

INTRODUCCIÓN

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

La multiplicación de los tribunales internacionales es un fenómeno reciente que sorprendió a muchos estudiosos del derecho internacional. Hace apenas diez 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 tres siglos.⁵ Durante la mayor parte de su existencia, el sistema jurídico internacional sufría no-

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*, Pedone, 2004, p. 584.

³ Hamilton, Alexander, “The Judiciary Department”, *Independent Journal*, 1788, p. 2. Cit. por 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”, *Le droit international en devenir*, 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.

toriamiento de la 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 el siglo XXI con el inicio de un nuevo periodo: el de la “judicialización” del orden jurídico internacional.⁷ En efecto, a partir de la década de los noventa se produjo una multiplicación (o proliferación)⁸ 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-judicial.⁹

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.

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

⁶ *Ibidem*, p. 5.

⁷ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *La expansión de la jurisdicción internacional y su importancia para la realización de la justicia*, 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 orden jurídico internacional. Dicho término es utilizado, por ejemplo, en el ámbito militar para referirse a la proliferación de armas (nucleares, de destrucción masiva, químicas, etcétera). 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. Cit. por Webb, Philippa, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford University Press, 2013, p. 1.

¹⁰ Martínez, Jenny, “Towards an International Judicial System”, *Stanford Law Review*, vol. 56, 2003, pp. 432 y 433. Cit. por Webb, Philippa, *op. cit.*, p. 9.

- 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 orden jurídico internacional por parte de los tribunales especializados que operan en su ámbito?

Considero necesario aclarar ciertos puntos de estas tres preguntas centrales.

I. COORDINACIÓN, COHERENCIA Y “JUDICIALIZACIÓN”

Cabe señalar que la “judicialización” del orden jurídico 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 al derecho (internacional) como un instrumento ordenador y regulador de las 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 interinstitucional armonioso.

Por su parte, la coherencia en la aplicación e interpretación del derecho internacional también se deriva de la visión (sistémica) del derecho (inter-

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

¹² Koskeniemi, 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.

nacional) como un orden jurídico. Aunque los tribunales internacionales no crean el derecho internacional,¹⁴ 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, 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

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.

¹⁷ Simma, Bruno, “Universality of International Law...”, *op. cit.*, 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*, vol. 297, 2002.

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

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 complejos:²² 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 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.

²¹ Simma, Bruno, “Of Planets...”, *op. cit.*, 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.

²⁴ Koskenniemi, Martti y Leino, Paivi, “Fragmentation of International...”, *op. cit.*, p. 558.

²⁵ Teubner, Gunther, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, en Teubner, Gunther, *Global Law Without a State*, Aldershot-Dartmouth, 1997, pp. 3-30. *Cit.* por Koskenniemi, Martti y Leino, Paivi, “Fragmentation of International...”, *op. cit.*, p. 558. Teubner utiliza el término *Bukowina global* para referirse a un postulado del filósofo austriaco Eugen Ehrlich. Según 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*, 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

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 con 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 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 desea-

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 World*, 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”, en 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. Cit. por Simma, Bruno, “Of Planets...”, *op. cit.*, p. 499.

³⁰ Hoecke, Marck van, *Law as Communication*, Oxford-Hart Publishing, 2002, pp. 109 y 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 jurídicos internos, que los elementos que lo componen sean erráticos, que no existan claras relaciones de subordinación (o supraordenación) 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”, en König, Doris *et al.* (eds.), *International Law Today: New Challenges and the Need for Reform*, Springer, 2008, p. 106.

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

bles 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 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 sujetos,³⁵ 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 de acuerdo con 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

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

³⁴ Simma, Bruno, “Universality of International Law...”, *op. cit.*, p. 279.

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

³⁶ Charney, Jonathan, “Is International Law...”, *op. cit.*

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 Fourret, 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.

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 interinstitucionales 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.

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

⁴⁰ Stoll, Peter-Tobias y Vöneky, Silja, “The *Swordfish* Case: Law of the Sea v. Trade”, *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 extrajudicial 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.

las diferencias de la OMC.⁴³ De la misma manera, en el famoso asunto *MOX Plant*⁴⁴ 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, al considerar 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 Karadzic,⁴⁷ 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 extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten

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.

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>.

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 inter-

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”, 1o. de octubre de 1999, párr. 61, disponible en: <http://www.cidh.org/migrantes/Opini%C3%B3n%20Consultiva%2016.htm>.

