídicas como de la Facultad de Derecho de la UNAM, razones por las que recientemente le hicieron merecedor del eméritazgo con el que nuestra Universidad lo ha distinguido.

Entre sus muy diversos encargos, quiero destacar en este trabajo el relativo a su labor jurisdiccional, su desempeño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como juez y también como presidente de ésta. La labor del jurista, pero especialmente del universitario ejemplar, en la tarea de resolver conflictos internacionales llama mi atención por el debate acerca de si la labor de técnicos expertos y no de jueces podría deslegitimar la actividad jurisdiccional internacional de quienes no cuentan con carrera judicial, algo que desde mi perspectiva carece totalmente de fundamento. El doctor García Ramírez ha tenido experiencia en ambas jurisdicciones, la nacional y la internacional. Su trayectoria en estas tareas es admirable y su desempeño fue sobresaliente. El homenaje que ahora se le brinda es más que merecido y desde mi análisis quiero hacer referencia a uno de sus múltiples perfiles profesionales, ese que lo destacó en el ambiente internacional del derecho.

* Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Celebro haber coincidido con él en mi camino universitario y en especial en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Me honra formar parte de este sentido homenaje a un mexicano y universitario excepcional.

I. INTRODUCCIÓN

Los tiempos actuales dan claras muestras del fortalecimiento de nacionalismos, en perjuicio del derecho y de la organización internacional. Los crecientes populismos de izquierda y de derecha mundiales ponen en riesgo muchos acuerdos internacionales alcanzados con tanto esfuerzo durante décadas. Fortalecer el derecho internacional tiene que ser el camino para regresar a la estabilidad y la paz mundiales. Muchos logros sólo se pueden alcanzar con el cumplimiento efectivo de los compromisos establecidos en tratados de diversa naturaleza, y los tribunales internacionales son la piedra angular para mantener el respeto por dichos compromisos.

Es verdad que no todas las controversias pueden llevarse a instancias jurisdiccionales internacionales, pero el incremento de tribunales en las últimas décadas ha demostrado que los Estados todavía consideran a las instancias internacionales como mejor opción antes que a las instancias jurisdiccionales nacionales, ya sea por desconfianza o por los altos niveles de corrupción y de control por parte del Ejecutivo, cualidades que ponen en evidencia la desconfianza de estos regímenes.

Vivimos en un mundo predominantemente litigioso, un mundo con una gran cantidad de tribunales internacionales de diversa naturaleza, permanentes, *ad hoc*, con denominaciones variadas, desde tribunales, cortes, hasta paneles, tribunales arbitrales, foros, instituciones judiciales, en todas las materias jurídicas, civiles, penales, laborales, mercantiles, de derechos humanos, sobre derecho del mar, y muchos más.

Las controversias se canalizan a estos foros internacionales, y cada uno de ellos cuenta con reglas procesales específicas, aunque similares en cierta medida. Quienes los componen no siempre son precisamente jueces, y no es una condición indispensable, aunque su función sea formalmente jurisdiccional. Los mecanismos de solución de controversias internacionales son producto de tratados, y en las tareas a desarrollar se resuelven cuestiones de interpretación o de medidas incompatibles con los compromisos acordados.

Estos tribunales, ya se dijo, no están compuestos por jueces *per se* (no todos, ciertamente), y esta denominación resulta incómoda para muchos actores del derecho internacional, especialmente para los Estados. Los “jueces”, han dicho en ocasiones, son los que resuelven controversias en tribunales y

cortes nacionales, cuentan con una carrera judicial, son expertos en el derecho interno de un país, y todo lo que no se apega a estas reglas, desde el mundo del derecho internacional, carece de legitimidad y se le exige adoptar diferente denominación.

En el ámbito internacional, la denominación de jueces se admite para tribunales permanentes como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Penal Internacional, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero se rechaza para paneles del TLCAN (ahora T-MEC) o del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, igual para arbitrajes comerciales o de inversión como los de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) o la Corte de Arbitraje de Londres (LCIA), y el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, entre muchos más.

El rol que desempeñan estos jueces y actores con funciones jurisdiccionales se ha vuelto sumamente complejo en el mundo del derecho internacional, sus funciones consisten en decir el derecho, resolver controversias, aunque también, para algunos, pueden llegar a impartir justicia en un ambiente que está en constante cambio; estos órganos y actores deben realizar un análisis profundo de los hechos y del derecho, en total concordancia con el mandato conferido generalmente en el tratado del que se origina su función, y resolver conforme a derecho, aunque en ocasiones se les pide resolver conforme a la justicia y la equidad.

