

CAPÍTULO CUARTO

LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN RELACIÓN CON LA “JUDICIALIZACIÓN” DEL DERECHO INTERNACIONAL

I. LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LA GENERALIDAD DE LOS PRINCIPIOS COMUNES

En mi opinión, la aplicación de los principios generales del derecho como principios comunes a los tribunales internacionales aporta una respuesta jurídica a algunos de los problemas suscitados por la “judicialización” del orden jurídico internacional. En primer lugar, la existencia de principios generales comunes a los tribunales internacionales demuestra la inexistencia de “*self-contained regimes*” en el ámbito internacional (1). En segundo lugar, el desarrollo de principios generales comunes a los tribunales internacionales manifiesta la ausencia de conflictos de jurisprudencia respecto a la interpretación y aplicación de dichos principios (2).

1. *La existencia de principios generales comunes a los tribunales internacionales y la inexistencia de self-contained regimes*

Como lo señale anteriormente, la principal característica de la “judicialización” del sistema jurídico internacional consiste en la creación de tribunales altamente especializados. La especialización de los tribunales internacionales se relaciona estrechamente con la especialización de las normas que éstos aplican e interpretan. La consideración de dichas normas como *self-contained regimes* —regímenes autónomos, especializados y autárquicos— podría agravar la “compartimentación” tanto de las normas como de las instituciones judiciales internacionales. En un aspecto sustancial, la aplicación e interpretación de las normas internacionales podría volverse hermética e incoherente. Los tribunales internacionales resolverían los litigios que se les someten con el recurso exclusivo de las normas especializadas que

justificaron su creación. Desde una perspectiva institucional, el “encierro” de un tribunal internacional en un *self-contained regime* podría aislarlo por completo de las demás jurisdicciones internacionales y poner en peligro toda posible coordinación de su actividad jurisprudencial con la de las otras jurisdicciones especializadas. Ambas situaciones afectarían la coherencia en la interpretación y aplicación del derecho internacional.

Es de estimarse que este aspecto problemático de la “judicialización” del orden jurídico internacional podría ser resuelto, por lo menos en parte, por la aplicación de principios comunes a los tribunales internacionales.

El análisis que desarrollé en los capítulos anteriores demuestra que todos los tribunales internacionales que examiné recurren a los principios generales del derecho, objeto de mi estudio, para la resolución concreta de los litigios que se les someten. Estos seis principios generales del derecho, de naturaleza tanto procesal como sustancial, constituyen una fuente jurídica importante en la impartición de la justicia por parte de la CIJ, el TIDM, el ORD de la OMC, la CEDH, la CIDH, el TPIY y el TPIR. El reconocimiento de dichos principios en los estatutos constitutivos de estas jurisdicciones internacionales y su aplicación e interpretación convergente en la jurisprudencia internacional me permiten concluir que se trata de principios comunes a los tribunales internacionales.

Esta omnipresencia de los principios generales del derecho, como ley aplicable para la resolución de las controversias internacionales, demuestra la relativa autonomía de los conjuntos normativos especializados del derecho internacional (régimenes autónomos o *self-contained regimes*). Los tribunales internacionales no aplican e interpretan las normas internacionales especializadas en un “vacuum” jurídico. Dicho en otros términos, la judicialización del derecho internacional no conduce al desarrollo de un “hermetismo” normativo en la resolución judicial de las controversias internacionales. Los tribunales internacionales especializados no pertenecen a *self-contained regimes*.

En el presente trabajo demostré la inevitable relación de los conjuntos normativos especializados, existentes en el ámbito internacional, con uno de los componentes básicos del “derecho internacional general”: los principios generales del derecho. Dicha relación opera a través de la aplicación e interpretación concordante de principios generales del derecho en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. La jurisprudencia de todas las jurisdicciones internacionales demuestra que la *adjudication* eficaz de las normas internacionales especializadas necesita de la aplicación de principios generales para poder funcionar eficazmente.

El primer régimen normativo que generalmente se etiqueta como *self-contained regime* es el derecho del comercio internacional-derecho de la OMC. En efecto, las normas derivadas de los tratados comerciales multilaterales concluidos bajo los auspicios de dicha organización presentan un alto grado de especialización (incluso de tecnicidad). Este conjunto normativo altamente especializado es interpretado y desarrollado por el ORD de la OMC. Como lo señalé anteriormente, la especialización misma de las reglas del derecho del comercio internacional justificó la creación de un mecanismo *ad hoc*, competente para resolver las controversias complejas que surgen de su aplicación. Por lo tanto, queda claro que la función primera del “juez” de la OMC consiste en resolver los litigios entre los Estados miembros de la OMC a través de la aplicación del derecho especializado de dicha organización. El juez de un *self-contained regime* debe aplicar las normas pertenecientes a este conjunto normativo de acuerdo con sus fines y objetivos específicos. No obstante, desde su primer reporte, el órgano de apelación de la OMC insistió en que el derecho del comercio internacional no constituye más que un “*departement*” (compartimento) del derecho internacional.¹²⁶⁷ Como atinadamente lo afirma Dupuy, en vez de considerarse rodeado de un “*vacuum*” jurídico y erigir el derecho del comercio internacional en una “torre de marfil”, el “juez” de la OMC constató su “vasallaje” respecto al derecho internacional (general). Lejos de marcar una secesión, dicho juez proclamó una necesaria integración entre ambos conjuntos normativos.¹²⁶⁸

En su primer reporte en el caso *Estados Unidos-pautas para la gasolina reformulada y convencional*,¹²⁶⁹ el órgano de apelación consideró que “no hay que leer el acuerdo general aislandolo clínicamente del resto del derecho internacional público”.¹²⁷⁰

Como lo afirma Dupuy, esta posición claramente definida es acorde con el espíritu del Entendimiento sobre Solución de Diferencias que define la función judicial del órgano de apelación. En su artículo 3-2, dicho tratado dispone que el sistema de arreglo de controversias de la OMC tiene por objetivo “preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y... aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del de-

¹²⁶⁷ Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, nota 19, p. 454.

¹²⁶⁸ *Idem.*

¹²⁶⁹ OMC, *Estados Unidos-pautas para la gasolina reformulada y convencional*, 29 de abril de 1996, disponible en: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-1.aspx?language=S&CatalogueIdList=14573&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch=.

¹²⁷⁰ Caso *Estados Unidos-pautas para la gasolina reformulada y convencional*, *cit.*, nota 1269, p. 9.

recho internacional público”. Este “amarraje” al derecho internacional fue, por lo tanto, querido por los mismos Estados miembros de la OMC al redactar el contenido de los tratados multilaterales de dicha organización. La integración del sistema comercial multilateral en el sistema jurídico internacional fue vista como indispensable para el correcto ejercicio de la función judicial por parte del “juez” de la OMC.¹²⁷¹

La interpretación y la aplicación de una determinada norma del derecho comercial internacional no podría realizarse en un vacío, y necesariamente tendría que relacionarse con otras normas, generales y/o especializadas. El “hermetismo normativo” no permite la resolución satisfactoria de las controversias originadas en el derecho del comercio internacional.

En el presente trabajo demostré la permeabilidad del derecho de la OMC a los principios generales del derecho —parte fundamental del “derecho internacional general”—. En varios casos de su jurisprudencia, el “juez” de la OMC recurrió a principios generales del derecho tanto de naturaleza procesal como sustancial. Este “juez” basó la resolución concreta de varios problemas jurídicos de carácter procesal en los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia* y *res iudicata*. De la misma manera, en los casos previamente estudiados, el ORD de la OMC aplicó los principios *pacta sunt servanda* y *estoppel* (como derivaciones de la *bona fides*) para resolver el fondo de las controversias concretas que le fueron presentadas.

Cabe resaltar que éstos no son los únicos principios generales del derecho aplicados e interpretados en la jurisprudencia del “juez” de la OMC. Así, por ejemplo, en varios asuntos, dicho “juez” aplicó principios generales del derecho, relativos a la incumbencia de las pruebas,¹²⁷² a la economía judicial¹²⁷³ o al abuso de derechos.¹²⁷⁴ Además, el ORD de la OMC utiliza varias otras normas del “derecho internacional general” para resolver las controversias concretas que se le someten. Así por ejemplo, el “juez” de la OMC recurre con frecuencia a los principios consuetudinarios¹²⁷⁵ de inter-

¹²⁷¹ Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, nota 19, p. 454.

¹²⁷² OMC, *Whool Shirts and Blouses*, párr. 14, citado en Lidroos, Anja y Michael Mehling, “Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes, International Law and the WTO”, *European Journal of International Law*, vol. 16, 2006, p. 871.

¹²⁷³ *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, 1998, párr. 65, citado en Lidroos, Anja y Michael Mehling, *op. cit.*, nota 1272, p. 871.

¹²⁷⁴ OMC, *US — Shrimp*, 12 October 1998, y *US — Gambling*, 10 November 2004, párr. 6.576, citado en Mitchell, Andrew, *op. cit.*, nota 1052, pp. 370-372.

¹²⁷⁵ En el caso *Korea—Procurement*, párr. 7.96, el “juez” de la OMC afirmó la posibilidad de aplicar principios consuetudinarios en el ámbito de la OMC, siempre que la aplicación

pretación de los tratados¹²⁷⁶, codificados en los artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹²⁷⁷ Además, el ORD de la OMC aplica principios relativos al derecho de los tratados, en general.¹²⁷⁸

Por consecuencia, puedo concluir que los principios generales del derecho, en particular, y el “derecho internacional general”, en general, constituyen un valioso contexto normativo (*legal background*) que el “juez” de la OMC utiliza con frecuencia en el ejercicio de su función judicial. A través de sus constantes referencias al cuerpo normativo del “derecho internacional general”, este tribunal internacional confirma que el conjunto especializado de normas pertenecientes al derecho del comercio internacional no es un *self-contained regime*. Dicho conjunto no opera en un aislamiento autárquico respecto al resto del derecho internacional, sino que constituye una parte integrante del sistema jurídico internacional.

La misma constatación se aplica al régimen especializado del derecho penal internacional. La naturaleza específica y especializada de las normas del derecho penal internacional y el carácter sui géneris de la justicia penal impartida por las tres jurisdicciones penales internacionales (TPIY, TPIR y CPI) podrían dejar a pensar que dicho régimen constituye un *self-contained regime*. No obstante, como lo demostré en el capítulo tercero, los tribunales penales internacionales utilizan con frecuencia principios generales del derecho, de naturaleza tanto procesal como sustancial, para resolver las controversias complejas que se les presentan. Tanto el TPIY como el TPIR recurrieron a los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *pacta sunt servanda* y *estoppel* para dar respuesta a los problemas jurídicos que les fueron planteados en numerosos casos de su jurisprudencia.

de dichos principios no es expresamente excluida por el acuerdo en cuestión. En términos del panel: “Customary international law applies generally to the economic relations between the WTO Members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not ‘contract out’ from it”.

¹²⁷⁶ En este sentido, en el caso *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, 1994, párr. 5.18, el panel de la OMC afirmó que “la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados expresa las reglas básicas para la interpretación de los Tratados”.

¹²⁷⁷ Para más detalles sobre este punto, véase Mitchell, Andrew, “The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, 2007, pp. 803 y ss.; Lindroos, Anja y Mehling, Michael, *op. cit.*, nota 1272, pp. 867 y ss.; Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, nota 19, pp. 455 y 456.

¹²⁷⁸ Para un estudio de la jurisprudencia del ORD de la OMC a este respecto, véase Lindroos, Anja y Mehling, Michael, *op. cit.*, nota 1272, pp. 870 y ss.; Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, nota 19, pp. 456.

Estos seis principios, lejos de ser los únicos principios generales del derecho, están presentes en la jurisprudencia, de los tribunales penales internacionales. En varios otros casos de su jurisprudencia dichos tribunales aplicaron, entre otros, los principios¹²⁷⁹ *unus testis, nullus testis*,¹²⁸⁰ *nullum crimen, nulla pena sine lege*,¹²⁸¹ *in dubio pro reo*,¹²⁸² *onus probandi actori incumbit*¹²⁸³ o *lex specialis derogat legi generali*.¹²⁸⁴

Además de la constatación de la omnipresencia de los principios generales del derecho en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales podemos observar varias otras aperturas del derecho penal internacional hacia el “derecho internacional general”. En este sentido, cabe notar que los métodos de interpretación utilizados por las jurisdicciones penales internacionales se basan en gran medida en los artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹²⁸⁵ Además, los tribunales penales internacionales aplican varios principios consuetudinarios del derecho internacional.¹²⁸⁶

Según yo, esta vinculación directa del derecho penal internacional con los principios generales del derecho y otras componentes del “derecho internacional general” demuestra el carácter abierto de este conjunto normativo especializado. La utilización por parte de los tribunales penales internacionales de principios y normas pertenecientes al “derecho internacional general” me permite concluir que el derecho penal internacional no es un *self-contained regime* hermético, completo y autárquico. La jurisprudencia de las jurisdicciones penales internacionales demuestra la permeabilidad de este derecho a los principios generales del derecho y a las demás componentes del

¹²⁷⁹ Para más detalles sobre la aplicación de principios generales del derecho en la jurisprudencia de las jurisdicciones penales internacionales véase Raimondo, Fabián, *op. cit.*, nota 441, p. 88.

¹²⁸⁰ TPIR, *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment*, 7 de mayo de 1997, TPIR, *Prosecutor v. Akayesu*, 2 de septiembre de 1998, párr. 132.

¹²⁸¹ TPIR, *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, 16 de noviembre de 1998, § 402; *Prosecutor v. Tadić, Judgment*, 15 de julio de 1999, párr. 185; *Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise*, 21 de mayo de 2003, párr. 34 y ss.

¹²⁸² TPIR, *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, 16 de noviembre de 1998, párr. 601.

¹²⁸³ *Ibidem*, párr. 599 y ss.

¹²⁸⁴ TPIR, *Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment*, 14 de enero de 2000, párr. 683; *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, 20 de febrero de 2001, véase párr. 340.

¹²⁸⁵ Para más detalles sobre este punto, véase Van der Herik, Larissa y Stahn, Carsten, *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Matrinus Nijhoff, 2012, pp. 69 y ss.

¹²⁸⁶ Para más detalles sobre la aplicación de principios consuetudinarios en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, véase Van der Herik, Larissa y Stahn, Carsten, *op. cit.*, nota 1285, pp. 62-67 y 149-160.

“derecho internacional general”. Igual que el “juez” de la OMC, los jueces del derecho penal internacional no optaron por la aplicación exclusiva de las normas especializadas que justificaron su creación. La imprescindibilidad de los principios generales comunes a los tribunales internacionales no permite el desarrollo de un “hermetismo normativo” en el ámbito del derecho penal internacional.

De igual modo, puedo destacar que la jurisprudencia de los dos tribunales regionales competentes en materia de derechos humanos demuestra la apertura del derecho internacional de los derechos humanos a principios y normas pertenecientes al “derecho internacional general”. Como lo demostré en el capítulo anterior, tanto la CEDH como la CIDH aplican principios generales del derecho para resolver las controversias concretas que se les someten. El recurso por parte de dichas jurisdicciones a los principios *compétence de la compétence, nemo iudex in causa sua, iura novit curia, res iudicata, pacta sunt servanda* o *estoppel* es una necesidad inherente al ejercicio de su función judicial. En efecto, los principios generales del derecho orientan y complementan las normas especializadas del derecho internacional de los derechos humanos que, lejos de ser un cuerpo normativo hermético y autárquico, permanece sujeto a los principios generales y fundamentales del orden jurídico internacional.

Los principios analizados en el presente trabajo no son los únicos principios generales del derecho, presentes en la jurisprudencia de la CEDH y de la CIDH. Así, por ejemplo, ambas jurisdicciones aplican, entre otros, el principio de derecho a un juez,¹²⁸⁷ el principio de *reparatio in integrum*¹²⁸⁸ o el principio *lex specialis derogat legi generali*.¹²⁸⁹ Además, tanto la CIDH como la CEDH se basan en los principios codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para interpretar las normas protectoras de los derechos humanos.¹²⁹⁰ Finalmente, ambas jurisdicciones aplican varios otros principios del derecho de los tratados, en general, así como reglas rela-

¹²⁸⁷ CEDH, *Golder vs el Reino Unido*, 21 de febrero de 1975, párr. 35, CIDH, caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008.

¹²⁸⁸ CIDH, *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, *cit.*, nota CEDH, *Papamichalopoulos y otros c/ Grecia*, 24 de junio de 1993

¹²⁸⁹ CEDH, *Ahmed c. Austria*, 3 de mayo de 1983, *Venditelli c. Italia*, 18 de julio de 1994.

¹²⁹⁰ Para más detalles sobre la utilización de los artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, véase Nordeide, Ragnar, “The ECHR and its Normative Environment: Difficulties arising from a Regional Human Rights Court’s Approach to Systemic Integration”, en Fauchauld, Ole, Kristian y Nollkaemper, André, *op. cit.*, nota 296, p. 117; Vanneste, Frédéric, *General International Law Before Human Rights Courts*, Intersentia, 2009.

tivas a la protección diplomática y a las inmunidades de los Estados.¹²⁹¹ Los tribunales internacionales competentes en materia de derechos humanos aplican e interpretan de manera convergente los principales componentes normativos del “derecho internacional general”: derecho común a todos los tribunales internacionales. La apertura del derecho internacional de los derechos humanos hacia el “derecho internacional general” demuestra que la resolución de las controversias en este ámbito no puede hacerse en un “hermetismo normativo”, sino que prescinde de la aplicación de los principios generales comunes a los tribunales internacionales.

Finalmente, como lo mostré anteriormente, el TIDM —jurisdicción internacional permanente, encargada de la aplicación del conjunto normativo especializado del derecho internacional del mar— también aplica principios generales del derecho en el ejercicio de su función judicial. Además de los casos analizados en el presente trabajo, el tribunal recurrió a la aplicación de otros principios generales del derecho y de otras normas consuetudinarias de derecho internacional.¹²⁹² A través de la utilización, en su jurisprudencia, de normas y principios de “derecho internacional general”, externas al derecho internacional del mar, el tribunal demostró el carácter abierto y permeable de este último conjunto normativo especializado. Dicho en otros términos, la presencia del “derecho internacional general” en la jurisprudencia del TIDM no permite el desarrollo de un “hermetismo normativo” en la resolución de las controversias en el ámbito del derecho internacional del mar. Consecuentemente, este conjunto normativo especializado no puede considerarse como un *self-contained regime*. En palabras de un expresidente del TIDM, la utilización de otras normas de derecho internacional en la jurisprudencia de dicha jurisdicción demuestra que el derecho internacional del mar no es más que una “parte y parcela del sistema de derecho internacional”.¹²⁹³

La aplicación por parte de los tribunales internacionales examinados, de principios generales del derecho y de otras normas (y principios) pertenecientes al “derecho internacional general” demuestra la imposibilidad para un juez de basar la resolución de las controversias que se le someten en un “hermetismo normativo”. La existencia de principios generales comunes a los tribunales internacionales subraya el carácter ilusorio de la noción de

¹²⁹¹ Vanneste, Frédéric, *op. cit.*, nota 1290; Forowicz, Magdalena, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, 2011.