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/doctet/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 *Hoehst AG c/ Comisión* (casos 46/87 y 227/88), el TJUE estimó que el derecho a la privacidad protegido por el artículo 8o. 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 8o. 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 6o. 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 6o. de la Convención (CEDH, *Funke c/ Francia*, 25 de febrero de 1993).

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

nacional de los derechos humanos”.⁵⁶ En 2001, 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 consultiva 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, aun en el contexto de “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.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 141.

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

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 *Ibidem*, párr. 30.

⁶⁰ TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, 1o. de octubre de 1995, párr. 11.

⁶¹ CIDH, *Opinión consultiva OC-16/99, cit.*, párr. 61.

⁶² Charney, Jonathan, “Is International Law...”, *op. cit.*

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? Extrajurídicamente, 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 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

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 *Ibidem*, párrs. 10, 19.

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

⁶⁶ CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos, México v. 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, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/publisher/ECHR,,UzB,42d3ef174,0.html>.

⁶⁸ CIDH, *Gutiérrez Soler c. Colombia*, 30 de junio de 2011, disponible en: http://www.cortei-dh.or.cr/docs/medidas/gutierrez_se_04.pdf.

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 Mercosur,⁶⁹ se tiene la clara impresión de estar releendo 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 respecto a la interpretación y aplicación del Pacto Internacional de 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

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 *Francovitich y Bonifaci* (TJUE, 19 de noviembre de 1991). Para más detalles, véase 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 del Congo*, 30 de noviembre de 2010, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>.

⁷⁴ CIJ, *Caso Diallo, Ahmadou Sadio Diallo, República de Guinea c. República Democrática del Congo*, 19 de junio de 2012, párr. 66, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/17044.pdf>. Cit. por Webb, Phillipa, *op. cit.*

En la posterior fase del mismo caso,⁷⁵ la CIJ tuvo que pronunciarse sobre la indemnización por acordar a la República Democrática del 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”

La “judicialización” se desarrolla en un contexto marcado por la “compartimentación” del orden jurídico 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 interna-

⁷⁵ *Idem.*

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

cional humanitario, el derecho internacional del medio ambiente, el derecho internacional del espacio ultraterrestre, el derecho internacional del trabajo, el derecho agrario internacional, por mencionar sólo algunos.

Desde esta perspectiva, la “compartimentación” del sistema jurídico 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 orden jurídico 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 “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 de Río 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*

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 (máster 1), en derecho europeo, y mi quinto año (máster 2), en derecho internacional económico.

⁷⁸ Prost, Mario y Fouret, Julien, “La multiplication des juridictions...”, *op. cit.*, p. 132; Brownlie, Ian, “Problems of Specialization”, en Cheng, Bin, *International Law: Teaching and Practice*, Stevens and Sons, 1982, p. 45.

⁷⁹ Prost, Mario y Fouret, Julien, “La multiplication des juridictions...”, *op. cit.*, p. 132.

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

⁸¹ Carreau, Dominique, *op. cit.*

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*, 1o. de enero de 1978, párr. 239, disponible en: [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#{“itemid”:[“001-57506”]}).

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 orden jurídico 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 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, etcétera.

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

⁸⁴ En este sentido, consultar los programas de investigación del Centro para el Derecho Internacional del Desarrollo Sustentable, disponible en: www.cisdll.org/programmes.html. Cit. por Prost, Mario y Fouret, Julien, “La multiplication des juridictions...”, *op. cit.*, p. 121.

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

⁸⁶ *Ibidem*, núm. 123.

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, aun 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.

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 con 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

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ CDI, *Reporte del grupo de trabajo sobre la fragmentación del derecho internacional*, cit., párrs. 11-16.

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

⁹⁰ Koskeniemi, Martti y Leino, Paivi, “Fragmentation of International...”, *op. cit.*, 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, Montreal, 26 de mayo de 2003. Cit. por Prost, Mario y Fouret, Julien, “La multiplication des juridictions...”, *op. cit.*, p. 125.

⁹² Prost, Mario y Fouret, Julien, “La multiplication des juridictions...”, *op. cit.*, p. 131.

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 humano,⁹³ 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

Esta investigación partirá del supuesto de que tanto el “hermetismo” como la “idiosincrasia” en la aplicación e interpretación del derecho internacional son perjudiciales para el funcionamiento eficaz del orden jurídico internacional. 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 subsistemas 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 autorregularán a la escala global.⁹⁵ Como lo señala Abi-Saab, este “miriada”⁹⁶ de sistemas o subsistemas 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

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

⁹⁴ CIJ, *Lagrand, Alemania v. Estados Unidos*, cit.; CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos, México v. Estados Unidos*, cit.