La tarea jurisdiccional de estos “jueces”¹ internacionales en la construcción de la (también controversial) jurisprudencia internacional ha crecido de manera proporcional con el incremento de tribunales en el mundo, pero encuentra en algunos Estados a su principal reto legitimador. Por esta razón, resulta importante determinar las cualidades esenciales de quienes deciden estas controversias y responder a preguntas concretas respecto de cómo legitimar la labor jurisdiccional de quienes (para algunos) no son aptos para realizarla.

De acuerdo con Holmes y Sunstein,² los ciudadanos comunes en general no respetan la ley si no la perciben como legítima. En este sentido, para que los tribunales internacionales, especialmente los *ad hoc*, consigan esta legitimidad y sus decisiones se cumplan en mayor porcentaje, es necesario

¹ Para facilitar la explicación en este trabajo, se denominará como “jueces” a todos aquellos hombres y mujeres que tienen el encargo de resolver controversias en tribunales y otras instancias internacionales, aunque se entiende que esta denominación está en constante debate.

² Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos*, Siglo Veintiuno, 2011, p. 197.

que los Estados y los usuarios de dichos mecanismos los consideren con autoridad legítima, elemento indispensable para la solución de controversias.

II. CONFLICTOS INTERNACIONALES

Desde cuestiones relativas a medidas medioambientales, como los conflictos por el agua (distribución), deforestación, extinción de algunas especies de flora y fauna, hasta aquellos que discuten de situaciones que impactan en el desarrollo y sustentabilidad de los países, como la utilización de agroquímicos, la minería y la pesca; así como los aspectos relacionados con la actividad económica de los países y de empresas, la denegación de justicia y el respeto de los derechos humanos: son causa manifiesta de la necesidad de organismos internacionales a los que se les inviste de facultades judiciales para que resuelvan de la mejor manera posible los conflictos que se dan en el ámbito internacional.

Todos los conflictos involucran distintas cuestiones a resolverse en un mismo proceso, lo que hace más complicado ubicar una controversia en un único tribunal competente. La fragmentación del derecho internacional identifica que controversias del orden civil, penal, administrativo, ambiental, y demás, involucran aspectos de otras áreas como derechos humanos, derechos de inversión o comerciales. Típicamente estas causas se llevaban ante jueces nacionales que aplicaban el derecho local; no obstante, algunos sistemas jurisdiccionales nacionales tienen comprometida su lealtad con alguno de los otros poderes; además, los altos niveles de corrupción y su ineficiencia institucional propician que las partes en conflicto, así como también la propia sociedad civil, actores económicos y otras organizaciones, busquen, en su calidad de actores internacionales, que sus reclamos sean revisados por tribunales internacionales ajenos a la jurisdicción de una de las partes en conflicto, con características imparciales que no respondan a ningún tipo de incentivo inmediato, electoral o económico.³

La propia diversidad de las materias ha provocado una ramificación del derecho internacional que ha devenido en múltiples tribunales competentes para decidir, como los diversos de derechos humanos, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, los Tribunales Arbitrales Inversionista-Estado (ISDS), la Corte

³ Organización de los Estados Americanos, *Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental. Módulo V: Papel del Juez*, OEA, 2016, disponible en http://www.oas.org/es/sedi/dsd/publicaciones/7judicial-Modulo_V.pdf.

Penal Internacional, etc. Al respecto, se han abordado preocupaciones concernientes a la diversidad de los tribunales, específicamente en temas como contradicción en las sentencias que examinan una misma norma por diferentes tribunales o en cómo estas resoluciones impactan y transforman el derecho internacional.⁴

III. JUECES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

El universo de tribunales internacionales crece constantemente y son de muy variada confección. Romano⁵ identifica dos tipos de jurisdicciones internacionales: las globales, aceptadas por todos los Estados (o la mayoría), y las regionales, cuya jurisdicción se extiende sólo a los Estados de algunas regiones del mundo. Las globales son la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el Órgano de Solución de Diferencias (OMC), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS) y la Corte Penal Internacional (ICC). Hay, además, otras jurisdicciones internacionales, como la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversiones (CIADI, del Banco Mundial).

A estas instituciones se les reconoce como globales, en teoría, aunque ninguna de ellas abarca a todos los Estados en la actualidad. Tienen una representación importante, pero no abarca a toda la comunidad internacional de Estados.

Un aspecto de gran interés sobre tribunales consiste en que, no obstante el incremento substancial de ellos, no existen todavía jurisdicciones internacionales en algunos temas de gran relevancia en la agenda internacional, como podría ser un tribunal para el medio ambiente, o una corte internacional de quiebras, un tribunal internacional para préstamos internacionales, uno para el ciberespacio y la internet, entre otros.⁶

Por último, aunque no de menor importancia, muchos de estos tribunales no contienen mandatos para resolver cuestiones relativas a la conducta de los organismos de los que forman parte. Ejemplos de esto se presentan

⁴ Conforti, Benedetto, "The Role of the Judge in International Law", *European Journal of Legal Studies*, University of Naples-Institute of International Law, vol. I, núm. 2, 2007, disponible en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7702/EJLS_2007_1_2_3_CON_EN.pdf?sequence=3.

