

# Los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales

Avances y nuevos retos

**Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA**  
Coordinadora



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

LOS MEDIOS JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓN  
DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES. AVANCES  
Y NUEVOS RETOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 967

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Miguel López Ruiz  
Jaime García Díaz  
*Cuidado de la edición*

Jaime García Díaz  
*Formación en computadora*

Oscar Martínez González  
*Apoyo editorial*

Edith Aguilar Gálvez  
*Elaboración de portada*

LOS MEDIOS  
JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓN  
DE LAS CONTROVERSIAS  
INTERNACIONALES

*Avances y nuevos retos*

VIRDZHINIYA PETROVA GEORGIEVA  
*Coordinadora*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2022

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 27 de junio de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-6137-7

## CONTENIDO

Siglas y acrónimos . . . . .	XIII
Introducción . . . . .	XV
Virzhiniya PETROVA GEORGIEVA	

### PRIMERA PARTE AVANCES Y RETOS DEL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

#### CAPÍTULO PRIMERO

EL MEDIO ARBITRAL EN LAS RELACIONES PRIVADAS COMERCIALES INTERNACIONALES Y SU APLICACIÓN EN MÉXICO . . . . .	3
Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS	
I. Marco introductorio: la importancia del medio arbitral en las rela- ciones privadas internacionales . . . . .	3
II. Naturaleza, conceptualización, fundamentos, tipología y ventajas del medio arbitral en el tráfico jurídico comercial internacional. .	7
III. Derecho convencional internacional y principales instituciones na- cionales e internacionales del arbitraje comercial internacional . .	18
IV. Criterios generales acerca del acuerdo, la cláusula y el tribunal ar- bitrales . . . . .	29
V. Problemática y desarrollo del procedimiento del medio arbitral in- ternacional . . . . .	38
VI. Ejecución del laudo o sentencia arbitral en las relaciones privadas nacionales e internacionales . . . . .	45
VII. Reflexiones finales . . . . .	54

## CAPÍTULO SEGUNDO

ASPECTOS PROCEDIMENTALES EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL . . . . .	59
---	----

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

I. Los principios generales del proceso arbitral internacional . . . . .	59
II. La participación de expertos en los procesos arbitrales internacionales	74
III. El <i>amicus curiae</i> ante los órganos arbitrales internacionales . . . . .	78
IV. La prueba en el proceso arbitral internacional . . . . .	79
V. Las medidas cautelares en el proceso arbitral internacional . . . . .	82
VI. La (no) aplicación de la regla del precedente ante los tribunales arbitrales internacionales . . . . .	86

## CAPÍTULO TERCERO

PERSPECTIVAS Y PROSPECTIVAS DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO EN LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO . . . . .	93
---	----

Adelina QUINTERO SÁNCHEZ

I. Introducción . . . . .	93
II. Los tratados bilaterales de inversión como precursores del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado . . . . .	94
III. Del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte al XIV del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá. Detonador para el arbitraje internacional de inversiones . . . . .	101
IV. Casos y resultados de aplicación del arbitraje internacional . . . . .	106
V. Conclusiones . . . . .	114

## CAPÍTULO CUARTO

LA CRISIS DEL ARBITRAJE EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO . . . . .	117
---	-----

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

I. Introducción . . . . .	117
II. Las causas de la crisis del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio . . . . .	119

III. Las opciones de reforma del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio . . . . .	125
IV. Consecuencias de la crisis del Órgano de Solución de Diferencias para el futuro de la Organización Mundial del Comercio. . . . .	130
V. Conclusiones . . . . .	134

SEGUNDA PARTE  
 AVANCES Y RETOS DEL ARREGLO JUDICIAL  
 DE LAS CONTROVERSIAS EN EL DERECHO  
 INTERNACIONAL

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL ARREGLO JUDICIAL DE LOS LITIGIOS INTERNACIONALES . . . . .	137
---	-----

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

I. Los principios generales del proceso judicial internacional . . . . .	137
II. La participación de expertos en los procesos judiciales internacionales . . . . .	147
III. El <i>amicus curiae</i> ante los órganos judiciales internacionales. . . . .	149
IV. La prueba en el proceso judicial internacional . . . . .	153
V. Las medidas cautelares en el proceso judicial internacional . . . . .	159
VI. La (no) aplicación de la regla del precedente ante los órganos judiciales internacionales . . . . .	167

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A CUARENTA AÑOS DE SU ESTABLECIMIENTO. . . . .	179
--	-----

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

I. El alba del sistema . . . . .	179
II. El tribunal supranacional. . . . .	182
III. Sede e itinerancia . . . . .	183
IV. La Corte reguladora. Normas y prácticas . . . . .	184
V. Interpretación vinculante. Hacia un derecho común ( <i>ius commune</i> ) . . . . .	186
VI. Del orden internacional al orden nacional . . . . .	187