¹²⁹² *Statement*, José Luis Jesús, *cit.*, nota 567, p. 8.

¹²⁹³ En términos del presidente del TIDM: “The Tribunal’s application of the «other rules of international law» referred to in article 293 of the Convention shows that the law of the sea is part and parcel of the international law system” (*cit.*, nota 567, p. 9).

self-contained regime. Ningún tribunal internacional (y/o interno) puede prescindir de la aplicación de principios generales del derecho en el ejercicio concreto de su función judicial. A pesar de que las normas que el juez está legitimado a aplicar son de carácter altamente específico y especializado, dichas normas no pueden regular la infinita variedad de situaciones fácticas que originan los litigios internacionales (aunque sí pueden ser suficientes para dar una respuesta jurídica a muchas de ellas). Un juez internacional (y/o interno) necesita aplicar principios generales que lo guíen en la impartición de la justicia, imperativo primero de una solución judicial de las controversias. Como lo señalé anteriormente, todos los principios generales del derecho que analicé son inherentes a las nociones mismas de derecho, justicia y equidad que deben imperar en el arreglo judicial de los litigios. De la misma manera, muchos de estos principios generales del derecho son intrínsecos al correcto ejercicio de una función judicial y determinan gran parte de las atribuciones procesales de un juez.

En mi opinión, por todos estos motivos, el recurso (*fall-back*) a los principios generales del derecho de naturaleza tanto procesal como sustancial, que fueron objeto de mi estudio, se revela casi-automático para los jueces que operan en conjuntos normativos especializados. La imprescindibilidad de estos seis principios generales del derecho para el ejercicio de toda función judicial y su innegable presencia en la jurisprudencia de los tribunales internacionales especializados impiden sostener la existencia de *self-contained regimes*. Ningún régimen normativo puede permanecer totalmente autónomo y hermético respecto a su entorno (contexto) general. La importancia de estos principios generales del derecho para la resolución de las controversias originadas en el derecho de la OMC, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional del mar, demuestra que no se trata de regímenes autónomos, cerrados sobre sí mismos o autárquicos. El estrecho vínculo que dichos conjuntos normativos mantienen con los principios generales del derecho que estudié (y el “derecho internacional general”, en general) manifiesta que el muy discutido concepto de *self-contained regimes* constituye un mito,¹²⁹⁴ una quimera o una fábula.¹²⁹⁵

Además, esto demuestra que la presencia de normas especializadas, organizadas en ramas jurídicas específicas (derecho del comercio internacional, derecho penal internacional, derecho internacional de los derechos humanos, etcétera) no provoca una “compartimentación” excesiva del orden

¹²⁹⁴ Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, nota 19, p. 432.

¹²⁹⁵ Lindroos, Anja y Mehling, Michael, *op. cit.*, nota 1272, p. 877.

jurídico internacional. La especialización de las normas internacionales y de los tribunales que las aplican e interpretan no conduce a este orden hacia un escenario “apocalíptico” de arbitrariedad. Los principios generales, fundamentales y estructurales del sistema jurídico internacional no están siendo afectados por la especialización de las normas y de los tribunales internacionales. Principios como *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* y *pacta sunt servanda* siguen presentes en los regímenes normativos especializados. Su aplicación e interpretación jurisprudencial concordante preserva la coherencia de los *overrarching principles* (principios básicos) del orden jurídico internacional y evita su explosión en pequeñas partículas sin nada en común. La especialización de las normas internacionales no las convierte en *self-contained regimes*. A pesar de la aparición de múltiples tribunales internacionales que utilizan muchas ramas jurídicas específicas, la aplicación y la interpretación común de ciertos principios generales impide la aparición de subsistemas normativos, completamente autónomos y separados unos *vis-à-vis* de los otros.

También cabe notar que el concepto de *self-contained regime* es insuficiente para dar cuenta de otra posibilidad de interacción normativa en el ámbito internacional: la vinculación y el acoplamiento de los conjuntos normativos especializados entre sí. Dicha hipótesis suscita nuevos retos tanto para los jueces internacionales como para la doctrina del derecho internacional.¹²⁹⁶ Como lo señalé anteriormente, por primera vez en su historia, el derecho internacional se caracteriza por la existencia de múltiples disciplinas jurídicas internacionales, múltiples tribunales internacionales, múltiples centros de poder, múltiples actores y múltiples nuevos problemas jurídicos. Como consecuencia, la relación entre la unidad y la multiplicidad del derecho internacional es, cada vez más, objeto de nuevos y múltiples estudios doctrinales.¹²⁹⁷

Uno de los objetivos limitados de la presente investigación consiste en mostrar la no autonomía de los conjuntos normativos especializados respecto a seis principios generales del derecho, como componentes del “derecho internacional general”. Esta dependencia natural, imprescindible e inherente de los conjuntos normativos especializados hacia los postulados normativos de los principios generales del derecho, denota la unidad del or-

¹²⁹⁶ Para un reciente trabajo sobre esta problemática, véase Young, Margaret (ed.), *Regime Interaction in International Law*, Cambridge University Press, 2012.

¹²⁹⁷ Por ejemplo, Young, Margaret, *op. cit.*, nota 1296; Vanneste, Frédéric, *op. cit.*, nota 1290; Forowicz, Magdalena, *op. cit.*, nota 1291.

den jurídico internacional.¹²⁹⁸ Aunque el orden jurídico internacional esté dividido en conjuntos normativos especializados, dicho orden se mantiene coherente gracias, entre otros, a la existencia de principios generales (y universales). Su aplicación convergente por parte de los tribunales internacionales constituye un puente que conecta a todos los conjuntos normativos especializados en el sistema jurídico internacional.

Las normas del “derecho internacional general”, y, en particular, los principios generales del derecho, son una especie de “cimiento” entre los diferentes regímenes convencionales. En este sentido, el “derecho internacional general” construye los caminos que unen las “aldeas aisladas” de los regímenes normativos especializados,¹²⁹⁹ y los principios generales del derecho son “la columna vertebral del cuerpo normativo que gobierna las relaciones internacionales y un potente «cimiento» que une las distintas y muchas veces disparejas piezas y ruedas del marco normativo de la comunidad internacional”.¹³⁰⁰

2. *La ausencia de conflictos de jurisprudencia sobre los principios generales, comunes a los tribunales internacionales*

Como lo mencioné anteriormente, uno de los principales problemas de la “judicialización” del orden jurídico internacional concierne a la posibilidad para los tribunales internacionales especializados, de aplicar e interpretar de manera divergente las normas y principios del derecho internacional. La pertenencia de un tribunal internacional a un *self-contained regime* determinaría la manera en la que éste interprete y aplique el derecho internacional. La “idiosincrasia” de un conjunto normativo especializado conduciría a interpretaciones y aplicaciones “idiosincrásicas” (no “ortodoxas”) del

¹²⁹⁸ En este sentido, suscribo a la visión de la corriente “universalista” que opera una presunción en favor de la inherente unidad del sistema jurídico internacional, organizada alrededor del concepto de derecho internacional general, en contra de la visión “particularista” que sostiene la existencia de *self-contained regimes* susceptibles de funcionar eficazmente sobre la base de sus propios postulados normativos, sin necesidad de recurrir a los del derecho internacional general. Por lo tanto, la cuestión de la unidad sistémica del orden jurídico internacional depende del enfoque adoptado por cada intérprete acerca de los fenómenos de interacción normativa en el ámbito internacional (Simma, Bruno, *op. cit.*, nota 13, pp. 505 y ss.).

¹²⁹⁹ Schachter, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1991, p. 1, citado en Klabbers, Jan *et al.*, *op. cit.*, nota 515, p. 11.

¹³⁰⁰ Cassese, Sabino, *International Law*, Oxford University Press, 2005, p. 188, citado en Voigt, Cristina, *op. cit.*, nota 656, p. 22.

derecho internacional. Los conflictos de jurisprudencia que se derivarían de esta “idiosincrasia” perjudicarían gravemente a la coherencia y previsibilidad en la aplicación e interpretación de las normas internacionales. Por ende, se afectaría la necesaria seguridad jurídica en el orden jurídico internacional.

En relación con esto, quisiera aclarar que los conflictos de jurisprudencia podrían presentarse en la aplicación e interpretación de las normas internacionales especializadas o generales, es decir, pertenecientes al “derecho internacional general”.

Podemos pensar que los conflictos de jurisprudencia no ocurrirían con frecuencia respecto a la aplicación e interpretación de normas internacionales especializadas. Por el efecto mismo de su especialización, los tribunales internacionales, en teoría, no tienen competencia para aplicar las normas pertenecientes a un conjunto normativo especializado, distinto del que justificó su creación. Dicho en otros términos, en principio, el ORD de la OMC no aplica el derecho internacional de los derechos humanos, la CEDH no aplica el derecho internacional del mar y el TIDM no aplica el derecho penal internacional. Sin duda, el acople entre los distintos conjuntos normativos podría conducir al surgimiento de conflictos de jurisprudencia respecto a la aplicación e interpretación de las propias normas especializadas.

No obstante, desde mi perspectiva, el principal peligro para la operación eficaz del derecho internacional, por el momento, son los conflictos de jurisprudencia sobre la interpretación y la aplicación de las normas pertenecientes al “derecho internacional general”.

Como atinadamente lo afirma Georges Abi Saab, una verdadera “fragmentación” del orden jurídico internacional resultaría de interpretaciones y aplicaciones divergentes de las normas y principios del “derecho internacional general”.¹³⁰¹ Dicho en otros términos, si los tribunales internacionales aplicaran e interpretaran el “derecho internacional general” de manera divergente y contradictoria, se afectaría la coherencia del derecho internacional.

En sus conclusiones respecto al principio de *lex specialis* y los *self-contained regimes*, Koskenniemi identifica tres tipos de conflictos normativos, susceptibles de afectar la coherencia del derecho internacional. El primero de ellos se refiere precisamente al caso de un conflicto entre el “derecho internacional general” y una interpretación o aplicación particular y “no ortodoxa”

¹³⁰¹ Abi Saab, Georges Michel, *The International Judicial Function*, UN Lecture Series, disponible en: http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Abi-Saab_CT_video_1s.html.

del mismo.¹³⁰² En otro de sus escritos, Martti Koskenniemi¹³⁰³ reafirma que el corazón del problema de la coherencia del derecho internacional consistiría no en la especialización de los regímenes normativos y de sus tribunales, sino en su relación respecto al “derecho internacional general”. Como lo afirma este autor, la interpretación y aplicación de las normas generales por órganos judiciales pertenecientes a regímenes especializados podría variar de un régimen a otro debido a las diferencias entre los intereses (políticos) particulares que dichos órganos están llamados a promover. En términos de la ciencia política, cada tribunal estaría comprometido en una “lucha hegemónica”, destinada a presentar sus intereses particulares como el interés general.¹³⁰⁴

Desde mi punto de vista, los conflictos de jurisprudencia sobre el “derecho internacional general” tendrían consecuencias muy negativas para el funcionamiento del orden jurídico internacional. En primer lugar, dichos conflictos disminuirían la seguridad y previsibilidad jurídica del sistema. En esta hipótesis, los sujetos del derecho internacional no podrían prever las consecuencias jurídicas de sus actos y no lograrían planear correctamente sus actividades. En segundo lugar, las interpretaciones y aplicaciones divergentes del “derecho internacional general” pondrían a sus sujetos en una posición desigual unos respecto a los otros. Los derechos de los que gozaría cada parte dependerían de la jurisdicción a la que se acude para hacerlos valer. Como lo señala Koskenniemi, para comprender esta complejidad basta con pensar en dos instituciones judiciales internacionales que interpretan de manera divergente una misma norma del “derecho internacional general” (mayoritariamente no escrito) relativa a la posesión de un territorio. Para una de las instituciones (jurisdiccionales), el Estado A habría adquirido de manera válida la parte de un territorio, que según otra institución (jurisdic-

¹³⁰² Las otras dos conciernen respectivamente un conflicto entre el derecho internacional general y una norma particular, que pretende ser su excepción y un conflicto entre dos normas particulares (entre dos normas pertenecientes a regímenes especializados distintos) (Koskenniemi, Martti, *Fragmentation of International Law*, topic a), *op. cit.*, nota 35). Según lo establecido en dichas conclusiones, el primer tipo de conflicto se basa en interpretaciones divergentes, adoptadas por dos instituciones internacionales distintas. Visto que el objetivo del grupo de trabajo de la CDI no era pronunciarse sobre los aspectos institucionales de la fragmentación del derecho internacional, dicho tópico se situaba fuera de su mandato expreso. A pesar de esta afirmación, en sus conclusiones, Koskenniemi le dedica un pequeño apartado, lo que demuestra la importancia de este tema para analizar la “fragmentación” del derecho internacional.

¹³⁰³ Koskenniemi, Martti y Leino, Paivi, *Fragmentation of International Law: Post-Modern Anxieties*, *op. cit.*, nota 12, p. 561.

¹³⁰⁴ *Ibidem*, p. 562.

cional) pertenecería al Estado B. En ausencia de una institución (jurisdiccional) superior que resuelva esta divergencia, tanto el Estado A como el Estado B no podrían tomar medidas oficiales respecto a esta parte del territorio con la certeza de contar con su obligatoriedad respecto a terceros. Un problema similar podría surgir de la interpretación de cualquier otro tipo de normas del “derecho internacional general” que confieren un estatus jurídico a sus sujetos.¹³⁰⁵

La mayoría de sistemas nacionales resuelven esta problemática en términos jerárquicos; por ejemplo, a través del establecimiento de un mecanismo de apelación, confiado a un tribunal superior (o supremo) que garantice la seguridad jurídica y la previsibilidad en la interpretación y aplicación del derecho (general) por parte de las cortes inferiores. No obstante, la ausencia de jerarquía entre los tribunales internacionales implica que las divergencias en la interpretación y aplicación del “derecho internacional general” no puedan ser sometidas a instancias superiores. Si este tipo de conflictos surgen a menudo o se intensifiquen, las únicas soluciones serían de índole normativa o administrativa. En el primer caso, los Estados podrían resolverlos a través de la adopción de nuevas normas de “derecho internacional general”, y, en el segundo, los mismos tribunales internacionales podrían coordinar su jurisprudencia para evitar el surgimiento de conflictos similares en los casos futuros.¹³⁰⁶

En el presente trabajo me enfoqué a la “vida” judicial” de una parte del “derecho internacional general”: los seis principios generales del derecho que analicé en el capítulo anterior, con el objetivo de determinar si existen divergencias, o al contrario, similitudes en su aplicación e interpretación respectiva.

El análisis de la utilización de los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* y *pacta sunt servanda* en la jurisprudencia de los tribunales internacionales me permite concluir que no existen divergencias en la aplicación e interpretación judicial de estos principios. Dicho en otros términos, al menos respecto a estos seis principios generales del derecho, corroboré la ausencia de conflictos de jurisprudencia entre los tribunales internacionales estudiados. Al contrario, constaté que la aplicación e interpretación jurisprudencial de dichos principios es sumamente coherente y convergente.

La ausencia de conflictos de jurisprudencia sobre estos seis principios básicos y fundamentales del orden jurídico internacional me permite con-

¹³⁰⁵ Koskeniemi, Martti, *The Fragmentation of International Law, Topic a): The lex specialis...*, *op. cit.*, nota 35, p. 2.

¹³⁰⁶ *Idem.*

cluir categóricamente que la “judicialización” del derecho internacional no afecta la coherencia en la interpretación y aplicación de ciertos principios generales del derecho. La especialización de los tribunales internacionales no conduce a la aparición de conflictos de jurisprudencia sobre los principios más cardinales y fundamentales del derecho internacional, como lo son, por ejemplo, los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* o *pacta sunt servanda*. Dichos principios son comunes a todos los tribunales internacionales, y su aplicación e interpretación jurisprudencial no presenta divergencias “idiosincrásicas”, susceptibles de afectar el funcionamiento eficaz del derecho internacional.

La ausencia de conflictos en la aplicación e interpretación jurisprudencial de estos seis principios generales del derecho me permite intuir que todos los principios generales del derecho y los demás componentes del “derecho internacional general” (principios consuetudinarios, principios generales del derecho internacional, *ius cogens*, etcétera) son principios comunes a los tribunales internacionales. La “judicialización” del orden jurídico internacional no “atomiza” la interpretación y la aplicación jurisprudencial del “derecho internacional general”, al menos por el momento. La “idiosincrasia” de los fines y objetivos específicos de los conjuntos normativos especializados en los que operan los tribunales internacionales no conduce a una “idiosincrasia” en la interpretación y aplicación jurisprudencial de ciertos principios fundamentales del derecho internacional. Dicha interpretación y aplicación permanece coherente y común.

Según yo, la presencia de al menos un cuerpo normativo común a los tribunales internacionales constituye una garantía para la coherencia en la *adjudication* del derecho internacional. La “judicialización” del sistema jurídico internacional no suprime la posibilidad de encontrar elementos comunes a los múltiples tribunales internacionales. Al lado de las “múltiples” normas y de las “múltiples” jurisdicciones internacionales existen “unos” principios generales comunes cuya aplicación e interpretación no está afectada por la especialización de las normas y de los tribunales.

La “judicialización” del sistema jurídico internacional responde a las nuevas y constantes necesidades de adaptar el derecho a los cambios de la sociedad que regula. De la misma manera que la progresiva ramificación de los órdenes jurídicos nacionales,¹³⁰⁷ el desarrollo del fenómeno de “judicialización” en el sistema jurídico internacional responde a las necesidades

¹³⁰⁷ Piénsese, por ejemplo, en el surgimiento de las distintas ramas del derecho privado (mercantil, laboral, etcétera) de un tronco común de derecho civil. Desde esta perspectiva,

actuales de la globalización. Pero la construcción de múltiples (y diferentes) normas, acompañadas por la creación de múltiples instituciones, y la creciente importancia de múltiples actores en el sistema jurídico internacional, no lo condenan al “caos”.

El desarrollo de “lo múltiple” (múltiples normas —especializadas—, múltiples tribunales internacionales —especializados—, múltiples organizaciones internacionales, múltiples actores, etcétera) en el derecho internacional no genera mayores problemas para su operación estable. “Lo múltiple” responde a los nuevos retos de la sociedad que dicho derecho debe organizar. No obstante, como lo señalé anteriormente, el verdadero peligro para el funcionamiento eficaz del sistema jurídico internacional concierne la coherencia de “lo uno”.

En la presente investigación demostré el carácter común de un componente normativo-clave del orden jurídico internacional: los principios generales del derecho, en particular los estudiados en el capítulo tres. Este “uno” del derecho internacional interactúa constantemente con “lo múltiple”, en particular a través de su interpretación y aplicación por los (múltiples) tribunales internacionales. Como lo demostré en el presente trabajo, dicha interpretación y aplicación es convergente y constante. Por lo tanto, considero, al menos respecto a los principios generales del derecho, objeto de mi estudio, que “lo uno” del derecho internacional no está perdiendo su coherencia debido a la aparición de lo “múltiple”. La función de “lo uno” consiste en interconectar “lo múltiple”. Este “uno” no se puede “atomizar” porque constituye la base jurídica o el “genoma jurídico” de “lo múltiple”. “Lo múltiple” puede construir sobre “lo uno”, en particular, a través de la “especialización” o “particularización”, pero “lo uno” permanece “incrustado” en “lo múltiple”. De esta manera, el orden jurídico internacional, como todos los órdenes jurídicos internos, traduce la incesante retroalimentación entre “lo uno” y “lo múltiple”, “lo general” (universal) y “lo particular” (“especializado”, “regional”, etcétera). Como lo afirmó Empédocles en los inicios del desarrollo de la filosofía griega, las cosas tienen un “doble aspecto”: “a veces el uno surge del múltiple; aún en otros casos, lo múltiple nace del uno”.¹³⁰⁸ Este constante movimiento entre “lo uno” y “lo múltiple” es necesariamente “trasversal”, porque “lo uno” es contenido en “lo múltiple”.

los especialistas en derecho civil muchas veces pretenden que el derecho civil es el derecho general del cual derivan todas las demás normas especializadas del derecho privado.