⁵ Romano, Cesare P. R., "The Shadow Zones of International Judicialization", en Romano, Cesare et al., *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014, p. 187.

⁶ *Ibidem*, p. 198.

en el Órgano de Apelación de la OMC que no puede resolver cuestiones relativas a las acciones u omisiones de la OMC, sólo de sus Estados miembros. Así sucede también en el T-MEC (y antes también en el TLCAN) y en todos los tratados comerciales regionales o preferenciales, en los que sus Estados contratantes mantienen el poder de interpretar el tratado cuando no se está de acuerdo con la interpretación de un tribunal, sin necesidad de reformar al Tratado. Esto dio como resultado la interpretación por parte de la Comisión de Libre Comercio, del artículo 1105 del TLCAN, en busca de interpretar conceptos como los de trato justo y equitativo, y el de protección y seguridad de las inversiones. Hoy, esta interpretación se ha integrado en el texto del reciente T-MEC.

Si los tribunales internacionales están lejos de la perfección, puede deberse a una variedad de razones, entre las que se pueden encontrar el mal diseño institucional, la falta de apoyo político, la deficiencia de los jueces, los procesos defectuosos que vuelven engorrosos los juicios, entre muchos otros factores humanos e institucionales. Pero, lo importante, lo que puede garantizar el buen funcionamiento de estos tribunales, está en la construcción de instituciones que garanticen cierto blindaje de errores humanos, o como dice Innerarity: “No diseñamos nuestras instituciones y sus eventuales reformas pensando en seleccionar a los mejores y facilitar su acción de gobierno, sino en impedir que los malos hagan demasiado daño, aunque ocasionalmente esas mismas instituciones dificulten a los buenos sacar adelante sus proyectos”.

Agrega también que se gana mucho más mejorando los procedimientos que mejorando a las personas que los dirigen: “Podríamos prescindir de las personas inteligentes, pero no de los sistemas inteligentes”.⁷ Es precisamente por esto que la composición de los tribunales internacionales requiere de mucha fortaleza institucional, con el fin de que, aunque se designaran personas con perfiles que carecen de esa trayectoria judicial, el diseño institucional pueda suplir las deficiencias aparentes y resaltar las fortalezas técnicas de quienes desempeñan la tarea de resolver conflictos.

La actividad jurisdiccional, esa que resulta del ejercicio mental de los decisores, es fundamental porque las normas jurídicas no son perfectas. Cualquier sociedad es dinámica, por ello el derecho tiene que serlo también. La labor de jueces internacionales es igual en importancia que en las jurisdicciones nacionales, aunque por su naturaleza difieren entre sí. Es necesario identificar algunas funciones de las instancias internacionales y tra-

⁷ Innerarity, Daniel, *Política para perplejos*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2018, pp. 154 y 155.

tar de determinar si su desempeño puede equipararse en cuanto a calidad con las instancias jurisdiccionales nacionales.

El rol de los jueces internacionales es sustancial, pues está en ellos la posibilidad de generar armonía en un mundo cada vez más conflictivo entre temas económicos, sociales, energéticos o ambientales; contar con instancias judiciales independientes que pongan en marcha el desarrollo y la aplicación del derecho, permite entrever cómo el derecho es una herramienta que impacta directamente en una sociedad, pues hace posible moldear las instituciones de los países y con ello regular las conductas sociales. A través de estos sistemas los jueces tienen a su disposición mecanismos que pueden utilizar para intentar conciliar conflictos y que éstos sean menores en costos.

En palabras de Ricardo Lorenzetti, respecto de la labor de jueces internacionales:⁸ “nuestro deber primordial es llevar adelante la tarea de mejorar la gobernabilidad, colaborar con la justicia social tratando de distribuir los costos con mayor equidad y colaborar internacionalmente para que tengamos un mundo mejor”.

La función jurisdiccional internacional está limitada por el “mandato” conferido generalmente en el tratado que le da origen, pero el ejercicio de decidir no comprende un mero funcionamiento mecánico de resolución de conflictos, como tampoco se limita a aplicar normas jurídicas en el ámbito de su especialización. Su tarea consiste más en armonizar las normas, en buscar la coexistencia de diferentes ordenamientos y regímenes, antes que fortalecer su autonomía respecto de otros foros nacionales e internacionales.⁹

El trabajo de jueces internacionales, ya se dijo, no se agota en la aplicación normativa. La imagen del juez como una boca que pronuncia palabras legales, como lo explica Hasanbegovic, en referencia a Montesquieu,¹⁰ pertenece a una época premoderna.