⁹⁵ Teubner, Gunther, *Law as an Autopoietic System*, The European University Institute Press Series, 1993; Teubner, Gunther, *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997.

⁹⁶ Cassese, Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory of «Role Splitting» (dédoublément 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.

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 orden jurídico internacional. Los mismos tribunales 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 se 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 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 orden jurídico internacional?

Sin adelantar mis argumentos y a manera de introducción mencionaré que mi respuesta a las tres preguntas centrales de este trabajo consiste en sostener que una de las fuentes formales del derecho internacional —los principios generales del derecho— constituyen principios comunes a los tribunales internacionales en el actual contexto de “judicialización” del orden jurídico internacional. La interpretación y aplicación convergente de estos principios en la jurisprudencia de los múltiples órganos judiciales internacionales del siglo XXI garantiza la coherencia y la integración en la socie-

⁹⁸ Dupuy, Pierre-Marie, “L’unité de l’ordre...”, *op. cit.*

⁹⁹ Simma, Bruno, “Universality of International Law...”, *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁰ Simma, Bruno, “Of Planets...”, *op. cit.*, p. 505.

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

¹⁰² CEDH, *Bankovic et autres c. Belgique*, 19 de diciembre de 2001, párr. 57, disponible en: [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#{“itemid”:[“001-22099”]}).

dad internacional descentralizada.¹⁰³ Por medio de sus principios comunes, los tribunales internacionales desarrollan prácticas de interacción, en oposición a la descentralización que acompaña su multiplicación.

III. METODOLOGÍA

Para responder a las tres preguntas teóricas centrales de investigación operaré un cierre metodológico, consistente en el estudio de la interpretación y aplicación jurisprudencial de seis principios generales del derecho (*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 se 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 a 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

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

¹⁰⁴ Abi-Saab, Georges, *The International Judicial Function*, UN Lecture Series, disponible en: 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

No obstante, 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 *iusuris dictio* (“decir el derecho”) y adoptar sentencias obligatorias con base en derecho.¹⁰⁹

Los tribunales internacionales analizados 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. Algunos de estos órganos judiciales tienen competencia en el plano global, y otros intervienen en un ámbito regional, únicamente. Finalmente, unas jurisdicciones son competentes para resolver litigios que oponen a los Estados miembros de la comunidad internacional, mientras que otras se pronuncian sobre con-

por un órgano permanente de apelación. Para más detalles, véase Lorenzo, Ludovic, *Une nouvelle juridiction internationale, le système de règlement des différends interétatiques de l’O. M. C.*, Thèse, Université Lyon 2, 2003, disponible en: http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo_l#p=0&a=top.

¹⁰⁶ Carreau, Dominique y Julliard, Partrick, *Droit international économique*, Dalloz, 2006, p. 18; Daillier, Patrick y Pellet, Alain, *Droit international public*, 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”, en Leben, Charles et al., *Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, 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.*, p. 470.

¹⁰⁹ Según Lorenzo, “el mecanismo de resolución de las controversias de la OMC supo desarrollar una verdadera *iusuris 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. *Idem*.

trovercias en las que pueden ser partes tanto Estados como entidades no estatales.

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 influyó 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 establecida 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 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 generales del derecho, 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. 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 selección de estos seis principios generales del derecho 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 investigación se dividirá en cuatro capítulos.

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

El capítulo segundo se enfocará en el análisis de los principios generales del derecho, con el propósito de demostrar que, por su naturaleza intrínseca, éstos son susceptibles de constituir principios comunes a los tribunales internacionales en el actual contexto de “judicialización” del orden jurídico internacional. 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 tercero es la parte central del trabajo. En este capítulo se desarrollará un análisis comparativo de la interpretación y aplicación de los principios generales del derecho, 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 principios comunes a los tribunales internacionales.

El capítulo cuarto examinará la función de los principios generales del derecho en relación con la “judicialización” del orden jurídico internacional. El objetivo de este apartado consiste en obtener algunas conclusiones importantes del estudio comparativo, llevado a cabo en el capítulo segundo, para saber cómo los principios generales del derecho, en su función de principios comunes a los tribunales internacionales, permiten resolver los aspectos problemáticos de la “judicialización”, identificados previamente.