¹³⁰⁸ Empédocles, en Battisti, Y., *Trois présocratiques*, Gallimard, 2005, pp. 24 y 25, citado en Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 461, p. 2.

II. EL DESARROLLO DE VÍNCULOS INFORMALES ENTRE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES SOBRE LA BASE DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Como lo señalé anteriormente, en mi opinión, el principal reto de la “judicialización” consiste en la multiplicación de tribunales internacionales sin vínculos formales entre sí. Por su parte, los principios comunes a las jurisdicciones internacionales les permiten desarrollar entre sí vínculos informales y efectivos. Estos vínculos informales se construyen gracias a las originales formas de comunicación entre los jueces internacionales. A continuación analizaré la existencia de un “diálogo jurisprudencial” sobre principios generales del derecho (1), y me preguntaré ¿cuáles son sus implicaciones para la coordinación entre dichas jurisdicciones? (2).

1. *La existencia de un “diálogo jurisprudencial” sobre principios generales del derecho*

El término “diálogo” proviene del latín *diálogos*: palabra compuesta de *dia*, que significa “a través de”, “entre”, y *logos*, que se refiere a “lenguaje”, “discurso”. Según su etimología, la palabra “diálogo” significa un discurso entre diferentes personas.

El “noble arte” del diálogo fue inventado por los griegos para marcar una “colaboración” en búsqueda de la verdad. La importancia del diálogo, como vehículo para la expresión del pensamiento, fue ilustrada con magnificencia por Platón en sus *Diálogos* con Sócrates.¹³⁰⁹ El diálogo, poderoso “arquitecto del pensamiento”, es, desde entonces, una herramienta para la comunicación en todas las ciencias y artes.¹³¹⁰

En el derecho, el término “diálogo judicial” es utilizado para nombrar el reciente fenómeno de interacción entre las distintas jurisdicciones, nacionales, internacionales o transnacionales. Este “diálogo de los jueces” ha suscitado una gran atención en la doctrina jurídica en el plano mundial. Como lo afirma Benoît Frydman, “de repente descubrimos que los jueces dialogan y sentimos la necesidad de dialogar nosotros mismos sobre su diálogo”.¹³¹¹

¹³⁰⁹ Castellví Laucamp, Luis, “Review of Filippo Fontanelli”, en Martinico Giuseppe & Carrozza Paolo (eds.), *Shaping Rule of Law through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen, Europa Law Publishing, p. 1.

¹³¹⁰ Así, por ejemplo, en la medicina el diálogo entre el médico y el paciente es una importante herramienta para un diagnóstico correcto.

¹³¹¹ Frydman, Benoît, “Le dialogue international des juges et la perspective idéale d’une justice universelle”, en *Le dialogue des juges, Actes du colloque du 28 avril 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1.

Cabe señalar que los estudios doctrinales acerca del “diálogo judicial” se convierten en importante vehículo para su promoción.¹³¹²

El “diálogo entre jueces” o “diálogo judicial” se relaciona estrechamente con el ejercicio mismo de la función judicial. En efecto, la colegialidad en la mayoría de las jurisdicciones implica la deliberación (secreta o pública) previamente a la adopción de las sentencias. Además, el “diálogo” está presente en el debate contradictorio con las partes en un litigio (y/o sus representantes legales) y, desde un punto de vista más general, en la retórica jurídica a la que los jueces recurren para fundamentar sus sentencias.¹³¹³

Según Allard y Garapon, el “diálogo judicial” constituye “una práctica en la que los jueces toman la iniciativa de consultar decisiones extranjeras... o elaboran una especie de costumbre judicial para llenar las lagunas del derecho positivo”.¹³¹⁴ En la opinión de Allard, “el concepto de «diálogo entre los jueces» designa al intercambio de argumentos, de interpretaciones y de soluciones jurídicas entre magistrados. Dicho diálogo simboliza las relaciones que pueden mantener los jueces de diferentes jurisdicciones...”.¹³¹⁵ Para Jean du Bois de Gaudusson, el “diálogo entre los jueces designa una realidad que resulta del intercambio de jurisprudencias y de derechos en la que los jueces... toman en cuenta, libremente, normas o jurisprudencias que les son exteriores y no directamente aplicables. El diálogo se vuelve el encuentro de un juez con una jurisprudencia o con un derecho extra-nacional, internacional o extranjero”.¹³¹⁶

Estas diferentes definiciones doctrinales del “diálogo judicial” resaltan algunas de sus características principales. En primer lugar, se trata de un

¹³¹² Como lo afirma Guy Canivet, los autores que observan estos intercambios de normas (o “internormatividad” en términos de Jean Carbonnier —Carbonnier, Jean, citado en Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 461—) y/o jurisprudencias, los comentan, los racionalizan, tratan de desentrañar su lógica y los erigen en un sistema. Las investigaciones que estos autores llevan a cabo evidencian las interacciones judiciales y al mismo tiempo los refuerzan (Canivet, Guy, “Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la bénévolence des juges”, *Revue de science criminelle*, 2005, p. 799)

¹³¹³ Potvin-Solis, Laurence, “Le dialogue entre les juges en Europe”, in *Le dialogue entre les juges européens ou nationaux, incantation ou réalité*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 19 y ss., citado en Stelzig-Caron, Slovia, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, thèse de l’Université de Grenoble, soutenue le 9 juin 2011, p. 16.

¹³¹⁴ Allard, Julie y Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation – la nouvelle révolution du droit*, Le Seuil, 2005, p. 14, citado en Stelzig-Caron, Slovia, *op. cit.*, nota 1313, p. 17.

¹³¹⁵ Allard, Julie in *Le dialogue des juges, colloque...*, *op. cit.*, nota 1314, p. 77.

¹³¹⁶ Du Bois de Gaudusson, Jean, “La complexité de la participation des Cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges”, *Petites affiches*, 4 juin 2008 núm. 112, p. 22, citado en Stelzig-Caron, Slovia, *op. cit.*, nota 1313, p. 17.

diálogo “espontáneo”, visto que no existe ninguna obligación para el juez de utilizar este modo de comunicación. Nada obliga a los jueces a basar su sentencia en los antecedentes del mismo problema jurídico, encontrados en la jurisprudencia de otros tribunales. Desde esta perspectiva, el “diálogo judicial” es una práctica libre, en su mayoría informal y no institucionalizada.¹³¹⁷

Por lo tanto, el “diálogo judicial” debe distinguirse de las distintas formas de reuniones directas (o *face-to-face*) entre los jueces nacionales o internacionales. Dichas reuniones suelen ser institucionalizadas y periódicas, y consisten en un intercambio de ideas o una discusión sobre algunos asuntos relacionados con el ejercicio de la función judicial, interna o internacional. Como un ejemplo de dichas reuniones podemos citar la reunión de los jueces de las cortes constitucionales europeas en un congreso formal cada tres años: la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional en el ámbito iberoamericano o la Conferencia Mundial sobre Justicia Constitucional, que une a los miembros de tribunales constitucionales de todo el mundo.¹³¹⁸ Al lado de estas reuniones *face-to-face* institucionalizadas existen otros encuentros directos entre los jueces, fuera del contexto institucional. Así, por ejemplo, los jueces del TJUE y de la CEDH se visitan con regularidad, generalmente una vez al año.¹³¹⁹ En el mismo sentido, los miembros de las numerosas jurisdicciones internacionales que tienen su sede en La Haya tienen la costumbre de reunirse muy seguido en un famoso restaurante de la ciudad.¹³²⁰

Todas estas reuniones formales entre los jueces internacionales forman parte de un “diálogo explícito o institucional” entre tribunales. La globalización de los problemas jurídicos y la necesidad de coordinación y cooperación entre los jueces en diversos ámbitos de la impartición de la justicia debería volver el desarrollo de estas “redes institucionales dialógicas” una costumbre. Los intercambios *face-to-face* entre los jueces (nacionales, internacionales o transnacionales) sin duda mejorarían la calidad de la resolución de los litigios y evitarían los efectos negativos de los conflictos (de competencia y/o jurisprudencia) entre tribunales, internos o internacionales. Pero mien-

¹³¹⁷ Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311, p. 10.

¹³¹⁸ Para más detalles sobre las reuniones “*face-to-face*” entre los tribunales internacionales y su necesidad véase Orrù, Romano, *Informal Judicial Cross-Fertilization and the System of Conferences Between Constitutional Courts and Equivalent Bodies*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/12/206.pdf>.

¹³¹⁹ Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311, p. 4.

¹³²⁰ Dichas reuniones parecen recordarnos a las *Inns of Court* (albergues del tribunal) inglesas. Las *Inns of Court* eran un lugar en el que los jóvenes juristas ingleses podían recibir una formación jurídica y cultural, al entrar en contacto con juristas más experimentados.

tras que estas reuniones formales no tomen más importancia, los jueces seguirán utilizando los recursos —no menos efectivos— del “diálogo judicial informal” (y a veces oculto).

Este “diálogo judicial informal” es susceptible de operar en distintos niveles y revestir varias formas. Así, por ejemplo, el diálogo puede realizarse entre jueces pertenecientes a una misma jurisdicción. De la misma manera, podría tratarse de un diálogo entre jurisdicciones diferentes, pero pertenecientes a un mismo orden judicial (por ejemplo, entre jurisdicciones penales, administrativas, etcétera). Finalmente, también puede tratarse de un diálogo judicial “transfronterizo” (*transnational judicial dialogue* o *transjudicialism* para utilizar los términos de la doctrina estadounidense)¹³²¹ entre jueces que operan en diferentes órdenes jurídicos internos. Según Melissa Waters, el diálogo judicial transfronterizo constituye una “red informal de Cortes internas” de todo el mundo que interactúan entre sí y se comprometen en un diálogo complejo sobre numerosos temas.¹³²² Así, por ejemplo, un juez francés puede dialogar con un juez del Zimbabwe, o viceversa. Un ejemplo histórico de este tipo de diálogo judicial son las múltiples citaciones a las cortes inglesas por parte de los demás tribunales pertenecientes a la *Commonwealth*.¹³²³ Un ejemplo de actualidad de este tipo de diálogo puede ser hallado en el desarrollo de una interacción judicial entre varias cortes constitucionales transnacionales sobre el tema de la pena de muerte.¹³²⁴

El primer criterio que distingue a los distintos tipos de “diálogo judicial” es el geográfico. El diálogo judicial puede ser nacional (entre jurisdicciones pertenecientes a un mismo sistema jurídico), transnacional (entre jurisdicciones de diversos órdenes jurídicos) o internacional (entre jurisdicciones internacionales únicamente).¹³²⁵ El segundo criterio utilizado para distinguir a los distintos tipos de diálogo judicial es de naturaleza “funcional”. Desde esta perspectiva, se habla de “diálogo horizontal” y de “diálogo vertical”. Por diálogo horizontal se entendería el diálogo que ocurre entre jurisdicciones situadas en el mismo nivel jerárquico (por ejemplo, entre dos tribunales de las entidades federativas en un sistema federal) y el vertical comprende-

¹³²¹ Por ejemplo: Slaughter, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1995, p. 111; Waters, Melissa, “Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law”, *Georgetown Law Journal*, vol. 93, 2005, p. 490.

¹³²² Waters, Melissa, *op. cit.*, nota 1321, p. 490.

¹³²³ *Ibidem*, p. 489.

¹³²⁴ Para más detalles sobre el “diálogo judicial” en materia de pena de muerte véase Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, nota 461, pp. 27 y ss.

¹³²⁵ Stelzig-Caron, Slovia, *op. cit.*, nota 1313, p. 20.

ría la hipótesis de diálogo entre una corte jerárquicamente inferior y otra superior (o su *alter ego*, para utilizar el término de Benoît Frydman,¹³²⁶ por ejemplo un diálogo entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores en un sistema federal).¹³²⁷ Para Anne-Marie Slaughter, desde el punto de vista funcional existe un diálogo mixto, que combina el horizontal y el vertical. En el “diálogo mixto”, los tribunales inferiores podrían dialogar con la jurisdicción superior, y, al mismo tiempo, la jurisdicción superior podría comunicarse con las cortes inferiores. Como ejemplo de este tipo de diálogo, la autora cita la comunicación existente entre la CEDH y las cortes nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa.¹³²⁸ Finalmente, utilizando un criterio temporal, François Ost evoca la existencia de un diálogo histórico de los jueces en el tiempo; por ejemplo, cuando reafirman o cuestionan una sentencia adoptada con anterioridad por otra jurisdicción.¹³²⁹

Las modalidades del diálogo también son varias. En primer lugar, cabe señalar la existencia de modalidades normativizadas del “diálogo judicial”. Así, por ejemplo, en el ámbito de la UE (y de otras integraciones regionales)¹³³⁰ existe un mecanismo específico que vuelve obligatorio el diálogo entre los jueces nacionales y el TJUE. La cuestión prejudicial establecida por el Tratado sobre la UE crea vínculos formales, al prever la posibilidad para los tribunales nacionales, de suspender un procedimiento contencioso para someter una cuestión de derecho comunitario al juez de la UE.¹³³¹

Finalmente, una tercera modalidad del diálogo judicial son las “referencias cruzadas” (*cross-references, citations/références croisées*) entre tribunales. Dichas referencias constituyen la citación por parte de una jurisdicción de una(s) sentencia(s) o jurisprudencia(s) de otro tribunal, nacional, extranjero o internacional. Desde esta perspectiva, las “referencias cruzadas” acercan el “diálogo entre los jueces” a un “diálogo entre las sentencias” o “diálogo jurisprudencial”. Según Slaughter, este tipo de comunicación informal puede ser vista como un “monólogo” o como un “diálogo intermedio”. Según

¹³²⁶ Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311.

¹³²⁷ *Idem.*

¹³²⁸ Slaughter, Anne-Marie, *op. cit.*, nota 1321, p. 111.

¹³²⁹ *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, *op. cit.*, nota 1311, p. 131.

¹³³⁰ Por ejemplo, la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

¹³³¹ Para más detalles sobre el procedimiento de la cuestión prejudicial y sus implicaciones para la integración regional europea, véase Dubois, Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, 2001; Slaughter, Anne-Marie, “Judicial Globalization”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 1999, p. 1103.

esta autora, la utilización de “referencias cruzadas” es “monológica” si la corte cuyas sentencias son referenciadas por otro tribunal no es un participante activo y consciente de una conversación en curso. En cambio, dichas referencias podrían dar lugar a un diálogo intermedio si la jurisdicción citada es partícipe deliberado de un intercambio intelectual y jurisprudencial y es consciente de la influencia que puede producir su jurisprudencia sobre los demás intervinientes en el diálogo.¹³³²

Las “referencias cruzadas” suelen ser expresas: un tribunal internacional cita una o varias sentencias de otro juez al señalar en el cuerpo de su decisión (o en las notas al pie de página) su fuente directa. No obstante, el diálogo judicial también puede basarse en “referencias cruzadas” ocultas o “clandestinas”.¹³³³ Como lo afirma Benoît Frydman, dichas referencias logran ser descubiertas sólo a través de una lectura (o de un “arte de la lectura”) detallada y suspicaz, casi entre las líneas. A través de una lectura de este tipo puede constatarse que una jurisdicción se ha inspirado de la sentencia de otro tribunal o incluso ha adoptado o copiado su razonamiento y/o los términos empleados.¹³³⁴ En este sentido, las “referencias cruzadas”, expresas o tácitas, constituyen “influencias cruzadas” (*cross-influences, influences croisées*), que crean vínculos funcionales, intelectuales, y sobre todo jurisprudenciales entre los tribunales que recurren a esta práctica.¹³³⁵ Se trata de “influencias bi-direccionales” a la imagen de un verdadero diálogo. El tribunal que utiliza una “referencia cruzada” no se limita a su recepción. Muchas veces dicho tribunal opera una modificación de la referencia para sus propósitos jurisprudenciales o interpretativos propios. Por su parte, esta reutilización de una referencia puede influenciar a su autor directo, y de esta manera se operaría una “fertilización” o “polinización cruzada” (*cross-fertilization*) entre las dos o más jurisdicciones involucradas en el diálogo.¹³³⁶

En el presente trabajo demostré la existencia de varias “referencias cruzadas” sobre los principios generales del derecho, analizados en el capítulo anterior. Desde mi perspectiva, dichas referencias indudablemente demuestran la existencia de un “diálogo judicial o jurisprudencial” entre las jurisdicciones internacionales que estudié en el presente trabajo. Según el criterio geográfico, se trata de un “diálogo jurisprudencial” internacional;

¹³³² Slaughter, Anne-Marie, *A Typology...*, *op. cit.*, nota 1321, pp. 112 y 113.

¹³³³ Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311, p. 6.

¹³³⁴ *Idem*.

¹³³⁵ Chanut, Christine, “Les influences croisées entre les juridictions nationales et les juridictions internationales”, *Les Cahiers de droit*, vol. 51, 2010, p. 225.

¹³³⁶ L’Heureux-Dubré, Claire, “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of Rehnquist Court”, *Tulsa Law Journal*, vol. 34, 1998, p. 15, citado en Waters, Melissa, *op. cit.*, nota 1321, p. 493.

es decir, un diálogo que se desarrolla únicamente entre tribunales internacionales. Desde un punto de vista funcional, dicho diálogo no puede ser más que horizontal debido a la ausencia de todo tipo de organización jerárquica entre las jurisdicciones internacionales. Finalmente, cabe destacar que dicho diálogo permite aprehender la existencia o el surgimiento de una doctrina de precedentes o *stare decisis* en el ámbito de los mecanismos internacionales de impartición de justicia.¹³³⁷

La utilización de “referencias cruzadas” sobre los principios comunes examinados en la presente investigación se reveló ser una práctica constante para los tribunales internacionales. No obstante, el análisis que llevé a cabo en el capítulo anterior demuestra que el recurso a “referencias cruzadas” sobre los principios generales del derecho es una práctica desigual y compleja. La cantidad de las “referencias cruzadas” varía de una jurisdicción a otra. Además, la jurisprudencia de los tribunales internacionales no es referenciada de la misma manera. Existen jurisdicciones cuyas sentencias sobre los principios comunes son más citadas que las de otras. Finalmente, las “referencias cruzadas” entre las jurisdicciones internacionales son más intensas sobre algunos principios comunes y menos frecuentes sobre otros.