Alejandro Nieto explica el arbitrio judicial en los siguientes términos:

la ley ha dejado un margen de decisión al juez para que éste, sin contradecirla, ordene los trámites procesales, constate y valore los hechos, adopte las medi-

⁸ Expresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Véase Organización de los Estados Americanos, *op. cit.*

⁹ Véase la opinión de Wolfgang Friedmann en Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, 2014, p. 81.

¹⁰ Hasanbegovic, Jasminka, “On the (Un)Changing Judge Icons and Their Creators: On Deborah, Coke and Montesquieu, Posner and Barak, and Some Others”, en Chiassoni, Pierluigi y Spaic, Bojan, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer, 2021, p. 80.

das cautelares, introduzca matices en el contenido de la sentencia y, tratándose de asuntos criminales, gradúe la intensidad de la pena; tal es el objetivo del arbitrio judicial, y no hay ley que lo pueda suprimir, puesto que pertenece a la esencia de la actividad de juzgar.¹¹

No existen razones que hagan pensar que este mismo criterio no sea aplicable de manera idéntica a las instancias internacionales de solución de controversias, cualquiera que sea su materia.

En una interpretación similar, Chiassoni¹² entiende que la discrecionalidad judicial podría caracterizarse como las facultades legalmente conferidas (por competencia o autorización), o como la libertad de facto para que un juez elija entre diversos cursos de acción que podrá adoptar en una decisión que tiene a su cargo. En la actividad jurisdiccional, por lo mismo, la aplicación mecánica de la ley no es viable.

Del mismo modo, en una clara referencia a las facultades de los jueces en general, Guastini considera que la interpretación jurídica no es puramente cognitiva, siempre involucra algunas decisiones (de voluntad) porque los textos jurídicos son indeterminados, contienen disposiciones abstractas.¹³

IV. PERFIL DE LOS JUECES

El hecho de que muchos jueces internacionales no cuenten con carrera judicial no es impedimento para desempeñar su labor con alto grado de eficiencia. En muchos tribunales de la actualidad —por ejemplo, los de comercio e inversión—, quienes resuelven no son especialistas en derecho, sino en otras disciplinas técnicas, como aviación, energía, construcción, comunicaciones, nuevas tecnologías y más.

La formación jurídica es una ayuda importante para desempeñar con eficiencia las tareas propias de estos procesos, pero también es claro que, en controversias de comercio e inversión, los tribunales están asistidos por los centros administradores de las controversias, como la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, o el CIADI, que se encargan de proveer de todo lo necesario para que los arbitrajes se desarrollen cumpliendo las reglas procesales establecidas en los ordenamientos correspondientes de cada centro. Así, los tribunales, aunque no se compongan de expertos en dere-

¹¹ Nieto, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 272.

¹² Chiassoni, Pierluigi, “Is realism at odds with constitutional democracy?”, en Chiassoni, Pierluigi y Spaic, Bojan, *op. cit.*, pp. 38-41.

¹³ *Ibidem*, pp. 21 y 44.

cho, pueden resolver las controversias gracias a sus conocimientos técnicos y con la ayuda administrativa de los centros, los que revisarán en todo momento que se apeguen a su mandato.

Es cierto también que quienes desempeñan estas labores jurisdiccionales en el ámbito internacional, lo hacen como una tarea adicional a sus tareas profesionales cotidianas, de ahí que se diga que no se dedican de tiempo completo a resolver controversias, y por lo mismo, no se alcanza la calidad esperada. Esto es parcialmente cierto, y este argumento ha encontrado apoyo especialmente en los debates sobre *double hatting*, en los procesos de reforma del procedimiento de arbitraje inversionista-Estado (ISDS).

Sobre este tema se ha discutido también la cada día más urgente necesidad de profesionalizar árbitros y jueces internacionales, aunque también es cierto que esto ha sido más una tarea académica que no ha encontrado respuesta entre las propuestas estatales.

Lo anterior es una señal de alerta, pero ¿qué tanto se podría considerar como una limitante definitiva para el buen funcionamiento de estos tribunales? Atender las consideraciones personales antes que las funcionales sería un grave error, por ello es necesario identificar las tareas más relevantes de la decisión jurisdiccional, y sobre éstas identificar si se cumple o no con el rol requerido.

Algunos requisitos para formar parte de tribunales y cortes internacionales son uniformes, y sus pequeñas diferencias atienden a circunstancias relativas a sus materias de análisis. Veamos.

Para ser juez de la CIJ (artículos 2 a 17 del Estatuto de la Corte), se requiere gozar de alta consideración moral, reunir condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en su país (lo que podría interpretarse como carrera judicial, pero no queda suficientemente claro), o (y esta es claramente una disyuntiva) que sean jurisprudencia reconocidos en materia internacional. Adicionalmente, lo que les garantiza permanencia en su cargo es el impedimento de que ningún miembro de la Corte podrá ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional, o de ejercer funciones de agente o abogado en ningún asunto.

El artículo 36 del Estatuto de Roma, por el que se crea la Corte Penal Internacional, por otro lado, coincide en lo esencial con la CIJ, estipula que los jueces deberán ser personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad, con las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus países, con reconocida competencia en derecho, procedimientos penales, derecho internacional humanitario, normas de de-

rechos humanas, experiencia en funciones jurídicas profesionales relacionadas con la labor judicial de la Corte, experiencia en causas penales y excelente dominio de, por lo menos, uno de los idiomas de trabajo de la Corte.

En sintonía, el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículos 4 y 18) exige que los jueces deberán ser juristas de la más alta autoridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos y con las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales; no puede haber más de un juez de la misma nacionalidad y (artículo 18) tienen el impedimento de desempeñar cargos del Poder Ejecutivo, ser funcionarios de organismos internacionales o desempeñar cargos que afecten la independencia, imparcialidad, dignidad o prestigio del cargo.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 254 del TFUE) requiere que sus jueces deberán ser personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de altas funciones jurisdiccionales. Además, prestar juramento de independencia, imparcialidad y mantenimiento del secreto de las deliberaciones, antes de entrar en funciones; no ejercer ninguna función política o administrativa ni ninguna actividad profesional; residir en la localidad en la que el Tribunal de Justicia tenga su sede; comprometerse a respetar las obligaciones derivadas de su cargo y no participar en la resolución de ningún asunto en que previamente intervinieron.

Pero algo que resalta, respecto del tema a tratar en este trabajo, son los requisitos de idoneidad de los candidatos (artículo 255, TFUE), es decir, sus capacidades, como la experiencia profesional; la capacidad de desarrollar el trabajo de un juez;¹⁴ el conocimiento de los idiomas francés e inglés; la capacidad de trabajar en equipo en un entorno internacional en el que estén representados varios sistemas legales; y que su independencia, imparcialidad, intachabilidad e integridad estén fuera de toda duda.

Lo más relevante de todos estos requisitos es que en ninguno de los tribunales permanentes, de los que se ha dado cuenta aquí, exigen la experiencia jurisdiccional, y únicamente refieren a ciertas características cercanas a dicha labor, con mucha discrecionalidad interpretativa. Lo que resulta evidente es que, si estos tribunales no requieren dicha experiencia, mucho menos lo requieren tribunales *ad hoc*, comerciales, de inversión o de cualquier otra naturaleza.

Posner propuso que los casos jurídicos han de ser decididos, atendiendo a las características del caso y según el derecho, y no atendiendo a las caracte-

¹⁴ Que no es lo mismo que ser o haber sido juez.

terísticas personales de los litigantes (aunque podría aplicarse a jueces por igual. Esta es la noción impersonal de la ley, y el deber del juez de actuar de forma desinteresada); y que incluso los más elevados cargos de la sociedad están sometidos al derecho, en vez de encontrarse por encima de (o inmunes a) aquél.¹⁵

V. LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En un estudio muy completo acerca de la labor de tribunales internacionales, Von Bogdandi y Venzke¹⁶ se preguntan: ¿en nombre de quién deciden los jueces?: de las partes en controversia, de los Estados que suscriben los tratados internacionales —de los cuales derivan estos mecanismos—, de la comunidad internacional, o del ser humano en su dimensión más amplia. Resolver estas cuestiones simplificaría la tarea de los tribunales, pero no es una tarea fácil.

Para estos autores, la denominación de tribunales, cortes, paneles o la de instituciones judiciales, como la denominan ellos, hace poca diferencia mientras su actividad central consista en dictar decisiones obligatorias sobre cuestiones jurídicas a través de individuos independientes, que sigan criterios jurídicos establecidos, y en el marco de un proceso ordenado.

En cuanto a la crítica de la denominación de tribunales, combinada con circunstancias que buscan erosionar su legitimidad, Von Bogdandi y Venzke refieren que la Corte Permanente de la Haya no es permanente, porque no se compone de jueces permanentes; no es tampoco accesible, porque se constituye para cada caso que se le presenta; y no es Corte, porque no la componen jueces.¹⁷ Este mismo criterio puede aplicarse también a todos los tribunales comerciales y de inversión internacionales, pues sufren de las mismas deficiencias. Como consecuencia, estas características son las más emblemáticas en torno a los debates actuales para la reforma de estos mecanismos.

Por desgracia, propuestas globales como la de Slaughter¹⁸ (si bien, planteada en 2004 cuando no se había llegado a una situación tan compleja como la actual en el entorno internacional) encaminada a transitar de la jurisdicción de tribunales internacionales hacia la creación de una comunidad

¹⁵ Posner, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 386.

¹⁶ Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *op. cit.*

¹⁷ *Ibidem*, p. 52.