Para poder analizar el “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes cabe recordar sus premisas. En el presente trabajo resalté varias “referencias cruzadas” sobre los principios generales del derecho, objeto de la investigación. Dichas referencias son sintetizadas en las siguientes tablas:

“REFERENCIAS CRUZADAS” SOBRE EL PRINCIPIO
COMPÉTENCE DE LA COMPÉTENCE

<i>Tribunal internacional</i>	<i>Caso</i>	<i>“Referencias cruzadas” a otro tribunal internacional</i>	<i>Caso citado</i>
TIDM	Grand Prince	CIJ	Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council
ORD de la OMC	US-Antidumping Act of 1916	CIJ	Administración del Príncipe Von Pless; Anglo-Iranian Oil Co.; Algunas deudas noruegas; Interhandel

¹³³⁷ En este sentido, Miller, Nathan, *op. cit.*, nota 746.

<i>Tribunal internacional</i>	<i>Caso</i>	<i>“Referencias cruzadas” a otro tribunal internacional</i>	<i>Caso citado</i>
CIDH	Fleury y otros c. Panamá	CIJ	Actividades militares y paramilitares en Nicaragua; Competencia en materia de pesquerías; Ensayos nucleares; Plataforma continental del mar Egeo; Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán
TPIY	Tadic	CIJ	Nottebohm; Efecto de las sentencias del Tribunal administrativo de la ONU

“REFERENCIAS CRUZADAS” SOBRE EL PRINCIPIO
NEMO IUDEX IN CAUSA SUA

<i>Tribunal internacional</i>	<i>Caso</i>	<i>“Referencia cruzada” a otro tribunal internacional</i>	<i>Caso citado</i>
CIDH	Herrera Uloa	CEDH	Morris y Pabla KY
	Aptiz Barbera	CEDH	Pullar; Fey; Daktaras; Piersack
TPIY	Furundzija	CEDH	Piersack (referencia implícita)
	Celebici	CEDH	Piersack (referencia implícita)
TPIR	Rutaganda	TPIY	Acayesu; Furundzija; Celebici
	Renzaho	TPIY	Furundzija, Celebici, Tadic

“REFERENCIAS CRUZADAS” SOBRE EL PRINCIPIO *IURA NOVI CURIA*

<i>Tribunal internacional</i>	<i>Caso</i>	<i>“Referencia cruzada” a otro tribunal internacional</i>	<i>Caso citado</i>
CIDH	Velázquez Rodríguez	CPJI	Lotus
		CEDH	Handsyde
	Gódinez Cruz	CPJI	Lotus
		CEDH	Handsyde

No se han constatado “referencias cruzadas” sobre el principio de *res iudicata*.

“REFERENCIAS CRUZADAS” SOBRE EL PRINCIPIO DE *ESTOPPEL*

<i>Tribunal internacional</i>	<i>Caso</i>	<i>“Referencias cruzada” a otro tribunal internacional</i>	<i>Caso citado</i>
CIDH	Acevedo Jaramillo	CEDH	Vagrancy, Vagrancy, Artico, Tuquabo-Tekle y Mizzi
		CIJ	Pruebas nucleares, Templo de Preah Vihear y Disputa territorial entre Libia y Chad
TIDM	Frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar	CIJ	Plataforma continental en el Mar del Norte y Delimitación de la frontera marítima en el Golfo de Maine

“REFERENCIAS CRUZADAS” sobre el principio *pacta sunt servanda*

<i>Tribunal internacional</i>	<i>Caso</i>	<i>“Referencias cruzadas” a otro tribunal internacional</i>	<i>Caso citado</i>
CIDH	Radilla Pacheco	CIJ/CPJI	Camerún del Norte (CIJ); Zonas francas de la Alta Savoie y del distrito de Gex (CPJI)
ORD de la OMC	Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos	CJ	Conflictos armados fronterizos y trasfronterizos; Derechos de los nacionales estadounidenses en Marruecos; Competencia en materia de pesquerías (Inglaterra c. Noruega)

Las “referencias cruzadas” son un instrumento a través del cual los jueces internacionales interactúan entre sí sobre la interpretación y aplicación de los principios comunes. Como lo mencioné anteriormente, dichas referencias son informales y a veces implícitas. Por consecuencia, no existen reglas claras que expliquen el funcionamiento del “diálogo jurisprudencial” sobre los principios comunes a los tribunales internacionales. Su desarrollo se basa en una serie de “no-dichos” y “presunciones”. Toda la importancia de la tarea del intérprete consiste, precisamente, en desarrollar una especie de “arte de la lectura” (*art de la lecture*),¹³³⁸ susceptible de leer entre líneas para descubrir los rasgos dominantes y/o las intenciones ocultas de este diálogo. Como lo afirma Romano, para determinar el “cómo” y el “porqué”

¹³³⁸ Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311.

de las “referencias cruzadas” hay que buscar las claves que “descifren” el “diálogo jurisprudencial” informal entre los tribunales internacionales.¹³³⁹

En el presente trabajo trataré de “descifrar” el constatado “diálogo jurisprudencial” sobre seis principios generales del derecho —principios comunes a los tribunales internacionales— con el objetivo de determinar su importancia e implicaciones para la conformación de vínculos informales entre los tribunales internacionales.

2. *La coordinación informal entre los tribunales internacionales por medio del “diálogo jurisprudencial” sobre principios generales del derecho*

La primera pregunta que utilizaré para determinar cómo se coordinan los tribunales internacionales por medio del “diálogo jurisprudencial” sobre principios generales del derecho es relativa al lugar que ocupa cada jurisdicción en esta forma particular de comunicación. ¿Quién cita a quién? ¿Cuáles son los tribunales internacionales más citados y los que citan más a sus “colegas” sobre la interpretación y la aplicación de los principios comunes? ¿Es la jurisprudencia de ciertos tribunales internacionales considerada como más importante (o la más importante) para determinar la existencia, el contenido normativo y/o los alcances de los principios generales del derecho, objeto de mi estudio?

Del análisis que desarrollé en el capítulo tercero y de las tablas sinópticas que sintetizan las “referencias cruzadas” sobre principios comunes queda claro que la jurisdicción internacional más citada es la CIJ. Sobre los seis principios que estudié es posible constatar más de diez “referencias cruzadas” a sentencias de la CIJ por parte de los demás tribunales internacionales. Todas las jurisdicciones internacionales (con la única excepción de la CEDH) se refieren con frecuencia a la jurisprudencia de la CIJ cuando se trata de aplicar comúnmente principios generales del derecho. Correlativamente, los datos obtenidos resaltan el hecho de que en las sentencias analizadas no se han señalado “referencias cruzadas” por parte de la CIJ. Cuando aplica principios generales del derecho, la CIJ no cita a otras jurisprudencias internacionales distintas de la suya propia. Esta característica indudable del “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes podría resumirse de la siguiente manera: todos citan a la CIJ y, al mismo tiempo, la CIJ no cita a nadie sobre la aplicación e interpretación de los seis principios generales del derecho, estudiados en el capítulo anterior.

¹³³⁹ Romano, Cesare, *Deciphering...*, *op. cit.*, nota 353.

Por lo tanto, puedo decir que el “diálogo jurisprudencial” sobre estos “principios comunes” sugiere (informal e implícitamente) la existencia de una particular autoridad de la jurisprudencia de la CIJ respecto a la aplicación e interpretación de dichos principios. La jurisprudencia del “principal órgano judicial de la ONU” en la materia constituye el “referente común de base” al que recurren todos los tribunales internacionales para aplicar e interpretar de manera convergente estos principios.

Esta constatación me permite sostener que el “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes manifiesta la preeminencia de la jurisprudencia de la CIJ en la materia. Las sentencias de la primera jurisdicción internacional permanente, con competencia universal *ratione materiae*, parecen orientar la aplicación e interpretación de dichos principios por parte de los demás tribunales internacionales. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia de la CIJ sobre los seis principios generales del derecho constituye un importante “homogeneizador” para su aplicación e interpretación en las sentencias de los demás órganos judiciales internacionales. El entendimiento común acerca de la existencia, el contenido normativo y el alcance de dichos principios es en gran medida debido a la existencia de una fuente común de dicho entendimiento: la jurisprudencia de la CIJ “cruzadamente referenciada” por parte de las demás jurisdicciones internacionales. Otros estudios en la materia podrían determinar si esta constatación es igualmente válida para el resto del “derecho internacional general” (por ejemplo, para la costumbre, el derecho de los tratados o el *ius cogens*). Las premisas que puedo deducir de la presente investigación parecen indicar hacia la afirmativa.

Los vínculos informales que se construyen por el diálogo jurisprudencial sobre estos principios generales del derecho parecen coordinarse de lo general a lo especializado (o particular): de la jurisprudencia de la CIJ a la de las demás jurisdicciones internacionales.

Además, esta constatación es corroborada por las incipiencias del “diálogo jurisprudencial” “inverso” sobre principios comunes: de lo especializado hacia lo general. Como lo señalé anteriormente, la CIJ raras veces recurre a “referencias cruzadas” sobre la jurisprudencia de tribunales internacionales especializados. La única “referencia cruzada” de la CIJ hacia un tribunal internacional especializado que constaté en el presente trabajo fue la citación de la jurisprudencia de una de las jurisdicciones penales internacionales. En el caso *Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio*, la CIJ se refirió a la solución adoptada por el TPIY en el caso *Tadic* para determinar el nivel de “control” exigido para el establecimiento de la responsabilidad internacional de un Estado.

En tercer lugar, respecto a la comunicación de los tribunales internacionales sobre los seis principios generales del derecho que estudié en el presente trabajo, cabe resaltar la flagrante ausencia de “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de las jurisdicciones nacionales en la materia. Los tribunales internos no son partícipes en el “diálogo jurisprudencial” entre los tribunales internacionales sobre estos principios generales del derecho.

No obstante, es de estimarse que en materia del “diálogo jurisprudencial” sobre estos principios generales del derecho: principios originados en los derechos internos de las “naciones civilizadas”, la ausencia de “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de los jueces internos es criticable. En efecto, la propia naturaleza de los principios generales del derecho milita a favor de un diálogo entre los tribunales internacionales y los tribunales internos acerca de la “vida jurisprudencial” de dichos principios.

Ahora cabe regresar a otra pregunta importante respecto a la coordinación informal de los tribunales internacionales en el “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes. Si la CIJ es la jurisdicción más citada, entonces ¿cuál es su contraparte, o el tribunal que cita más sentencias adoptadas por otros jueces internacionales en los casos de interpretación y aplicación de los principios generales del derecho? De los datos que obtuve en el capítulo tercero se desprende una respuesta muy evidente a esta pregunta.

La CIDH es sin duda el tribunal internacional que utiliza más “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de “otros”. Sus interlocutores predilectos son la CEDH y la CIJ. En efecto, en la casi totalidad de casos de aplicación de principios generales del derecho que analicé previamente, la CIDH citó al menos una sentencia (muchas veces dos o más) de la CIJ y de su “homóloga” europea. No obstante, según yo, esto no significa que la CIDH se autopercibe como inferior o sometida a la autoridad jurisdiccional de la CEDH o de la CIJ. Claro que hay autores que critican este uso sistemático de “decisiones ajenas” en la jurisprudencia de la CIDH, estimando que dichas citaciones debilitan el apoyo político hacia la Corte.¹³⁴⁰ Ahora bien, para descifrar la “deferencia” sistemática de la CIDH a jurisprudencia “ajena”, hay que determinar cuál es el valor de una “referencia cruzada”. ¿Por qué la CIDH considera tan importante incluir en sus sentencias abundantes citaciones sobre la manera en la que otros jueces internacionales, en particular, la CEDH y la CIJ, aplican e interpretan estos seis principios generales del derecho, necesarios para el ejercicio de su propia función judicial?

¹³⁴⁰ Neuman, Gerald L., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 101, citado en Voeten, Eric, *Borrowing and No-borrowing between International Courts*, disponible en: http://ducis.jhfc.duke.edu/wp-content/uploads/2009/02/voeten2009_0226.pdf.

Dicho en otros términos, cabe preguntarse ¿cuál es el objetivo del “diálogo jurisprudencial internacional” sobre principios comunes? ¿Por qué todas las jurisdicciones internacionales recurren a “referencias cruzadas” cuando se trata de aplicar los principios generales del derecho? ¿Cuál es la función de dichas referencias en relación con el ejercicio de la función judicial por parte de los jueces internacionales?

En primer lugar, cabe recordar que “las referencias cruzadas” a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales son un método importante para demostrar la existencia de un determinado principio general del derecho en el ámbito internacional. Como lo señalé en el capítulo segundo, en la mayoría de los casos los tribunales internacionales omiten llevar a cabo un análisis comparativo sobre la existencia de los principios generales del derecho, y prefieren simplemente referirse a la ya desarrollada práctica jurisprudencial internacional en la materia. Desde esta perspectiva, las “referencias cruzadas” sobre principios comunes no harían más que subrayar su existencia en el derecho internacional y su relevancia para la resolución de una controversia particular.

En segundo lugar, el análisis que desarrollé en el capítulo anterior muestra que los tribunales internacionales utilizan las “referencias cruzadas” sobre “principios comunes” como un argumento que corrobore los fundamentos jurídicos de la sentencia adoptada. De los casos analizados se deduce que ninguna jurisdicción internacional (ni siquiera la CIDH) utiliza dichas referencias como el único o exclusivo fundamento de una sentencia. Ninguna jurisdicción internacional podría decidir su caso por simple aplicación de la *ratio decidendi* de una sentencia adoptada por otro tribunal internacional, sin así “delegar” su función jurisdiccional. De la misma manera, ningún tribunal podría basar su razonamiento exclusivamente en un argumento *at simili* (por analogía) a la sentencia de otro juez internacional sin así admitir la aplicación de una regla del precedente (*stare decisis*) en el ámbito del derecho internacional. Lejos de ser un “argumento de autoridad” que imponga una solución jurídica u otra, una “referencia cruzada” sobre la aplicación de un principio general del derecho se asemeja a un “argumento de persuasión” (dotado de una “autoridad persuasiva” o *persuasive authority*).

Siguiendo en esto a Benoît Frydman, puedo afirmar que el término “autoridad persuasiva” se refiere a la noción política de poder. En este sentido, la “autoridad” marca una consideración particular que acordamos a una opinión, en razón de la posición de su autor, de su prestigio, experiencia(s) o competencia(s). En otros términos, considerar la “autoridad de persuasión” de un argumento consiste en sostener su valor convincente o probatorio

que tiene un “peso” aún más importante porque es invocado por la “buena persona”.¹³⁴¹ Desde esta perspectiva, las “referencias cruzadas” son un *coup de chapeau* a la jurisdicción que adoptó la sentencia citada.¹³⁴² Este *coup de chapeau* consiste en reconocer el otro y reconocerse en el otro.¹³⁴³ El juez reconoce a la decisión de otro juez una “autoridad persuasiva” cuando admite su valor argumentativo intrínseco y acuerda al juez que la adoptó un crédito importante. La toma de posición por parte de otro tribunal internacional constituye un elemento que las demás jurisdicciones internacionales deben “tomar en cuenta” y no pueden “descartar a la ligera”.¹³⁴⁴

En el ámbito interno, los jueces no dependen tanto de la “autoridad persuasiva” de sus sentencias, visto que disponen, además, de una “autoridad coercitiva”. Dicho en otros términos, aunque la sentencia de un juez nacional no logre convencer a su “auditorio”, dicha sentencia podrá ser cumplida forzosamente por las autoridades públicas. No obstante, la “autoridad persuasiva” cobra una particular relevancia en el ámbito internacional. En efecto, la mayoría de los tribunales internacionales no cuentan con un mecanismo de ejecución forzosa de sus sentencias.¹³⁴⁵ Esta falta de coerción de las sentencias judiciales internacionales se relaciona con la ausencia de un Poder Ejecutivo unitario en el orden jurídico internacional. Los jueces internacionales, aún más que los jueces internos, necesitan convencer a su “auditorio”, y por esto recurren con mucha frecuencia a “referencias cruzadas” a las sentencias de otros tribunales internacionales como una plusvalía a la “autoridad persuasiva” de las suyas propias.

Regresando a mis constataciones respecto a la CIDH, puedo concluir que dicha jurisdicción recurre a tantas “referencias cruzadas” en su jurisprudencia sobre los seis principios generales del derecho que analicé en el capítulo anterior, precisamente porque quiere mostrar que “toma en cuenta” las sentencias de la CIDH y de la CIJ en la materia. Jurisdicción mucho más joven que su “homóloga europea” y aún más joven en comparación con la CIJ, la CIDH utiliza “argumentos de persuasión” para mostrar su particular “receptividad” a la jurisprudencia de las demás jurisdicciones internacionales sobre la aplicación e interpretación de estos principios generales del derecho. La estrategia consiste en proclamar “alto y fuerte” el “parentesco” que la une con las demás jurisdicciones, en particular con la

¹³⁴¹ Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311, p. 8.

¹³⁴² *Ibidem*, p. 11.

¹³⁴³ *Idem*.

¹³⁴⁴ *Idem*.

¹³⁴⁵ Slaughter, Anne-Marie, *op. cit.*, nota 1321, pp. 124 y 125.

CEDH, y así lograr incrementar su propia legitimidad.¹³⁴⁶ Dicho en otros términos, el peso acordado a la jurisprudencia de la CEDH y de la CIJ permite a la CIDH subrayar la legitimidad de las sentencias de las otras jurisdicciones internacionales, y, de esta manera, convencer también acerca de la legitimidad de su propia jurisprudencia.

En este sentido, cabe señalar que los principios generales del derecho aplicables en los litigios de protección de los derechos humanos son un terreno particularmente fértil para el desarrollo de un “diálogo jurisprudencial”, no sólo internacional, sino también transnacional. La influencia de la CEDH en el diálogo más general sobre protección de los derechos humanos es de particular importancia.¹³⁴⁷

Las citas a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales sobre principios comunes (o sobre derechos humanos) manifiesta así la voluntad de los jueces de “dialogar” sobre problemas jurídicos globales. En efecto, al utilizar “referencias cruzadas”, los jueces internacionales refuerzan su

¹³⁴⁶ Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311, p. 11.