¹⁸ Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004.

global de Cortes, que contenga sinergias con las jurisdicciones nacionales en una especie de red de tribunales, es todavía una utopía, más en un momento de crecientes y multiplicadores nacionalismos, confrontados con la erosión del sistema multilateral.

Otra debilidad manifiesta de los tribunales internacionales, y quizá la que más pesa en cuanto a los obstáculos para legitimarlos, es la debatible jurisprudencia internacional. Los precedentes, a diferencia de como sucede en las jurisdicciones nacionales, tienen poca fuerza vinculante, por lo general son meras orientaciones para los jueces y árbitros, criterios referenciales que rozan la extralimitación de facultades, si se quisieran adoptar de modo ortodoxo en casos subsecuentes.

La justificación, para no dotarles de la fuerza que requieren, está precisamente en que quienes los emiten en primera instancia no son jueces, los tribunales no son permanentes, y los casos son tan diversos, que sería demasiado arriesgado considerar un mismo razonamiento ante hechos diversos. Esto ha sido un factor adicional a la lamentable falta de diálogo interjurisprudencial que debería de existir en el derecho internacional. Al no reconocerse las decisiones de algunos tribunales no permanentes como instancias jurisdiccionales válidas, se crean vacíos que hacen imposible el diálogo jurisprudencial y vuelven nugatoria la propuesta de Slaughter hacia la red global de tribunales.¹⁹

Sea esto correcto o no, sin duda se acumula a las debilidades evidentes de la jurisdicción internacional de hoy, aunque esto aplica a los tribunales y cortes diversos de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que tienen más permanencia que los comerciales y a los que se les concede mayor deferencia, precisamente por esa permanencia de la que carecen los tribunales *ad hoc*. O, como lo explica Romano, no ya respecto del diálogo entre tribunales sino en la preponderancia estatal: “Mientras el mundo gire en torno a Estados soberanos, la judicialización universal, completa y homogénea nunca será posible”.²⁰

En cuanto a la legitimidad de los tribunales comerciales (aunque el estudio se puede aplicar perfectamente a otros tribunales *ad hoc*), Howse²¹ considera que la legitimidad de una institución depende de que ésta cumpla

¹⁹ Sobre el tema del diálogo jurisprudencial, véase Estrada, Guillermo E., *Interpretación judicial internacional*, México, Fontamara, México, 2016.

²⁰ Romano, Cesare P. R., *op. cit.*, p. 199.

²¹ Howse, Robert *et al.*, *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2018, pp. 5 y 6.

ciertos estándares definidos al momento de conferirles su mandato específico. Para este autor, las bases de la legitimidad derivan, en primer término, del consentimiento estatal otorgado al celebrar el tratado que le da origen al tribunal.

En segundo término, se tienen que tomar en cuenta factores como el proceso de selección de jueces y árbitros, la transparencia en el procedimiento, las facultades interpretativas y de análisis de hechos, y todo ello directamente relacionado con el resultado de la controversia, que pasa por la labor del juez durante el proceso, la motivación de sus argumentos, entre los más relevantes.

En este contexto, para este autor existe una legitimidad interna relativa a los jueces en sí mismos, y otra externa, generalmente enfocada en circunstancias institucionales, normativas y del régimen especial en el que se resuelve la controversia.

VI. DESAFÍOS ACTUALES

El derecho evoluciona debido a los desafíos emergentes que se presentan en la sociedad, es gracias a estos desafíos que los jueces enfrentan una necesidad imperante de conocer los conflictos de la sociedad, los sistemas normativos y las implicaciones jurídicas de sus decisiones.

Es entonces que los jueces se consideran como el último eslabón en la cadena de cumplimiento de la ley, pues es en ellos en quienes se encuentra la garantía del acceso a la justicia, así como la promoción de incentivos que logren un Estado de derecho. La tarea dista de ser sencilla, los conflictos de hoy en día se han vuelto cada vez más complejos, en materia internacional enfrentan perspectivas nacionales a internacionales; sin embargo, la adopción de medidas pertinentes que devengan de su facultad interpretativa que contribuyan al Estado de derecho, provee de criterios jurisprudenciales o antecedentes que pueden ser utilizados por futuros jueces en casos en que estimen necesarios para resolver de mejor manera.

Debemos entender que el derecho es un pilar fundamental del Estado, pues es a través de éste que se logra el acceso a la justicia, lo que obliga a que se ponga a disposición de los ciudadanos un mecanismo de tutela de sus derechos a través de recursos que no sólo sean accesibles y expeditos, sino que también estén dotados de un recurso de cumplimiento.