¹³⁴⁷ En efecto, las sentencias de la CEDH no son citadas con frecuencia sólo por parte de la CIDH. Como fue señalado anteriormente, la CEDH es una de los cortes supranacionales más activas en el plano global con un acervo jurisprudencial muy abundante. Al lograr transformar la Convención Europea de Derechos Humanos en un “instrumento constitucional del orden público europeo en materia de derechos humanos” (CEDH, *Loizidou c. Turquía*) la CEDH se ha convertido en una especie de corte mundial de derechos humanos (*world court of human rights*). (Atanasio, John, “Rapporteur’s Overview and Conclusions: of Sovereignty, Globalization and Courts”, in Franck, Thomas y Fox, Gregory (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, 1996, pp. 373, 383, citado en Slaughter, Anne-Marie, “Judicial Globalization...”, *op. cit.*, nota 1331, p. 1110). En efecto, dicha jurisdicción es “referenciada” con frecuencia, en primer lugar, por parte de los tribunales internos de los países miembros del Consejo de Europa. (Para un análisis más detallado del diálogo judicial sobre derechos humanos que se desarrolla en Europa entre la CEDH y los tribunales internos de los países sujetos a su jurisdicción véase Slaughter, Anne-Marie, “Judicial Globalization...”, *op. cit.*, nota 1331, pp. 1110 y ss.) Además, muchos otros tribunales internos de países no europeos utilizan “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CEDH en controversias nacionales relativas a la protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el *Privy Council* Británico, pero también las supremas cortes de Zimbabue, de Sudáfrica o de Jamaica citan la jurisprudencia de la CEDH en materia de prohibición de la pena de muerte o de prevención de la tortura. (Para un estudio más detallado de estos casos véase Slaughter, Anne-Marie, “Judicial Globalization...”, *op. cit.*, nota 1331, p. 1110. En segundo lugar, una importante “deferencia” a la jurisprudencia de la Corte es marcada por parte de los otros órganos y tribunales internacionales competentes en materia de derechos humanos. En efecto, no sólo la CIDH sino también el Comité para los Derechos Humanos de la ONU cita con frecuencia la jurisprudencia de la Corte europea (Slaughter, Anne-Marie, “Judicial Globalization...”, *op. cit.*, nota 1331, p. 1110). Todas estas “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CEDH demuestran la voluntad de las cortes, tanto internas como internacionales, de mostrar su compromiso en una empresa judicial común: la protección de los derechos humanos en el plano global.

propia jurisprudencia y demuestran su potencial de “trabajar en equipo”. A través de los intercambios intelectuales que la utilización de dichas referencias produce se logra la influencia recíproca, la “fertilización cruzada” (*cross-fertilization*)¹³⁴⁸ o la “aculturación” mutua (*mutual acculturation*)¹³⁴⁹ entre los tribunales internacionales. Esta influencia permite la libre circulación de ideas y su “diseminación” por la vía judicial alrededor del mundo. Además, dicha influencia coordina la actividad jurisprudencial de los tribunales internacionales, de manera informal, pero muy efectiva.

Regresando a los datos obtenidos respecto a la citación por parte de las jurisdicciones internacionales de sentencias de otros jueces sobre la aplicación e interpretación de ciertos principios generales del derecho, cabe resaltar que dicha citación es vuelta explícita en la mayoría de los casos. En los casos analizados previamente pude observar la presencia de “referencias cruzadas” sobre los principios comunes en el cuerpo mismo de la sentencia o, en casos menos frecuentes, en las notas al pie de página. ¿Por qué los jueces internacionales deciden volver (tan) aparentes las “referencias cruzadas”?

Definitivamente, la explicitación de las referencias obedece a un “cálculo” por parte de los tribunales internacionales. Dicho cálculo demuestra la convicción por parte del juez que cita (o “juez oyente”)¹³⁵⁰ de que dicha citación va a ser “útil” a sus propósitos demostrativos. Como atinadamente lo señala Slaughter, esta utilidad se refiere a la evidencia de “apoyo” por parte de otro tribunal acerca de la “legitimidad” y “fuerza” de los argumentos desarrollados por el juez para fundamentar su sentencia. Esta necesidad de buscar el apoyo de otros jueces internacionales se inscribe en la idea formalista según la cual un juez “descubre el derecho” (y no lo crea). La evidencia de que otros tribunales internacionales han llegado a la misma conclusión sobre la existencia, tenor o alcances de un principio general del derecho es susceptible de convencer (aún más) a los “interlocutores” (o “audiencia” en términos de Perelman) del tribunal sobre el *bien-fondé* de la sentencia adoptada, que expresa “correctamente” el derecho aplicable al caso. Como lo afirma Ronald Dworkin, el juez reconstruye, a partir del material disponible, una cadena de precedentes que le permiten justificar la inscripción correcta

¹³⁴⁸ Slaughter-Anne, Marie, “A Typology...”, *op. cit.*, nota 1321, p. 114.

¹³⁴⁹ Romano, Cesare, *op. cit.*, nota 353.

¹³⁵⁰ “Listening Court” en términos de Slaughter (Slaughter, Anne-Marie, “Typology...”, *op. cit.*, nota 1321, p. 119.

de su propia decisión en la línea del derecho en vigor, y así presentar este derecho como un orden jurídico justo, basado en principios coherentes.¹³⁵¹

El uso de “referencias cruzadas” para convencer “aún más” sobre el “*bien-fondé*” de una sentencia determinada se relaciona estrechamente con otro dato obtenido a través del estudio llevado a cabo en el capítulo tercero. Como un instrumento para “persuadir” al “auditorio”, las “referencias cruzadas” sobre los principios comunes analizados son sistemáticamente positivas. Los tribunales internacionales citan la interpretación y la aplicación de principios generales del derecho, realizada por otras jurisdicciones internacionales, a su favor, pero también a favor de la sentencia citada. Dicho en otros términos, las jurisdicciones internacionales utilizan dicha interpretación y aplicación para confirmarla y no para deslindarse de la misma. De todos los casos que analicé en el capítulo tercero no detecté ninguna “referencia cruzada” negativa o *a contrario*. En todos los casos estudiados, las “referencias cruzadas” tenían como objetivo “apoyar” a la argumentación del tribunal que las utilizó, y, por consecuencia, reforzar la legitimidad, tanto de su propia sentencia como de la sentencia citada. Desde una perspectiva más general, en un estudio más amplio sobre la utilización de “referencias cruzadas” por parte de los tribunales internacionales, Nathan Miller constata que de un margen de 173 “referencias cruzadas”, sólo once fueron utilizadas para deslindarse o pronunciarse de otra manera (*ouerrule*), las restantes 162 fueron utilizadas de manera positiva o neutral.¹³⁵²

Finalmente, cabe señalar (*last but not least*) que las “referencias cruzadas” del “diálogo jurisprudencial internacional” sobre principios comunes manifiestan algo más que un simple “reconocimiento mutuo” o “deferencia mutua” entre los tribunales internacionales, objeto de mi estudio.

En su análisis del diálogo judicial trasfronterizo (entre jueces pertenecientes a distintos órdenes jurídicos), Julie Allard atinadamente subraya la existencia de un “principio de compatibilidad” entre las sentencias judiciales pronunciadas en diferentes órdenes jurídicos (nacionales).¹³⁵³ Según Frydman, este “principio de compatibilidad” se refiere a la analogía que debe existir entre los casos en diálogo, pero también a la analogía o comparabilidad entre los regímenes jurídicos en los que dichos casos se originan.

¹³⁵¹ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 250 y ss., citado en Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311, p. 10.

¹³⁵² Miller, Nathan, “An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» Across International Tribunals”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 483-495, citado en Simma, Bruno, “Universal...”, *op. cit.*, nota 11, p. 282.

¹³⁵³ Allard, Julie, *Actes du colloque...*, *op. cit.*, nota 1315, citado en Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311, p. 11.

En la opinión de este autor, esta compatibilidad se revela contraria al modelo (puro) de soberanía nacional y positivismo estatal. En este modelo no puede existir analogía entre normas nacionales y extranjeras. Como nos lo ha enseñado Kelsen, cada norma jurídica pertenece a un orden jurídico específico del que dependen tanto su sentido como su obligatoriedad. En este sentido, muchos jueces nacionales se niegan a utilizar “referencias cruzadas” a decisiones de tribunales internacionales o nacionales en su jurisprudencia respectiva. Famosas a este respecto son las afirmaciones del juez Scalia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que evidencian un claro rechazo de la utilización de jurisprudencias extranjeras. Según este juez, los jueces de la Corte Suprema no deben utilizar jurisprudencias “ajenas”, porque estos jueces tienen por misión exclusiva la aplicación de la Constitución de los Estados Unidos, y no de una Constitución de un pueblo extranjero.¹³⁵⁴

En el “diálogo jurisprudencial internacional” (únicamente entre tribunales internacionales) sobre los principios comunes, no pueden ser hallados ejemplos de jueces que compartan la opinión del juez Scalia. Como lo señalé anteriormente, todos los jueces internacionales utilizan “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales cuando se trate de aplicar e interpretar los seis principios generales del derecho. Desde esta perspectiva, puedo confirmar la existencia de un “principio de compatibilidad” entre sentencias internacionales dictadas en distintos conjuntos normativos especializados. En mi opinión, los jueces internacionales consideran posibles (y deseables) las “referencias cruzadas” sobre dichos principios precisamente porque éstos no pertenecen a ningún orden jurídico particular, sino que son presentes a la vez en todos los órdenes jurídicos internos (y también en el orden jurídico internacional).

Siguiendo en esto a François Ost, puedo decir que las “citaciones cruzadas” siempre presuponen “algo en común”.¹³⁵⁵ En efecto, este “algo en común” se sitúa en el corazón de toda comunicación. La palabra “comunicación” proviene del latín *comunicar*, que significa “compartir algo”, “poner en común”. De la misma manera que el diálogo interpersonal, el diálogo entre jueces internacionales se obstaculizaría si no fuera basado en “cosas en común”, en particular en principios comunes. La utilización de “referencias cruzadas” sobre los principios generales del derecho (también) demuestra que se trata de principios comunes a los tribunales internacionales,

¹³⁵⁴ En términos del juez Scalia: “we shall never forget that it is a Constitution for the United States that we are expounding” (citado en Slaughter, Anne-Marie, “Judicial...”, *op. cit.*, nota 1331, p. 1118).

¹³⁵⁵ Ost, François, *Actes du colloque...*, citado en Frydman, Benoît, *op. cit.*, nota 1311, p. 12.

y, por su parte, el carácter común de dichos principios facilita la comunicación entre los jueces internacionales. Las citaciones de sentencias en las que otros jueces aplican estos principios son, por lo tanto, concebidas como algo completamente natural que no debe molestar a nadie. Al citar sentencias de otros jueces internacionales sobre dichos principios, los jueces no importan una norma perteneciente a otro conjunto normativo especializado (una norma de derecho del comercio internacional, derecho internacional de los derechos humanos, etcétera), sino una regla con validez general, tanto en el ámbito interno como en el internacional. Los jueces internacionales no se comunican sobre lo particular, sino sobre la base de un derecho (general) común. Fuente importante de este derecho común, los principios comunes a los tribunales internacionales que analicé en el presente trabajo facilitan el diálogo entre los jueces internacionales y se convierten en una “gramática común” de las sentencias internacionales.

En segundo lugar, en mi opinión, la comunicación sobre principios comunes es susceptible de volverlos, en cierto sentido, aún más comunes. La comunicación se basa en “algo en común”, y, por su parte, la “referencia de una misma cosa en común” armoniza su aplicación múltiple. En efecto, a través de la utilización de “referencias cruzadas” sobre los principios generales del derecho, objeto de mi estudio, los jueces proceden a la armonización tanto de su significado como de su contenido normativo y alcance en el derecho internacional. Esta “armonización vía comunicación” conduce a la construcción de modelos o estándares comunes sobre la base de la aplicación e interpretación conforme de ciertos principios generales del derecho. Estos principios generales del derecho, comúnmente aplicados e interpretados por los tribunales internacionales, se convierten así no sólo en principios comunes, sino también en estándares comunes sobre el ejercicio de la función judicial (internacional). Por medio del diálogo, los jueces internacionales hacen transitar un mismo modelo de impartición de justicia orientado por la aplicación común (o idéntica) de principios generales del derecho para la solución de las controversias internacionales.

Cabe señalar que los principios generales del derecho no son los únicos modelos o estándares comunes que se desarrollan gracias al “diálogo jurisprudencial internacional”. Así, por ejemplo, muchos autores hablan del desarrollo de estándares interpretativos comunes¹³⁵⁶ entre los tribunales internacionales, de la diseminación del modelo procesal del debido proceso (*due process of law*) entre jurisdicciones internacionales¹³⁵⁷ o de la importancia

¹³⁵⁶ Matz-Lück, Nele, *op. cit.*, nota 261.

¹³⁵⁷ Canivet, Guy, *op. cit.*, nota 1248.

del modelo de protección de los derechos humanos para todos los jueces internacionales.¹³⁵⁸ En el mismo orden de ideas, la presencia de principios y normas comunes a los tribunales internacionales en materia de prueba y prácticas de indemnización ha permitido a Chester Brown introducir la hipótesis de la existencia de un “*common law of international adjudication*”.¹³⁵⁹

El diálogo jurisprudencial sobre los seis principios generales del derecho que estudié en el presente trabajo sin duda manifiesta la existencia de una coordinación informal entre los tribunales internacionales. Los jueces internacionales leen y citan las sentencias de otros jueces en materia de interpretación y aplicación de dichos principios. Estas citas pueden utilizarse para resaltar algunas características de la vinculación informal de los tribunales internacionales por medio del “diálogo jurisprudencial” sobre principios comunes. Pero también cabe preguntarse cuáles son las consecuencias de esta coordinación informal.

III. LAS CONSECUENCIAS DEL DESARROLLO DE RELACIONES INFORMALES ENTRE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En mi opinión, existen dos posibles consecuencias del desarrollo de relaciones informales entre los tribunales internacionales. Es de considerarse que dichas relaciones ponen de manifiesto la conformación de una “red judicial internacional” (1) y abren el debate sobre la existencia de un “sistema de justicia internacional” (2).

1. *La conformación de una “red judicial internacional”*

Como lo señalé anteriormente, el verdadero reto de la “judicialización” del derecho internacional se refiere a la ausencia de vínculos formales entre los tribunales internacionales. La especialización de las jurisdicciones internacionales y la autonomía de unas respecto a las otras podría desconectarlas por completo y convertirlas en *self-contained regimes*, desde el punto de vista institucional. Este aislamiento de los tribunales unos *vis-à-vis* de los demás tendría consecuencias muy negativas para la coordinación de su actividad judicial y jurisprudencial. Desde el punto de vista procesal, la ausencia de

¹³⁵⁸ Canivet, Guy, *op. cit.*, nota 1248; Slaughter, Anne-Marie, “Judicial...”, *op. cit.*, nota 1331; Voeten, Eric, *op. cit.*, nota 1340.

¹³⁵⁹ Brown, Chester, *op. cit.*, nota 676.

vínculos formales entre los tribunales internacionales propiciaría los conflictos de competencia y, en la perspectiva sustancial, se favorecería el surgimiento de conflictos de jurisprudencia.

En el presente trabajo mostré la ausencia de conflictos de jurisprudencia sobre la aplicación e interpretación de seis principios generales del derecho. Asimismo, en los apartados anteriores analicé el desarrollo de un “diálogo jurisprudencial” sobre estos principios comunes. Según yo, este diálogo manifiesta el desarrollo de vínculos informales entre los tribunales internacionales. El hecho de que los jueces internacionales leen y citan las sentencias de otros jueces respecto a la aplicación e interpretación de estos principios generales del derecho significa, para mí, que estos jueces intentan coordinar su jurisprudencia en la materia, al menos de manera implícita. Estos intentos conscientes (o inconscientes) de interrelacionar su actividad jurisprudencial demuestran que los tribunales internacionales no son completamente autónomos e independientes unos respecto a los otros. Dicho en otros términos, las jurisdicciones internacionales no son *self-contained regimes*. Los vínculos informales construidos por medio del diálogo jurisprudencial interconectan a los tribunales internacionales y manifiestan que sus integrantes son “conscientes el uno del otro”.

Desde mi punto de vista, la existencia misma de principios comunes sugiere que la “separación” de los tribunales internacionales no implica su “aislamiento” el uno del otro. Ninguna sentencia judicial internacional se elabora en una “autarquía” completa, por jueces narcisistas, introvertidos y encerrados en su propio régimen jurídico autónomo.¹³⁶⁰ El desarrollo de principios comunes demuestra que su interpretación y aplicación judicial es extrovertida, abierta a los intercambios e influenciada por las prácticas y la jurisprudencia de otros tribunales internacionales. Puedo afirmar que la frecuencia y la constancia de estos intercambios manifiestan la posibilidad para los tribunales internacionales de funcionar en “red”.

El término “red” es utilizado en el ámbito de las ciencias sociales para referirse a “un conjunto de relaciones sociales estables, de naturaleza interdependiente y no-jerárquica que unen a diversos actores con intereses en común que intercambian recursos para la concretización de dichos intereses, a sabiendas de que la cooperación es la mejor manera para lograr metas comunes”.¹³⁶¹ Para los estudiosos de las ciencias sociales, el término “red”

¹³⁶⁰ Canivet, Guy, *Éloge de la bénévolance des juges*, disponible en: <http://www.ahjucaf.org/Les-influences-croisees-entre,7177.html>.

¹³⁶¹ Börzel, Tania, *What's So Special About Policy Networks? An Exploration of the Concept and its Usefulness in Studying European Governance*, 1997, European Integration online Papers,

permite explicar el porqué y el cómo de la interacción entre varios actores sociales. Desde esta perspectiva, las “redes” son estructuras informales, no jerárquicas, y muchas veces autocordinadas.¹³⁶²

El término “red” se relaciona con varios fenómenos globales. Así, por ejemplo, en el ámbito de la UE, algunos autores utilizan la noción de “red” para explicar la forma original de organización de la UE: una “red” que promueve la “gobernanza sin gobierno” a través de negociaciones de distinto nivel entre redes formales e informales de actores públicos y privados.¹³⁶³ Para otros autores, el término “red” permite comprender los cambios en la organización política interna de los Estados. Así, por ejemplo, Beate Kohler-Koch sostiene que el Estado se ha vuelto una forma de gobernanza “en red”: el Estado se transforma de “actor en arena” por un cambio de la coordinación jerárquica y estado-céntrica a una autocordinación no zjerárquica de actores públicos y privados.¹³⁶⁴ En el ámbito de las relaciones internacionales y del derecho internacional, Anne-Marie Slaughter afirma que gran parte de la “gobernanza global” (*global governance*) es realizada a través de redes transnacionales de representantes de los gobiernos nacionales.¹³⁶⁵ En la opinión de esta autora, la “gobernanza global” no implica la existencia

núm.16, p. 1, y Börzel, T., “Organizing Babylon – On the Different Conceptions of Policy Networks”, *Public Administration*, vol. 76, 1998, pp. 253 y 254, citado en Claes, Monica y Maartje, Visser, “Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks”, *Utrecht Law Review*, vol. 8, 2012, p. 100.

¹³⁶² Claes, Monica y Maartje de Visser, *op. cit.*, nota 1361, p. 101.

¹³⁶³ Bressand, A. & Nicolaidis, K., “Regional Integration in a Network World Economy”, y Wallace, W., “Introduction: The Dynamics of European Integration”, en Wallace, W. (ed.), *The Dynamics of European Integration*, 1990; Keohane, R. & Hoffmann, S., “Institutional Change in Europe in the 1980s”, en Keohane, R. & Hoffmann, S. (eds.), *The New European Community: Decisionmaking and Institutional Change*, 1991; Metcalfe, L., “Après 1992: la Commission pourra-t-elle gérer l’Europe?”, *Revue Française d’Administration Publique*, vol. 63, 1992, p. 401; Ladeur, K., “Towards a Legal Theory of Supranationality – The Validity of the Network Concept”, *European Law Journal*, vol. 3, 1997, p. 33, citado en Claes, Monica y Maartje de Visser, *op. cit.*, nota 1361, p. 101.

¹³⁶⁴ Kohler-Koch, Beate, “The Strength of Weakness. The Transformation of Governance in the EU”, en Gustavsson, S. & Lewin, L. (eds.), *The Future of the Nation State*, 1996, p. 169, citado en Claes, Monica y Maartje, Visser de, *op. cit.*, nota 1361, p. 102.