Ahora, sobre la necesidad de que los tribunales internacionales tengan como objetivo la justicia, ya es algo debatible. Para Nieto: “Desistir de garantizar la justicia en la resolución de conflictos es, sin duda, una decisión

sabía, puesto que esa tarea es irrealizable cuando se trata de un valor tan subjetivo en el que nunca puede haber concordia total de opiniones”.²² Con esta consideración tomada al pie de la letra, tendríamos el dilema mencionado de la aplicación mecánica del juez, quien repite la norma jurídica, y el de quien crea derecho a partir de sus interpretaciones de la discrecionalidad judicial.

Sobre el tema de la creación o no del derecho, derivada de la interpretación judicial, la teoría realista de la interpretación, explicada por Chiassoni, aporta algunos elementos que consideran que los jueces no pueden evitar crear derecho cuando deciden casos. La contradicción fundamental de la cultura jurídica contemporánea consiste precisamente en que los jueces no deberían crear derecho, pero no pueden evitar hacerlo.²³

En la tarea de interpretar el derecho, Chiassoni considera que existen cinco tipos de interpretación judicial:²⁴ por selección, reparación, corrección, mejora interpretativa e innovación metodológica.

Por selección, considera que los jueces eligen entre significados alternativos de los textos. Respecto de la reparación, los jueces reparan defectos de algunos textos legales; en materia de corrección, el juez busca reemplazar el texto jurídico con otro significado que los jueces consideran más apropiado; en tanto que, en la tarea de mejora interpretativa, los jueces agregan una explicación adicional al texto legal. Por último, en la interpretación relativa a la innovación metodológica, los jueces incorporan nuevos significados relevantes sobre bases de métodos interpretativos novedosos, no empleados anteriormente.

Es a través de las decisiones judiciales que se interpreta el derecho, de conformidad con el caso en concreto; gracias a ello, esta decisión no solamente afecta su caso en concreto al decidir lo aplicable, sino tiene un fin informativo para las futuras controversias a resolver; es decir, en conflictos que sean similares, las sentencias previas pueden tener fines educativos, para que los abogados, las partes y los jueces anticipen los resultados o argumenten su caso; no obstante, hay conflictos concretos en que una sentencia va más allá de impactar en su caso, para expandirse hasta el desempeño del gobierno, las políticas públicas o en otros sectores sociales.

Además del anterior supuesto, los jueces internacionales también se ven envueltos en casos sumamente complejos, casos que requieren la ponderación entre intereses de diversa índole, y que la mayoría de las veces tienen

²² Nieto, Alejandro, *op. cit.*, p. 62.

²³ Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*, p. 49.

²⁴ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

intereses económicos, políticos o sociales que requieren de valoración científica que, en ocasiones, no es detallada y se maneja en umbrales de incertidumbre jurídica que en las jurisdicciones nacionales es menos común.²⁵

Otro punto a tomar en cuenta, y que juega un papel decisivo en la toma de decisiones por parte de los jueces internacionales, es que los jueces nacionales más contemporáneos basan sus decisiones en leyes o sentencias internacionales, el papel de análisis que desempeñan los jueces internacionales encuentra un grado más de complejidad en la coherencia de los regímenes internacionales de derecho; si bien, cada tribunal puede interpretar de manera distinta una misma norma o una medida interpuesta por el actor, lo cierto es que pese a la crítica acerca de la contradicción de las decisiones, tal contradicción dista de ser, como tal, una contradicción, pues la interpretación de la norma se da sobre ciertos aspectos sustantivos y concretos acerca de hechos del caso específico, sin que ello devenga en contradicciones entre las sentencias de los diversos tribunales.²⁶

La crítica específica recae en el principio de certeza jurídica, sin embargo, en el régimen internacional se percibe ausencia de un orden jerárquico entre las cortes internacionales, se espera que las decisiones dictadas por los jueces sean claras y congruentes; sin embargo, es gracias a la gran divergencia en la interpretación que el sistema internacional de derecho crece, pues a través del proceso dialéctico y la variedad de interpretación de una misma norma, se contribuye a la evolución e interpretación de las normas internacionales sin que esto suponga algún tipo de incertidumbre jurídica.²⁷ Esta variedad en la interpretación está justificada por los diferentes contextos en los que la norma es examinada y por las situaciones concretas en las que se desarrolla el caso.

VII. CONCLUSIÓN

La forma en la que los jueces llegan a las sentencias de la controversia no es sencilla, el cuerpo de la misma debe estar justificado en las leyes que revisa, y determina cuáles son los hechos y cómo se les aplica el derecho; sin embargo,

²⁵ International Commission of Jurists, *Principios sobre el papel de los jueces y abogados en relación a refugiados y migrantes*, CIJ, 2017, p. 48.

²⁶ Prott, Lundel, *The Role of the Judge of the International Court of Justice*, University of Sydney, disponible en <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201974/RBDI%201974-2/Etudes/RBDI%201974.2%20-%20pp.%20473%20%C3%A0%20507%20-%20Lyndel%20V.%20Prott.pdf>.