¹³⁶⁵ Slaughter, Anne-Marie, “Sovereignty and Power in a Networked World Order”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, 2004, p. 285; Slaughter, Anne-Marie, “A Brave New Judicial World”, en Ignatieff, Michael (eds.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, 2005, p. 275. Según esta autora, actualmente asistimos a importantes cambios en el paradigma de la soberanía estatal. En efecto, el modelo westfaliano de la soberanía es sustituido por una nueva soberanía, basada en “redes gubernamentales”: redes de representantes de los gobiernos nacionales que operan por encima de las fronteras (Slaughter, Anne Marie, “Sovereignty...”, *op. cit.*, nota 1365, p. 285).

de un “gobierno global”, sino que debería basarse en la autocoordinación y cooperación entre las distintas instituciones (en particular, judiciales) que operan en el plano global.¹³⁶⁶ Desde la perspectiva misma de la teoría jurídica contemporánea, François Ost sugiere un cambio en el paradigma del derecho: “de la pirámide a la red”.¹³⁶⁷

El término “red judicial internacional” se inscribe en un cambio de paradigma acerca de la impartición de la justicia internacional. Según Romano, los tribunales internacionales pertenecen a una “red judicial internacional” en la que cada jurisdicción constituye un “nudo”.¹³⁶⁸ En la opinión de Slaughter, estamos asistiendo al desarrollo de una “red de Cortes” que se comunican conscientemente entre sí.¹³⁶⁹

Es de pensarse que la existencia de principios comunes a los tribunales internacionales se relaciona estrechamente con la existencia de una “red judicial internacional”. Según yo, esta “red judicial internacional” es una organización judicial horizontal, basada en el desarrollo de vínculos informales a través de los cuales los jueces internacionales adoptan una especie de *modus vivendi* implícito u oculto que les permite coordinar su actividad judicial, y sobre todo jurisprudencial. La “red judicial internacional” constituye una respuesta alternativa a la ausencia de vínculos formales entre los tribunales internacionales.

El desarrollo de esta red es una respuesta directa a los problemas suscitados por la “judicialización” del derecho internacional (conflictos de competencia, conflictos de jurisprudencia y *forum shopping*, entre otros). La imposibilidad de establecer relaciones formales y jerárquicas entre los tri-

¹³⁶⁶ Slaughter, Anne-Marie, *A Typology...*, *op. cit.*, nota 1321, p. 137.

¹³⁶⁷ Según este autor, el modelo jerárquico del derecho (estatal, monológico y positivista) está en crisis y tiende a ser sustituido por el modelo del “derecho en red”. En la opinión de Ost, con la “red”, el Estado deja de ser la única fuente de soberanía (esta última se desarrolla en distintos niveles, en poderes infra o supraestatales, públicos o privados), la voluntad del legislador ya no se percibe como un dogma (dicha voluntad es sujeta a una serie de procedimientos de evaluación complejos *ex ante* o *ex post*), las fronteras entre los hechos y el derecho se disipan, los poderes interactúan, los sistemas jurídicos (y más generalmente los sistemas normativos) se “enredan”, el conocimiento del derecho que reclamaba ser “puro” metodológicamente (monodisciplinario) se declina actualmente sobre la interdisciplinariedad y resulta más de una experiencia contextualizada (*learning process*) que de axiomas *a priori*; finalmente, la justicia, que el modelo piramidal trataba de basar en una jerarquía de valores (expresadas en la ley) se aprecia en un balance de intereses y equilibrio de valores variables (Ost, François y Van de Kerchove, Michel, “Droit: de la pyramide au réseau? Introduction”, en Ost, François y Van de Kerchove, Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, p. 11).

¹³⁶⁸ Romano, Cesare, *Deciphering...*, *op. cit.*, nota 353, p. 757.

¹³⁶⁹ Slaughter, Anne-Marie, *A Typologie...*, *op. cit.*, nota 1321, p. 38.

bunales internacionales los incita y/o obliga a buscar otro tipo de vínculos que les permitan coordinar su competencia y jurisprudencia. Los vínculos informales e horizontales, constituidos por el efecto del diálogo jurisprudencial sobre los principios comunes, son característicos de la “red judicial internacional”. Cada jurisdicción internacional constituye un “nudo” de la “red judicial internacional”, y todos los nudos se sitúan al mismo nivel, en términos generales. Esta red se autorregula por los propios tribunales sobre la base de la complementariedad. La complementariedad se percibe como una complementación mutua y un acuerdo implícito entre los tribunales internacionales sobre la aplicación e interpretación de las normas y principios del derecho internacional. Como lo mostré en el presente trabajo, este acuerdo implícito entre los miembros de la “red judicial internacional” es particularmente visible en la aplicación e interpretación convergente de principios comunes por parte de los tribunales internacionales.

Cabe añadir que el funcionamiento de las jurisdicciones internacionales en “red” se relaciona con su autopercepción como integrantes de la misma. Los jueces internacionales son conscientes de la existencia de los demás tribunales internacionales, y, como lo manifiesta el diálogo jurisprudencial sobre principios comunes, son también conscientes acerca de su jurisprudencia. El progreso de las tecnologías de la información y de la comunicación favorece el desarrollo de vínculos informales entre los jueces internacionales. La presencia de la jurisprudencia de todos los tribunales internacionales en la “red” del Internet promueve los intercambios intelectuales en la “red judicial internacional”.

Además, desde mi perspectiva, la coordinación informal entre los jueces internacionales en una “red judicial internacional” demuestra la facilidad que éstos tienen de encontrar puntos de contacto o “cosas en común”. Pero ¿son estas “cosas en común” suficientes para que los tribunales internacionales logren conformar un verdadero sistema de justicia internacional?

2. *La conformación de un sistema de justicia internacional*

¿Podrían los vínculos informales, desarrollados sobre la base de los “principios comunes” a los tribunales internacionales, conducir a la conformación de un verdadero sistema de justicia internacional?

Cabe señalar que la noción misma de sistema supone la existencia de al menos algún tipo de vínculos formales entre sus distintos integrantes. Según el *Diccionario de la lengua española*, “sistema (del latín *systema*, y este del griego

σύστημα) es un conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”.¹³⁷⁰

En el mismo sentido, es necesario recordar que los sistemas de justicia existentes en el ámbito interno se basan en reglas formales y estrictas respecto a la organización interinstitucional de sus distintos integrantes. Dichas reglas muchas veces son codificadas (por ejemplo, en los códigos procesales), o incluso constitucionalizadas. Los distintos tribunales que integran los sistemas judiciales nacionales articulan sus competencias contenciosas en virtud de reglas claras de repartición de las competencias, muchas veces jerárquicas. Al mismo tiempo, se establecen normas relativas a la autoridad de las sentencias adoptadas por cada jurisdicción que pertenece al sistema judicial nacional.¹³⁷¹

Como lo señalé en repetidas ocasiones en este trabajo, en el derecho internacional no existen códigos (procesales) ni una Constitución única que organice las relaciones interinstitucionales entre los múltiples tribunales internacionales. Dichas jurisdicciones no mantienen entre sí ningún tipo de relaciones formales o jerárquicas. La “judicialización” del derecho internacional condujo a la creación de una multitud de tribunales internacionales, sin centro ni cima. La descentralización de las jurisdicciones internacionales, en mi opinión, se muestra incompatible con la noción tradicional de “sistema judicial”, que siempre supone un grado de centralización, formalidad y previsibilidad.

Desde esta perspectiva, puedo decir que la existencia únicamente de vínculos informales entre los tribunales internacionales impide concebir su organización en un “sistema judicial internacional”. Sería preconizar algo demasiado grande sobre premisas muy limitadas. La conformación de un sistema judicial internacional exigiría el establecimiento de algún tipo de reglas formales y estructurales entre dichas jurisdicciones, en particular en materia de repartición de sus competencias contenciosas y articulación de sus sentencias.

¹³⁷⁰ Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=yHfyyKIWjDXX2kpDVRWA>.

¹³⁷¹ Así, por ejemplo, en el sistema judicial francés se prevé una repartición de las competencias entre los distintos tribunales nacionales en virtud de criterios materiales, personales, económicos o territoriales. De la misma manera, el respeto de las sentencias adoptadas por un determinado tribunal interno se basa en reglas jerárquicas. En el mismo sentido, en el sistema judicial mexicano, la repartición de las competencias entre los distintos tribunales internos también se hace de acuerdo con reglas claras, codificadas en distintos códigos, y en artículos constitucionales. Por su parte, la autoridad de la jurisprudencia de los tribunales también se basa en reglas verticales y de reiteración los criterios de la misma.

En mi opinión, la adopción de estas reglas podría resultar de una revisión de los estatutos constitutivos de todos los tribunales internacionales o de la conclusión de un instrumento jurídico único por parte de sus justiciables (al estilo de un código procesal internacional o incluso de una Constitución internacional). No obstante, según yo, ambos procedimientos exigirían un consenso político muy complejo. Los integrantes de la comunidad internacional (Estados miembros, individuos, empresas multinacionales, organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, etcétera) deberían ponerse todos de acuerdo no sólo respecto a la necesidad de establecer reglas jurídicas que estructuren (y formalicen) las relaciones entre los tribunales internacionales, sino también sobre el contenido exacto de estas reglas.

Desde mi punto de vista, al menos por el momento, un acuerdo similar está muy lejos de su concretización, y necesita un gran esfuerzo tanto por parte de la doctrina del derecho internacional como por parte de los propios actores del orden jurídico internacional. La redefinición del *statu quo* judicial internacional debe resultar de un proceso (democrático) de reflexión a largo plazo, que se desarrolle en distintos foros internacionales.

Debido a la ausencia, por el momento, de un acuerdo generalizado sobre la institución de reglas claras que formalicen las relaciones entre los tribunales internacionales, muchos autores proponen una noción distinta de lo que debe ser un “sistema judicial internacional”.

Así por ejemplo, Jenny Martínez preconiza un “sistema judicial internacional”, autocado y autorregulado por los propios tribunales internacionales.¹³⁷² En la opinión de esta autora, dicho sistema se basaría en la interacción conjunta de las jurisdicciones internacionales, en particular sobre la base del diálogo judicial. Esta voluntad de interactuar se deduciría de un sentimiento de “antiparroquialismo” que comparten todos los tribunales internacionales. Pero aún en esta visión de un “sistema judicial internacional” se sugiere el establecimiento de algunas reglas formales y prosistémicas que ordenen las relaciones entre los distintos tribunales internacionales. Martínez parte de la existencia de este tipo de reglas en los sistemas judiciales nacionales y propone la trasposición de algunas de ellas en el ámbito internacional. Así por ejemplo, según Martínez, los tribunales internacionales deben acordarse sobre reglas en materia de tratamiento de precedentes (*sta-*

¹³⁷² Martínez, Jenny, “Towards and International Judicial System”, *Stanford Law Review*, vol. 56, 2003, pp. 430-528.

re decisis),¹³⁷³ regulación de las competencias contenciosas,¹³⁷⁴ reconocimiento y ejecución de sentencias.¹³⁷⁵

Desde mi perspectiva, la propuesta de Jenny Martínez es sumamente interesante y coherente. No obstante, la autora también concluye que la existencia de relaciones informales únicamente no podría basar la conformación de un “sistema judicial internacional”. La constitución de este sistema necesariamente implica la adopción de algún tipo de reglas claras, de carácter formal, que estructuren dicho sistema, aun si éste fuera autorregulado por los tribunales mismos. También cabe señalar que, en la opinión de Martínez, los propios tribunales deben desarrollar reglas prosistémicas en su práctica judicial. Pero en este caso también debería lograrse un acuerdo generalizado de todos los tribunales internacionales sobre las reglas que deben (co)ordenar sus relaciones en el “sistema judicial internacional”. Es de suponerse que este acuerdo también implicaría consensos complejos no sólo entre los propios jueces internacionales, sino también entre sus justiciables.

Finalmente, existe otra opinión doctrinal que adopta una visión distinta del significado de la noción “sistema judicial internacional”. En esta visión, el acento se pone no sobre el término “sistema”, sino sobre el término “justicia internacional”. En particular, Cançado Trindade subraya la existencia de un “conjunto multilateral de tribunales internacionales al servicio de la justicia internacional”.¹³⁷⁶

Según yo, este “conjunto judicial multilateral al servicio de la justicia internacional” suple, al menos en parte, la ausencia de un verdadero “sistema judicial internacional”. El hecho de que los tribunales internacionales no estén unidos en un sistema judicial formal no implica que dichas jurisdiccio-

¹³⁷³ En la opinión de Martínez, los tribunales internacionales deberán tomar en cuenta los precedentes de otras jurisdicciones internacionales y no deslindarse de los criterios establecidos en dichas sentencias sin una motivación suficiente. Por su parte, las sentencias de un tribunal internacional especializado en el área de su especialización, así como las sentencias de la(s) corte(s) con competencia general en el ámbito del derecho internacional general deben recibir mayor respeto por parte de los demás tribunales internacionales (Martínez, Jenny, *op. cit.*, nota 1372, p. 491).

¹³⁷⁴ Según Jenny Martínez, un tribunal internacional debe congelar su procedimiento y abstenerse de pronunciarse sobre un caso si ya existe una demanda pendiente sobre el mismo caso ante otro tribunal internacional, salvo si el segundo tribunal debe tener prioridad, en razón de algunas circunstancias específicas del caso (por ejemplo, la necesidad de adoptar más rápidamente las sentencias en materia penal) (Martínez, Jenny, *op. cit.*, nota 1372, p. 491).

¹³⁷⁵ La autora preconiza la utilización del principio de *res iudicata* entre las sentencias de los tribunales internacionales: un tribunal internacional debe abstenerse de reabrir un caso debidamente resuelto por una sentencia previa de otro tribunal internacional (Martínez, Jenny, *op. cit.*, nota 1372, p. 491).

¹³⁷⁶ Cançado Trindade, Antonio Augusto, “La expansión...”, *op. cit.*, nota 487.

nes no impartan la justicia internacional, de manera exitosa. En particular, los tribunales internacionales cumplen con la función primera de un sistema judicial: la impartición y la realización de la justicia en el plano internacional, sin ser formal e institucionalmente organizados en un “sistema judicial internacional”.

Cabe destacar que, según Georges Michel Abi-Saab, los tribunales internacionales ejercen una “función judicial internacional”, fundamentalmente idéntica. Para Abi-Saab, este concepto común de la “función judicial internacional” constituye el ADN de todos los tribunales internacionales, y cada juez internacional ejerce una parcela de dicha función.¹³⁷⁷ Este concepto común comprendería un entendimiento genérico e invariable del ejercicio de una función judicial cualquiera. Dicho entendimiento implica que la función judicial sea confiada a un órgano que cuente con suficientes garantías de independencia y debido proceso y que adopte sentencias obligatorias con base en derecho.¹³⁷⁸ Dicho en otros términos, esta noción de la “función judicial internacional” incluye, de manera general, a los elementos definitorios de una jurisdicción: un órgano imparcial e independiente (un tercero al litigio) que resuelva, de manera definitiva y obligatoria, un litigio, basándose en la interpretación y la aplicación de las normas de derecho aplicables al caso. Para Abi-Saab, este concepto genérico de la “función judicial” debe ser adaptado a su ejercicio en el ámbito del derecho internacional.¹³⁷⁹ Entre los factores propiamente internacionales del ejercicio de la función judicial, el autor menciona la necesidad de resolver no sólo problemas específicos (o especializados) de derecho internacional, sino también problemas generales o globales de la “comunidad internacional”.

Para mí, uno de los elementos del ejercicio de una misma “función judicial internacional” consistiría en que cada juez internacional se considere como parte de un “conjunto multilateral” de órganos jurisdiccionales que imparten justicia no sólo a sus justiciables directos, sino a todos los miembros de la comunidad internacional. Desde esta perspectiva, la “función judicial internacional” tendería a restablecer la legalidad del orden jurídico internacional en su conjunto, es decir, sancionar toda violación del derecho internacional por parte de los sujetos de este orden.

En este sentido, puedo afirmar que todos los tribunales internacionales ejercen una “función judicial internacional”, cuya primera misión es la impartición y la realización de la justicia (internacional). Es precisamente

¹³⁷⁷ Abi-Saab, Georges, “The Normalization...”, *op. cit.*, nota 5, p. 7.

¹³⁷⁸ *Idem.*

¹³⁷⁹ *Idem.*

esta noción de la “función judicial internacional” que constituye el ADN de todos los tribunales internacionales: su denominador integrativo común. En efecto, todo juez, interno o internacional, tiene por objetivo lograr una resolución “justa” de la controversia que se le somete. La impartición y la realización de la justicia a través de la aplicación del derecho definen a la función judicial, tanto interna, como internacional. De esta manera, la multitud de tribunales internacionales que cumplen con esta (misma) “función judicial internacional” sí garantizaría el logro, en el plano internacional, de uno de los objetivos primarios de todo sistema judicial: la impartición y la realización de la justicia por parte de órganos judiciales independientes e imparciales.

La impartición de la justicia a través del acto de juzgar es un elemento definidor de los órganos que forman parte de un sistema judicial. La justicia impartida por parte de dichos órganos se analiza, en este sentido, como una conformidad con el derecho. Desde esta perspectiva, la impartición de la justicia es cosustancial al derecho y al Estado de derecho.¹³⁸⁰ Cabe recordar que el término romano *ius* significaba al mismo tiempo derecho y justicia. Una situación litigiosa, vuelta conforme con el derecho por el juez, se presume ser una situación justa. Se trata de una impartición de justicia en el sentido aristotélico. Para Aristóteles, lo justo es conforme con la ley, y respeta la equidad, visto que la ley (general) permite rebasar las pretensiones subjetivistas y arbitrarias de cada uno.¹³⁸¹

Todos los jueces que forman parte del “conjunto multilateral de órganos judiciales al servicio de la justicia internacional” buscan asegurar la primacía del derecho internacional e imponer a éste como única base legítima para la conducta de las relaciones internacionales.¹³⁸² Por encima de una ponderación de los intereses jurídicos (opuestos) que generan una controversia internacional, la impartición de la justicia por parte de estos órganos garantiza una sujeción al derecho internacional por parte de todos sus sujetos. Cabe reafirmar la importancia de esta impartición de la justicia para reconocer (y a veces imponer) una concepción de la comunidad internacional, como una comunidad, organizada por el derecho y no por la fuerza.

En segundo lugar, la justicia-institución y el sistema judicial que la organiza exigen no sólo una conformidad con la ley (el derecho, en general), sino

¹³⁸⁰ Cançado, Trindade, “La expansión...”, *op. cit.*, nota 487.

¹³⁸¹ Aristóteles, *Ética nicomachea*, libro V, citado en Clavel, Julie, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe compétence de la compétence*, Tesis, Université Paris II, p. 11.

¹³⁸² *Idem*.

también una conformidad con la justicia, como ideal. En consecuencia, la justicia, como ideal, se sitúa por encima del derecho y mide su legitimidad. En mi opinión, el “conjunto multilateral de jueces internacionales” tiene por misión no sólo la impartición de la justicia (“dar a cada quien lo que le es debido conforme con el derecho”), sino también la realización de la justicia, como ideal de la comunidad internacional.

Como lo afirma Philipp Alliot, la realización de la justicia en el plano internacional se refiere al “ideal de todos los ideales”.¹³⁸³ En términos de John Rawls, la justicia es la “primera virtud” de toda institución social.¹³⁸⁴ Según yo, todos los tribunales internacionales están encargados de la realización de la justicia internacional. Me resulta muy difícil definir en qué consiste la realización del ideal de la justicia, en el plano internacional. Además, me parece que una tal definición se presta naturalmente a la vaguedad. No obstante, considero que la realización de la justicia en el ámbito internacional tiene que ver con la promoción del interés o intereses generales de la comunidad internacional por encima de los intereses subjetivistas de sus integrantes. Todos los jueces internacionales buscan (y/o deben buscar) la realización de la justicia internacional. Esta tarea común a los jueces internacionales también los vuelve parte de un “conjunto multilateral de tribunales internacionales al servicio de la justicia internacional”.

Puedo concluir que la ausencia, por el momento, de un verdadero “sistema judicial internacional” no impide que dos de sus principales objetivos: la impartición y la realización de la justicia internacional, sean cumplidos por una multitud dispersa de órganos judiciales sin relaciones formales entre sí. La “judicialización” del orden jurídico internacional crea un “conjunto multilateral de tribunales internacionales al servicio de la justicia internacional”. Sin duda, este conjunto necesita el establecimiento de vínculos formales (sistémicos), con el fin de mejorar la previsibilidad en la impartición y la realización de la justicia internacional.

Dicho en otros términos, por el momento no existe un “sistema judicial internacional”, pero sí existe un “conjunto de tribunales internacionales al servicio de la justicia internacional”. Este conjunto de tribunales se autoorganizan por medio de su interacción en la “red judicial internacional”. La existencia de una “red judicial internacional” impide que la ausencia de un “sistema judicial internacional” conduzca al “caos judicial internacional”. Uno de los objetivos limitados de mi investigación consiste en mostrar la

¹³⁸³ Alliot, Philipp, *International Society and the Idea of Justice*, disponible en: <http://www.trin.cam.ac.uk/show.php?dowid=1396>, p. 42.

¹³⁸⁴ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Belknap, 1971.

existencia de un verdadero *modus vivendi* entre los tribunales internacionales, basado, entre otros, en el desarrollo de vínculos informales a través del “diálogo jurisprudencial” sobre los principios comunes. Este *modus vivendi*, sin duda constituye una etapa previa al establecimiento de un “sistema judicial internacional” (formal). Pero la coordinación informal que se construye por medio del diálogo jurisprudencial manifiesta que los tribunales internacionales no son *self-contained regimes*, sino que interactúan constantemente en una “red judicial internacional”. Uno de los problemas de la “judicialización” del orden jurídico internacional está resuelto por los propios tribunales internacionales sobre la base de la autorregulación y de la aplicación de principios normativos comunes.

IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: PRINCIPIOS COMUNES A LOS JUECES DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En mi opinión, los principios generales del derecho que analicé en la presente investigación no son solamente comunes a los tribunales internacionales, como instituciones jurisdiccionales, sino también comunes a los jueces internacionales, como personas. La existencia de principios comunes a los jueces internacionales puede explicarse por factores extrajurídicos. En particular, desde mi punto de vista, existen factores tanto sociológicos (1) como epistémicos (2) que favorecen la aplicación de los principios generales del derecho como principios comunes a los jueces internacionales. Dichos factores presentan interesantes implicaciones en relación con la actual “judicialización” del orden jurídico internacional.

1. *Los factores sociológicos detrás de la existencia de principios comunes a los jueces internacionales*

En este trabajo mostré la existencia de una “red judicial internacional”, basada en vínculos informales entre los tribunales internacionales, promovidos, entre otros, por la aplicación de principios comunes en su jurisprudencia respectiva. Pero los tribunales internacionales no son objetos inanimados o majestuosos inmuebles ubicados en La Haya u otras ciudades del mundo. Los tribunales internacionales están compuestos de jueces, y los jueces son personas.

Esta afirmación tan evidente cobra mucha relevancia para mí, porque la considero crucial para apreciar la existencia de principios comunes no

sólo a los tribunales internacionales, como instituciones, sino también a los jueces internacionales como personas. Según yo, la existencia de principios comunes tanto a los tribunales internacionales como a las personas que los componen se explica no sólo por factores jurídicos, sino también por factores extrajurídicos.

Para analizar la existencia de principios comunes a los jueces internacionales, es necesario preguntarse: ¿quiénes son en la realidad los jueces internacionales? ¿Qué tienen en común, aparte del uso de un mismo vestuario de togas oscuras? ¿Hay elementos sociológicos que comparten todos los jueces internacionales y que pueden explicar, desde una perspectiva extrajurídica, su tendencia a desarrollar principios comunes?

Gracias a una interesante investigación llevada a cabo entre 2004 y 2006, Cesare Romano, Daniel Terris y Leigh Swigart han logrado esbozar un perfil grupal de los jueces internacionales.¹³⁸⁵ Según estos autores, un primer acercamiento a este grupo revela su diversidad. Los jueces internacionales son de un diverso origen nacional y étnico, hablan diversos idiomas y tienen experiencias profesionales diferentes. No obstante, un examen más parsimonioso de este grupo descubre la existencia de características sociológicas muy similares entre sus miembros.

En relación con esto, me pareció importante actualizar los datos sociológicos recabados por estos autores en 2006 para saber cuál es el perfil sociológico grupal de los jueces internacionales en la actualidad.¹³⁸⁶

En primer lugar, cabe señalar que, desde una perspectiva de género, el grupo masculino de jueces internacionales es muy mayoritario. Los datos que recabé me permiten constatar una sobrerrepresentación o dominación masculina en la judicatura internacional. En este sentido, en junio de 2013, el número de jueces pertenecientes a los tribunales internacionales era de 129 (quince miembros de la CIJ, veintiuno del TIDM, 43 de la CEDH, siete de la CIDH, dieciocho del TPIY, diecinueve del TPIR y siete miembros permanentes del órgano de apelación del mecanismo de solución de

¹³⁸⁵ Terris, Daniel *et al.*, *The International Judge: An Introduction to the Men and Women Who Decide the World's Cases*, Brandeis University Press, 2007, p. 16. Véase también Terris, Daniel, Romano, Cesare y Swigart Leigh, "Toward a Community of International Judges", *Loyola International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2008, p. 420.

¹³⁸⁶ Cabe señalar que los datos sociológicos respecto al "perfil profesional de los jueces internacionales" fueron obtenidos a través de un análisis de los resúmenes biográficos de los jueces publicados en las páginas web oficiales de los tribunales internacionales examinados, disponible en: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1>, <http://www.itlos.org/index.php?id=96>, http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=#n1368718271710_pointer, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/composicion>, <http://www.icty.org/sid/151>, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm.

las controversias de la OMC). De los 129 miembros de los tribunales internacionales examinados, únicamente veinticinco eran mujeres, y los demás eran del sexo masculino. El ser juez internacional, en la actualidad, se reveló ser una profesión reservada a los hombres. Así, por ejemplo, la composición de la CIDH, al junio de 2013, era completamente masculina. La CIJ contaba con tres jueces mujeres,¹³⁸⁷ el TIDM con dos,¹³⁸⁸ el TPIY¹³⁸⁹ y el TPIR con dos, respectivamente,¹³⁹⁰ y el OA de la OMC con uno.¹³⁹¹ La única corte internacional cuya composición representaba un importante número de mujeres era la CEDH: dieciséis mujeres de un total de 43 miembros.

En segundo lugar, respecto a la nacionalidad de los jueces, al junio de 2013, la mayoría de los miembros de las jurisdicciones internacionales que examiné eran nacionales de un país europeo. Sesenta y nueve del total de 129 jueces, es decir, más de la mitad, eran europeos.¹³⁹² No obstante, podemos relativizar esta preponderancia, al señalar que 43 de estos sesenta y nueve europeos eran todos jueces de la CEDH. Respecto a la repartición geográfica de los demás miembros de los tribunales internacionales, se observaba un relativo equilibrio entre los nacionales de origen africano, asiático y latinoamericano. En efecto, de los 129 miembros que componían dichos tribunales, quince eran nacionales de un país africano,¹³⁹³ trece de un país asiático¹³⁹⁴ y doce de un país latinoamericano. Sobre este último punto, cabe señalar que siete de los doce jueces latinoamericanos eran miembros de una sola jurisdicción: la CIDH, y los cinco restantes eran miembros de la CIJ,¹³⁹⁵ del TIDM¹³⁹⁶ y del órgano de apelación de la OMC.¹³⁹⁷ En total,

¹³⁸⁷ Xue Henqin (China), Joan Donoghue (Estados Unidos) y Julia Sebutinde (Uganda).

¹³⁸⁸ Elsa Kelly (Argentina) y Jiu-Hyun Paik (Korea).

¹³⁸⁹ Arlette Romarosan (Madagascar) y Khalida Rachid Kan (Pakistán).

¹³⁹⁰ Khalida Rachid Kan (Pakistán) y Andréia Vaz (Senegal).

¹³⁹¹ Yuejiao Chang de China.

¹³⁹² Los países europeos que cuentan con más nacionales en los tribunales internacionales son Francia, Italia, Alemania y Rusia.

¹³⁹³ El país africano con mayor número de jueces internacionales es Sudáfrica. En este sentido, también cabe señalar que la jurisdicción internacional con más jueces de origen africano es el TPIR.

¹³⁹⁴ Todos los jueces asiáticos son nacionales de uno de los cuatro “gigantes” de este continente: China, Corea, Japón e India.

¹³⁹⁵ Al junio de 2013, la CIJ cuenta con dos jueces de origen latinoamericano: Bernardo Sepúlveda-Amor de México y Antônio Augusto Cançado Trindade de Brasil.

¹³⁹⁶ Al junio de 2013, el TIDM cuenta con dos jueces de la región latinoamericana: la argentina Elsa Kelly y el brasileño Vicente Marotta Rangel.

¹³⁹⁷ El único árbitro del OA originario de un país latinoamericano es el mexicano Ricardo Ramírez Hernández.

al junio de 2013, México tenía tres nacionales entre los miembros de los tribunales internacionales: Bernardo Sepúlveda-Amor (vicepresidente de la CIJ), Ricardo Ramírez Hernández (miembro del órgano de apelación de la OMC), y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (miembro de la CIDH). Los tres son profesores de derecho de la UNAM, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot es, además, investigador del IIJ. En la actualidad, el número de jueces internacionales mexicanos se reveló ser exactamente igual al número de jueces internacionales que ostentan la nacionalidad estadounidense. Al junio de 2013, al igual que México, Estados Unidos tenía tres jueces internacionales.¹³⁹⁸ Finalmente, la región con menor representación en los tribunales internacionales examinados era la de Australia y el Pacífico, con solamente dos jueces internacionales.¹³⁹⁹

En tercer lugar, respecto a la formación jurídica de los jueces internacionales, al junio de 2013, la mayoría de los jueces internacionales contaban con un diploma de la mejor universidad de su país de origen y con un posgrado en alguna de las universidades más prestigiosas del mundo. Las carreras estudiadas eran mayoritariamente de derecho y/o de derecho internacional. Al junio de 2013, las universidades inglesas y estadounidenses eran las más propensas a formar jueces internacionales. La Universidad de Cambridge tenía el mayor número de jueces internacionales entre sus ex alumnos (doce). Por su parte, la Universidad de Harvard había otorgado diplomas a nueve jueces internacionales. Esta predominancia de Cambridge y Harvard en la formación de los jueces internacionales fue muy visible respecto a los miembros de la CIJ. En efecto, absolutamente todos los miembros de la Corte, al junio de 2013, tenían un grado académico de una de estas dos universidades. Otras instituciones inglesas con gran número de jueces internacionales entre sus exalumnos eran el King's College y el Trinity's College de Londres, en los que estudiaron cinco jueces internacionales, respectivamente. Del lado estadounidense, al junio de 2013, la Universidad George Washington y la Universidad de Columbia habían formado a cuatro jueces internacionales cada una; la Universidad de Michigan a dos; las Universidades de Berkeley, Chicago y Tufts, a un juez cada una. Respecto al resto de las universidades europeas, cabe destacar el importante número de jueces internacionales que habían estudiado en las universidades francesas. La Université de Paris (en lo particular, las Université Paris I, Panthéon-Sorbonne y Paris II, Panthéon-Assas) habían otorgado sus diplomas a seis

¹³⁹⁸ Joan Donoghue en la CIJ, Theodor Meron en el TPIY y el TPIR y Thomas Graham en el OA de la OMC.

¹³⁹⁹ Cabe destacar la presencia, en la CIJ, del juez Kenneth Keith de Nueva Zelanda.

jueces internacionales. En la Universidad de Strasbourg habían estudiado una especialidad en materia de derechos humanos cinco jueces internacionales (cuatro de la CEDH y uno de la CIDH), y en las universidades de Grenoble y Nancy habían recibido su formación dos jueces internacionales (uno en cada una). Finalmente, cabe señalar que al junio de 2013, todos los jueces internacionales de nacionalidad rusa o de algún otro país del exbloque soviético habían estudiado en la Universidad de Moscú Lomonosov (Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова).

Finalmente, respecto a la experiencia profesional de los jueces internacionales, al junio de 2013, los jueces internacionales habían ejercido previamente cuatro carreras principales: funcionarios públicos, jueces nacionales de alto rango, abogados y docentes. El número de jueces internacionales que habían ejercido estas profesiones era el siguiente: 32 altos funcionarios públicos en su país de origen (diplomáticos, ministros, consejeros jurídicos de los ministros etcétera),¹⁴⁰⁰ veintinueve jueces internos de alto rango (principalmente miembros del tribunal supremo de su país de origen), veinticinco abogados¹⁴⁰¹ (en su Estado de origen o ante tribunales internacionales) y 58 docentes (aunque muchas veces la docencia se combinaba con otras funciones, por ejemplo, las de funcionario público). Cabe resaltar que los jueces en algunos de los tribunales internacionales examinados compartían un “perfil profesional” muy similar. Así, por ejemplo, la gran mayoría de jueces de la CEDH eran jueces de alto rango en la judicatura de su país de origen, y la mayoría absoluta de jueces de la CIJ eran antiguos altos funcionarios públicos. Los jueces miembros de los tribunales creados bajo los auspicios de la ONU (CIJ, TIDM, TPIY y TPIR) solían contar con una carrera previa como funcionarios de la ONU y/o como abogados ante el tribunal respectivo. Además, muchos de estos jueces habían participado en la negociación de los tratados constitutivos del tribunal. Así por ejemplo, muchos de los actuales miembros del TIDM habían sido diplomáticos que negociaron la Convención de las NU sobre el Derecho del Mar. Desde un punto de vista más general, muchos jueces internacionales, al junio de 2013, habían fungido como representantes de su gobierno nacional en importantes negociaciones internacionales. Finalmente, es necesario mencionar que

¹⁴⁰⁰ Muy emblemático en este sentido es el ejemplo del actual juez peruano de la CIDH. En efecto, Diego García-Sayán fue sucesivamente ministro de Justicia y ministro de Relaciones Exteriores de Perú.

¹⁴⁰¹ Otra profesión jurídica que también tiene su representación entre los jueces internacionales es la de notario público. En efecto, al menos dos jueces internacionales actuales son notarios en su país de origen (en particular, el juez costarricense Manuel Ventura Robles de la CIDH y el juez maltés David Joseph Attard del TIDM).

los jueces internacionales frecuentemente ejercían (o habían ejercido) algunas o todas estas funciones (funcionario público, abogado, juez, docente), y presentaban un perfil profesional muy versátil. Así, por ejemplo, un juez del TIDM había sido administrador de empresas transnacionales¹⁴⁰² y otro juez internacional se había desempeñado como gerente de un hotel.¹⁴⁰³

Finalmente, cabe subrayar la existencia de una “alternancia” de los jueces en los puestos disponibles en las jurisdicciones internacionales. En efecto, es una práctica común que un juez de un determinado tribunal internacional sea posteriormente elegido para sesionar en otra jurisdicción internacional. Muy significativa en este sentido es la práctica de intercambio de jueces entre los dos tribunales penales (“gemelos”) de la ONU: el TPIY y el TPIR. En efecto, al junio de 2013, seis jueces internacionales habían sido juez del TPIY antes de ser juez del TPIR, o viceversa.¹⁴⁰⁴ Esta constatación se suma al hecho de que ambos tribunales comparten una misma cámara de apelaciones. Otro ejemplo muy actual de “alternancia” en varios tribunales internacionales es el del ilustre profesor brasileño Antônio Augusto Cançado Trindade, quien fue primero juez de la CIDH y, al junio de 2013, se desempeñaba como juez de la CIJ. Otro juez de la CIJ, al junio de 2013, también había ocupado varios otros cargos en la judicatura internacional. En efecto, el juez francés Ronny Abraham anteriormente había trabajado en el TJUE y en la CEDH. Otros ejemplos de este “pasaje” de los jueces de una jurisdicción a otra es el del juez estadounidense Thomas Buergenthal, quien fue juez de la CIDH (nominado por Costa Rica) entre 1979 y 1991, y posteriormente juez de la CIJ (entre 2000 y 2005). Otro muy ilustrativo ejemplo de “permanencia” en la judicatura internacional es el del juez e ilustre profesor egipcio Georges Michel Abi-Saab. En efecto, Abi-Saab fue sucesivamente juez en tres de los tribunales internacionales. Su primera nominación como juez internacional fue en la primera composición del TPIY en 1993. Anteriormente, Abi-Saab había sido abogado ante la CIJ y juez *ad hoc* en varios casos de su jurisprudencia. Finalmente, a partir de 2000, Abi-Saab fue electo miembro del órgano de apelación de la OMC y reelecto para un segundo mandato en 2005. Otro ejemplo similar, aunque no

¹⁴⁰² El juez Shunji Yakai de Japón administró varias importantes empresas transnacionales (por ejemplo, Mitsubishi Motors).

¹⁴⁰³ El juez costarricense Manuel Ventura Robles de la CIDH.

¹⁴⁰⁴ En particular, los jueces Bakhtiyar Tuzmukhamedov (Rusia), Mehmet Güney (Turquía), Theodor Meron (Estados Unidos), Fausto Pocar (Italia), Khalida Rachid Kan (Pakistán) y William Hussein Tacule (Tanzania) son o han sido jueces a la vez del TPIY y del TPIR. Cabe señalar que el juez británico del TPIY, Howard Morisson, es en la actualidad juez en la CPI.

directamente referente a los tribunales que estudié, es el del juez argelino Mohammed Bedjaoui, quien fue miembro de la CIJ por más de veinte años (1982-2001), y posteriormente se desempeñó como árbitro en varios casos del CIADI. Finalmente, también cabe destacar que la actual jueza argentina en el TIDM, Elsa Kelly, fue anteriormente miembro del Comité Interamericano de Derechos Humanos.

A través del análisis de los datos que recabé, puedo sostener la existencia y la permanencia de al menos cinco patrones sociológicos comunes a los jueces internacionales en materia de (in)equidad de género, origen nacional, educación superior, experiencia profesional y “pasaje” de una jurisdicción internacional a otra.