²⁷ Conforti, Benedetto, *op. cit.*

hay ocasiones en las que los jueces chocan con ambigüedad en los textos de ley, por lo que su papel pasa a ser todavía más complejo, es en este momento en que ellos deben buscar el verdadero sentido de la ley a través de la tarea interpretativa de la misma, y dirimir la controversia planteada.

En los conflictos internacionales “confluyen derechos nuevos mixtos [...] que conducen al derecho en general a reformular lo mismo, pero de manera diferente”;²⁸ es entonces que mediante la labor de los jueces internacionales se desarrolla una jurisprudencia y valores jurídicos por la ponderación de casos complejos, donde lo importante no es qué norma aplicar, sino el sustento y el razonamiento detrás de la aplicación de esa norma, labor que es distinta de la de los jueces clásicos. Esta jurisprudencia es una parte fundamental del derecho internacional.

No sólo se enfrentan a cuestiones de resolución de la litis, sino a las controversias de jurisdicción, piedra angular que sostiene el funcionamiento de cualquier tribunal, internacional o nacional; entonces los jueces resuelven sobre su jurisdicción, la litis, la responsabilidad internacional de los Estados y la consideración de los derechos que fueron vulnerados; así encontramos que las obligaciones de protección a los diversos derechos son debidas a la comunidad internacional como un todo, donde estas obligaciones vinculan tanto a los agentes públicos como a las relaciones de los particulares entre sí.²⁹

Termino refiriendo lo que Alejandro Nieto considera respecto de la justicia, esa que pintan con ojos vendados para subrayar que debe ser ciega y no mirar a los pleiteantes. El juez, en definitiva, dice Nieto, debe carecer de sentimientos, ha de ser insensible y eso conduce inevitablemente a la indiferencia.³⁰ Por supuesto, decirlo es sencillo, pero en la práctica no lo es, despojar de humanidad una tarea no mecánica, como se ha explicado ya, parece contradecir los principios de la discrecionalidad judicial.

En la tarea que realizan los jueces internacionales, sean de tribunales permanentes o *ad hoc*, la indiferencia es un elemento que debe descartarse a toda costa, sin que para ello se llegue al extremo opuesto de hacer una aplicación mecánica de la norma jurídica. Este punto medio es una tarea en extremo compleja, tanto para quienes tienen formación judicial, como

²⁸ Organización de los Estados Americanos, *op. cit.*

²⁹ Fernández, Diego, “El ejercicio de la función judicial internacional”, en Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 408, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-ejercicio-de-la-funcion-judicial-internacional.pdf>.

³⁰ Nieto, Alejandro, *op. cit.*, p. 103.

para quienes desempeñan la labor como expertos técnicos en su área de especialidad.

En concreto, no existe receta válida para resolver adecuadamente conflictos internacionales, pero precisamente por ello, es indispensable regresar a la fortaleza institucional de la que habla Innerarity, la que blinda de alguna forma la función jurisdiccional, incluso ante desempeños deficientes de jueces y árbitros internacionales. Con esta base, es posible pensar en una efectiva legitimidad para tribunales y cortes internacionales.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

- BOGDANDY, Armin von y VENZKE, Ingo, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, 2014.
- CHIASSONI, Pierluigi y SPAIC, Bojan, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer, 2021.
- CONFORTI, Benedetto, “The Role of the Judge in International Law”, *European Journal of Legal Studies*, University of Naples-Institute of International Law, vol. I, núm. 2, 2007, disponible en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7702/EJLS_2007_1_2_3_CON_EN.pdf?sequence=3.
- ESTRADA, Guillermo E., *Interpretación judicial internacional*, México, Fontamara, 2016.
- FERNÁNDEZ, Diego, “El ejercicio de la función judicial internacional”, en CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-ejercicio-de-la-funcion-judicial-internacional.pdf>.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos*, Siglo Veintiuno, 2011.
- HOWSE, Robert *et al.*, *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2018.
- INNERARITY, Daniel, *Política para perplejos*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2018.
- International Commission of Jurists, *Principios sobre el papel de los jueces y abogados en relación a refugiados y migrantes*, CIJ, 2017.
- NIETO, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002.
- Organización de los Estados Americanos, *Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental. Módulo V: Papel del Juez*, OEA,

2016, disponible en http://www.oas.org/es/sedi/dsd/publicaciones/Judicial-Modulo_V.pdf.

POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011

PROTT, Lundel, *The Role of the Judge of the International Court of Justice*, University of Sydney, disponible en <http://rbdi.brwyllant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201974/RBDI%201974-2/Etudes/RBDI%201974.2%20-%20pp.%20473%20%C3%A0%20507%20-%20Lyndel%20V%20Prott.pdf>.

ROMANO, Cesare P. R., “The Shadow Zones of International Judicialization”, en ROMANO, Cesare *et al.*, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014.

SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004.