Según yo, todos estos patrones comunes muestran la existencia de un club profesional de jueces internacionales, con características sociológicas muy coherentes. Los datos sociológicos que obtuve claramente revelan un perfil sociológico común a los jueces que forman parte de los tribunales internacionales examinados. Este perfil profesional común se basa en una serie de características compartidas o predominantes del grupo de personas que se desempeñan como jueces internacionales. Entre estas características compartidas resaltan: el género masculino, los estudios en las mejores universidades del mundo (idealmente Cambridge o Harvard), el haberse desempeñado en una de las profesiones de las que son “seleccionados” los jueces internacionales en su mayoría (altos funcionarios públicos, jueces nacionales de alto rango, abogados, docentes). La existencia de este perfil sociológico común de los jueces internacionales tiene importantes implicaciones sociológicas, políticas y jurídicas.

Desde el punto de vista jurídico, la existencia de un perfil sociológico común facilita la comunicación entre los jueces internacionales, basada en particular en el “diálogo judicial y/o jurisprudencial”. En efecto, si los jueces estudiaron en las mismas universidades y ejercieron las mismas profesiones (funcionario público, juez nacional, abogado o docente), entonces sería más fácil que se entiendan o que logren un punto de vista común sobre los problemas que surgen de la aplicación y de la interpretación del derecho internacional. El hecho de que la mayoría de los jueces internacionales estudiaron en un número limitado de universidades significa que en los tribunales internacionales con más miembros es común encontrarse con dos o más jueces que estudiaron en la misma universidad.¹⁴⁰⁵ Además, esto significa que la mayoría de los jueces internacionales tuvieron la misma enseñanza del derecho (internacional), con los mismos profesores y a través de

¹⁴⁰⁵ Romano, Cesare, Terris, Daniel y Swigart, Leigh, *op. cit.*, nota 1381, p. 20.

la lectura de los mismos libros de texto (y/o mismas corrientes doctrinales). Finalmente, esta pertenencia académica de los jueces internacionales a un grupo reducido de universidades de prestigio implica que muchos de ellos se conocen entre sí.¹⁴⁰⁶

En mi opinión, este perfil sociológico común, basado, en particular, en una educación jurídica común, forja el pensar y el actuar de los jueces internacionales en relación con el derecho internacional. La existencia de un perfil sociológico común, por un lado, explica la existencia de principios comunes a los jueces internacionales, y, por el otro, podría favorecer su desarrollo y multiplicación.

En primer lugar, la existencia de principios comunes a los tribunales internacionales es una consecuencia directa de las características sociológicas comunes del “club” de jueces internacionales. Así, por ejemplo, es de pensarse que la trayectoria educativa en una lista reducida de universidades de prestigio tiende a la formación de un entendimiento común de las fuentes del derecho internacional por parte de los jueces internacionales. Se puede suponer que en Cambridge, Harvard, en el Trinity College o en la Université de Paris, los principios generales del derecho se enseñan de manera muy similar o común. La globalización permite y nutre estas similitudes. A este hecho se suma la “dominación epistemológica” que ejercen algunas doctrinas particulares sobre la teoría de las fuentes del derecho internacional.

Consecuentemente, todos los jueces internacionales tendrían un entendimiento similar sobre el significado, alcance o contenido normativo de los “principales” principios generales del derecho. Así, por ejemplo, un juez de la CIJ que estudió en Cambridge entendería, al menos desde el punto de vista teórico, los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* o *pacta sunt servanda* de manera muy similar a la de un juez de la CEDH, el TPIY o el TIDM que estudió en la misma universidad. De la misma manera, un juez nacional de alto rango de la CEDH se entendería con otro juez nacional del TPIR sobre la importancia de los principios *res iudicata* o *iura novit curia* para todo acto de impartición de justicia. La familiaridad de los miembros de los tribunales internacionales con un determinado entendimiento teórico del derecho internacional y con los retos relacionados con el ejercicio de una determinada profesión (jurídica) les dan puntos de contacto y facilitan su interacción conjunta, en particular sobre la base de principios (normativos) comunes.

Finalmente, cabe enfatizar que la existencia y el desarrollo de los principios comunes son promovidos, de manera muy obvia, por el “patrón” socio-

¹⁴⁰⁶ *Idem*.

lógico común relativo al “pasaje” de los jueces de un tribunal internacional a otro. En efecto, si es el mismo juez (por ejemplo, Cançado Trindade)¹⁴⁰⁷ quien decide un caso en la CIDH y posteriormente en la CIJ (y/o en otros tribunales internacionales), la aplicación y la interpretación de principios generales del derecho por parte de estas dos jurisdicciones podría ser muy congruente y tendencialmente común. Si son las mismas personas que deciden los casos internacionales, indudablemente se promovería una armonización directa (y personal) de la interpretación y la aplicación de principios generales del derecho por parte de los tribunales internacionales.

La existencia de principios comunes a jueces internacionales que representan un perfil sociológico común sugiere también la existencia de un conocimiento (*episteme*) común sobre dichos principios.

2. *Los factores epistémicos detrás de la existencia de principios comunes a los jueces internacionales*

En el presente trabajo demostré la aplicación y la interpretación convergente de seis principios generales del derecho: parte importante del “derecho internacional general”. Estas convergencias son promovidas, entre otros, por la comunicación sobre principios comunes que mantienen los tribunales internacionales. Los jueces internacionales leen y citan las sentencias de otros jueces internacionales sobre dichos principios generales del derecho. Las referencias e “influencias cruzadas” entre los tribunales internacionales manifiestan un entendimiento común de los principios comunes. Como lo señalé anteriormente, el “diálogo jurisprudencial” sobre dichos principios muestra un acuerdo generalizado por parte de los tribunales internacionales sobre el significado, el tenor y el contenido normativo de estos seis principios generales del derecho. Dicho en otros términos, los tribunales internacionales pueden comunicarse exitosamente sobre los principios comunes porque para todos dichos principios tienen el mismo significado.

¹⁴⁰⁷ Cabe señalar la importancia personal de este juez para el desarrollo futuro de los principios generales del derecho, como “principios comunes” a los tribunales internacionales, entre otros. En efecto, Cançado Trindade utiliza todas las ocasiones para promover la utilización de estos principios por parte de los jueces internacionales como una manera de materializar (y/o humanizar) el derecho internacional y orientarlo axiológicamente hacia la búsqueda de la justicia. Así, por ejemplo, este juez se sirvió de su opinión disidente en el caso *Fábricas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay* para exponer una cátedra completa sobre los principios generales del derecho y la imperante necesidad de multiplicar sus usos en la jurisprudencia de la CIJ. (Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15885.pdf>).

¿A qué se debe este común entendimiento de los principios generales del derecho, por parte de los jueces internacionales?

En mi opinión, este común entendimiento se basa en un conocimiento (*episteme*) compartido acerca de los principios generales del derecho que analicé en el capítulo tercero. Como lo expuse anteriormente, gran parte de este conocimiento compartido se debe a la existencia de un perfil sociológico común a los jueces internacionales. Además, este conocimiento común puede asociarse con el surgimiento de una “comunidad epistémica” de jueces internacionales: un grupo de personas distintas que comparten ideas comunes, valores comunes y/u objetivos comunes,¹⁴⁰⁸ representados por principios comunes.

Los intentos teóricos por concebir una “comunidad de jueces” en el ámbito internacional y/o global no son nuevos. La idea de una “comunidad global de cortes” fue desarrollada por primera vez en la doctrina estadounidense del derecho internacional al final de los años noventa. Dicho fenómeno fue analizado, en particular, por los estudiosos del “diálogo judicial” internacional y transnacional y por los autores que se interesaron en el transjudicialismo (*transjudicialism*), de manera general. Así por ejemplo, según Anne-Marie Slaughter, los miembros de los tribunales, tanto internos como internacionales, tienden a percibirse a sí mismos no como representantes de políticas distintas, sino como “colegas”, comprometidos en una “empresa judicial común” que trasciende las fronteras nacionales. Los miembros de esta “comunidad global” son unidos porque se enfrentan a los mismos problemas sustanciales e institucionales e interactúan sobre múltiples bases para lograr su resolución global.¹⁴⁰⁹ Esta autora se basa en las premisas del “diálogo judicial transnacional” para sostener la creación de vínculos (visibles e invisibles) que unen a los tribunales, internos e internacionales, en un “orden jurídico global”. La necesidad de buscar soluciones a problemas globales conduce a los jueces a “unir esfuerzos” y a organizarse en una “comunidad global de cortes” que comparte una “visión judicial común” sobre los nuevos retos del ejercicio de la función judicial.

Según yo, esta “visión judicial común” se relaciona estrechamente con el carácter epistémico de la “comunidad global de cortes”.

¹⁴⁰⁸ Haas, Peter, “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination”, *International Law and Organizations*, vol. 46, 1992, pp. 2 y 3, citado en Romano, Cesare *et al.*, “Toward a Community...”, *op. cit.*, nota 1385, p. 433.

¹⁴⁰⁹ Slaughter, Anne-Marie, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 193.

Para Peter Haas, una “comunidad epistémica” se constituye por “una red de profesionales con reconocida experiencia (*expertise*) y competencia en un ámbito determinado...”. En la opinión de este autor,

aunque una comunidad epistémica puede ser constituida por profesionales de distintas disciplinas y con diversos antecedentes, estos profesionales tienen: 1) un conjunto compartido de creencias sobre normas y principios que proporcionan razones axiológicas para la acción social de los miembros de la comunidad; 2) creencias causales compartidas que se derivan de su análisis de las prácticas que llevan o contribuyen a un conjunto de problemas centrales en su ámbito y que después sirven como una base para la elucidación de los múltiples vínculos entre las posibles acciones... y sus consecuencias deseables; 3) nociones compartidas de validez que constituyen criterios intersubjetivos e internamente definidos para medir y validar el conocimiento en el ámbito de sus competencias; y 4) una empresa política común-un conjunto de prácticas asociadas con un conjunto de problemas comunes que dirigen a la práctica profesional.¹⁴¹⁰

Otras características de esta comunidad son, entre otras: entendimientos intersubjetivos compartidos, una manera de “conocer” compartida, pautas de razonamiento compartidas, un proyecto político compartido y basado en valores comunes, el uso de prácticas discursivas compartidas.¹⁴¹¹ En este sentido, una “comunidad epistémica” se asemeja a la noción de Fleck de “colectividad de pensamiento”, un grupo sociológico con una manera común de pensar, cercano a la definición amplia de “paradigma”, ofrecida por Kuhn: una constelación de creencias, valores, técnicas, etcétera, compartidas por los miembros de una comunidad determinada.¹⁴¹²

Es de considerarse que los jueces internacionales pueden formar parte de una “comunidad epistémica”.¹⁴¹³ Puedo decir que la “comunidad epistémica de jueces internacionales” se caracteriza, en primer lugar, por creencias compartidas en los objetivos de la impartición de la justicia (internacional) y en los valores representados por el derecho internacional.¹⁴¹⁴ En segundo lugar, dicha comunidad traduce un modo común de entender y buscar la resolución de los principales problemas jurídicos que suscitan los litigios internacionales. En tercer lugar, los jueces internacionales, miem-

¹⁴¹⁰ Haas, Peter, *op. cit.*, nota 1408, p. 3.

¹⁴¹¹ *Idem*, nota al pie de página núm. 5.

¹⁴¹² *Idem*, nota al pie de página núm. 4.

¹⁴¹³ Romano, Cesare *et al.*, “Toward a Community...”, *op. cit.*, nota 1385, p. 433; Abi-Saab, Georges, “The Normalization...”, *op. cit.*, nota 5, p. 9.

¹⁴¹⁴ Romano, Cesare *et al.*, “Toward a Community...”, *op. cit.*, nota 1385, p. 433.

bros de esta “comunidad epistémica” tienen un “modo de pensar” común sobre la resolución de las controversias internacionales, una misma forma de argumentar sus sentencias y un lenguaje jurídico común para decir el derecho (*iurisdictio*) internacional. La “comunidad epistémica de jueces internacionales” es, desde esta perspectiva, una comunidad intelectual en la que los jueces trabajan y piensan el derecho internacional de manera similar.

Esta “comunidad epistémica de jueces internacionales” es particularmente visible en relación con la interpretación y la aplicación de los principios comunes. Dicha aplicación traduce la existencia de una visión intelectual común sobre estos seis principios generales del derecho.

En este sentido, puedo concluir que los casos analizados en el capítulo anterior demuestran la utilización de un discurso común sobre los principios comunes. Dicho discurso se basa en las mismas formas gramaticales y estructuras intelectuales. Las líneas de argumentación sobre los principios generales del derecho son también las mismas. Todos los jueces internacionales hablan el mismo idioma: el de los principios generales del derecho, y se entienden porque dichos principios representan argumentos jurídicos incontestables o axiomas (casi-matemáticos) del derecho. La “comunidad epistémica de jueces internacionales” produce y reproduce los mismos argumentos sobre dichos principios en un mismo estilo de argumentación. Esta reproducción se basa en intercambios intelectuales informales, propiciados por el “diálogo jurisprudencial”. Los jueces están informados de la manera en la que los demás piensan los principios comunes, y esta manera influye en su propia aplicación de los mismos. El conocimiento (*episteme*) compartido acerca de estos seis principios generales del derecho opera como una fuerza difusa que integra a los jueces internacionales en una “comunidad epistémica”, que, por su parte, refuerza los vínculos de complementariedad en la “red judicial internacional”.

Si se lee una sentencia internacional sobre uno de estos principios generales del derecho, se puede notar la utilización de términos muy idénticos o de una estética argumentativa similar. Así, por ejemplo, la enunciación del principio *compétence de la compétence* por parte de los jueces internacionales es completamente convergente. Según el TIDM, “aun cuando exista desacuerdo entre las partes, el Tribunal debe, por su propia iniciativa, determinar su competencia para pronunciarse sobre un caso que le es sometido”.¹⁴¹⁵ En términos de la CIJ, “sin importar los argumentos que las partes presenten al respecto o el momento en el que los invoquen, la Corte siempre tiene que cerciorarse que posee competencia para pronunciarse sobre el

¹⁴¹⁵ TIDM, *M/V Saiga*, *cit.*, nota 696.

caso y, si es necesario, tiene que determinar dicha cuestión *proprio motu*".¹⁴¹⁶ Según el ORD de la OMC, "un tribunal internacional puede considerar de oficio la cuestión de su propia competencia, y cerciorarse de que tiene competencia en cualquier asunto que se le haya sometido".¹⁴¹⁷ Respecto al principio de *res iudicata*, la CIJ afirmó que "una sentencia pronunciada por este órgano judicial es cosa juzgada y tiene fuerza obligatoria entre las partes al diferendo".¹⁴¹⁸ En la opinión del ORD de la OMC "el principio de *res iudicata* sería violado si se permitiera a las partes reinvocar los argumentos ya resueltos".¹⁴¹⁹ Según la CEDH, "cuando una corte resuelve definitivamente una cuestión, su sentencia no debe ser de nuevo cuestionada".¹⁴²⁰ Estos ejemplos de reproducción casi textual de una enunciación común de un principio general del derecho abundan en el presente trabajo.

Todas las sentencias que analicé traducen un mismo "arte argumentativo" respecto a los principios generales del derecho. El juez internacional que los aplica puede ser diferente, pero el discurso jurídico en el que se enuncian es el mismo. La "comunidad epistémica de jueces internacionales" posee un mismo estado de mente (*mindset*) sobre dichos principios y una "creencia" común en los valores que dichos principios representan. Todos los jueces internacionales suscriben los valores representados por los principios generales del derecho y los consideran esenciales para el ejercicio de su función judicial.

Como lo afirma Anthony Aust: "Ningún juez sabio (nacional o internacional) quiere reinventar la rueda".¹⁴²¹ Por lo tanto, parece muy natural que los jueces internacionales tengan un común entendimiento de los principios *compétence de la compétence*, *nemo iudex in causa sua*, *iura novit curia*, *res iudicata*, *estoppel* y *pacta sunt servanda*, y estén dispuestos a aplicarlos de manera convergente (o común). Los principios comunes construyen un consenso entre los jueces internacionales sobre principios jurídicos, universalmente válidos y la manera en la que éstos deben ser aplicados.

La existencia de una "comunidad epistémica de jueces internacionales" también sugiere algunos riesgos. El primer riesgo traduce la constante pro-

¹⁴¹⁶ CIJ, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, *cit.*, nota 698, párr. 13.

¹⁴¹⁷ OMC, *US Antidumping Act of 1916*, *cit.*, nota 708, párr. 50.

¹⁴¹⁸ CIJ, *Opinión consultiva relativa a las sentencias de indemnización pronunciadas por el Tribunal administrativo de la ONU*, *cit.*, nota 983, p. 8.

¹⁴¹⁹ OMC, *US-Measures Affecting the Cross Border supply of gambling and betting services*, nota 1001.

¹⁴²⁰ CEDH, *Brumarescu c. Rumania*, *cit.*, nota 1010.

¹⁴²¹ Aust, P., "Peaceful Settlement of Disputes: A Proliferation Problem?", en Ndiaye, T. M. y Wölfrum, R. (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, 200, pp. 131, 137, citado en Simma, Bruno, "The Universality...", *op. cit.*, nota 11, p. 279.

cupación de que los “principios comunes” no son realmente comunes, sino que expresen los valores dominantes del Occidente. Además, esta “comunidad de jueces internacionales” podría olvidarse de algunos temas o principios (en particular los relativos a los derechos sociales o culturales) para promover otros, más útiles al liberalismo económico (por ejemplo, un entendimiento “estandarizado” de los derechos humanos o de la liberalización comercial). En tercer lugar, la dominación epistemológica de las doctrinas estadounidenses respecto a la globalización (del derecho o de los jueces) es sospechada de representar los objetivos de una agenda política particular: la de las elites estadounidenses transnacionales que pretenden imponer sus intereses “universales” a los países en desarrollo.¹⁴²² Finalmente, la existencia de un *episteme* común sobre los principios generales del derecho (y/o otros principios fundamentales del derecho internacional) podría obstaculizar el desarrollo dinámico del derecho internacional y la creatividad en el ejercicio de la función judicial por parte de los jueces internacionales.

Sin entrar en más detalles sobre las críticas que podrían hacerse al concepto de “comunidad epistémica de jueces internacionales”, quiero subrayar que, en mi opinión, dicha comunidad permite responder a algunos de los retos suscitados por la “judicialización” del orden jurídico internacional. Este proceso indudablemente genera una multiplicación de los tribunales internacionales, pero no crea instituciones judiciales completamente autónomas y aisladas unas de las otras. Los jueces (personas) que las componen comparten un entendimiento y un conocimiento (*episteme*) común sobre el derecho internacional y sobre sus principios más fundamentales y cardinales. Este conocimiento común les permite comprometerse en la misma dialéctica respecto a su aplicación e interpretación. Los factores profesionales y epistémicos vinculan informalmente a los jueces internacionales y contribuyen al desarrollo de principios normativos que conforman su horizonte jurídico común.

¹⁴²² Para una interesante crítica de las doctrinas estadounidenses de “*Judicial Globalization*” véase Navarrete, Victor, “Judicial Globalization: A New Model of North-South Relations for the 21st Century?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 361-397.