VII. Diálogo judicial y control de convencionalidad . . . . .	188
VIII. Vocación institucional. La jurisprudencia “transformadora” . . .	191
IX. El “juez natural” del sistema. Permanencia y autonomía . . . . .	192
X. Integración del tribunal. Nueva interpretación. . . . .	193
XI. Los protagonistas . . . . .	194
XII. Derechos y libertades, temas de jurisprudencia . . . . .	195
XIII. Una cuestión permanente. Acceso a la justicia y debido proceso	198
XIV. El deber de garantía. Impunidad y violaciones graves. . . . .	199
XV. Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales	201
XVI. Vulnerables. Jurisprudencia para los más débiles. . . . .	202
XVII. Urgencia y gravedad. Medidas provisionales . . . . .	207
XVIII. Consecuencias jurídicas (reparación). Actuar sobre los factores de las violaciones . . . . .	207
XIX. Cumplimiento, impacto y trascendencia. . . . .	208

### CAPÍTULO TERCERO

<i>SOFT LAW</i> Y JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. <i>LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ</i> . . . . .	211
---	-----

Maribel OLVERA ACEVEDO

I. Trascendencia de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional actual. Caso <i>Lagos del Campo vs. Perú</i> . . . . .	211
II. En torno a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales . . . . .	216
III. El <i>soft law</i> y la evolución de la jurisprudencia sobre los derechos económicos, sociales y culturales . . . . .	220
IV. Crítica sobre el uso de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	223
V. El principio <i>pro homine</i> y el <i>soft law</i> en el caso <i>Lagos del Campo vs. Perú</i> . . . . .	225
VI. Conclusiones . . . . .	227

## CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS HISTÓRICO Y ELEMENTOS DEL CRIMEN DE LA COMPE- TENCIA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES . . . . .	229
--	-----

Javier DONDÉ MATUTE

I. Introducción . . . . .	229
II. Tribunal de Núremberg . . . . .	230
III. Juicios posteriores a Núremberg ( <i>subsequent Nuremberg trials</i> ) . . . . .	234
IV. Principios de Núremberg . . . . .	239
V. Tribunales <i>ad hoc</i> . . . . .	240
VI. Los proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (1951, 1954, 1991 y 1996) . . . . .	250
VII. Conclusiones . . . . .	255

## CAPÍTULO QUINTO

EL VALOR DE LOS TRIBUNALES <i>AD HOC</i> DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RUANDA Y SU APORTACIÓN JURISPRUDENCIAL AL TRABAJO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL . . . . .	257
---	-----

Mónica ROCHA HERRERA

I. Introducción . . . . .	257
II. Creación de los tribunales <i>ad hoc</i> para la ex Yugoslavia y Ruanda . . . . .	258
III. Los principios de legalidad y el debate sobre la legalidad de los tri- bunales <i>ad hoc</i> . . . . .	260
IV. Jurisdicción y legitimidad de los tribunales <i>ad hoc</i> . . . . .	268
V. El fin del mandato y la creación del mecanismo de los tribunales penales internacionales . . . . .	269
VI. <i>Ratione materiae</i> y el valor de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Interna- cional para Ruanda . . . . .	270
VII. Conclusiones . . . . .	282

## CAPÍTULO SEXTO

EL NEOCOLONIALISMO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. . . 287

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

- I. Introducción. . . . . 287
- II. Los fundamentos del supuesto neocolonialismo de la Corte Penal Internacional . . . . . 291
- III. Las respuestas a las críticas del carácter supuestamente neocolonial de la Corte Penal Internacional . . . . . 299
- IV. Conclusiones . . . . . 307

## CAPÍTULO SÉPTIMO

NUEVOS RETOS DEL ARREGLO JUDICIAL DE LAS CONTROVERSIAS EN LA UNIÓN EUROPEA (A PROPÓSITO DE LA DECISIÓN DEL PROGRAMA DE COMPRAS DEL SECTOR PÚBLICO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN). . . . . 309

Francisco TORTOLERO CERVANTES

- I. Introducción. . . . . 309
  - II. Los aspectos controvertidos del Programa de Compras del Sector Público: los reparos del Tribunal Constitucional Federal alemán . 313
  - III. Antecedentes de la sentencia del Programa de Compras del Sector Público: ¿resistencias tendenciales a la Unión Europea? . . . . . 319
  - IV. ¿Jueces confrontados debidamente? . . . . . 323
  - V. Al rescate de la confianza mutua amenazada . . . . . 327
  - VI. Conclusiones. La necesidad de hacer perdurable el diálogo judicial 332
- Bibliografía . . . . . 335

## SIGLAS Y ACRÓNIMOS

AAA	Asociación Americana de Arbitraje
ASEAN	Asociación de Estados del Sudeste Asiático
BCE	Banco Central Europeo
CADH	Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos
CAN	Comunidad Andina de Naciones
Canaco	Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio
CAM	Centro de Arbitraje de México
CAMCA	Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas
CCJ	Corte Centroamericana de Justicia
CECC	Cámaras Especiales en las Cortes de Camboya
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CEMAC	Comunidad Económica y Monetaria de África Central
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CIADI	Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUDMI o UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COMESA	Mercado Común de África Oriental y Austral
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPI	Corte Penal Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
DESC o DESCA	Derechos económicos, sociales y culturales
ICC o CCI	Cámara de Comercio Internacional
GMC	Grupo del Mercado Común
LCIA	Corte Internacional de Arbitraje de Londres
Mercosur	Mercado Común del Sur
OSD	Órgano de Solución de Diferencias

XIV

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SDN	Sociedad de Naciones
TCF	Tribunal Constitucional Federal
TG	Tribunal General
TIDM	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
TJCA	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TLCUEM	Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea
T-MEC	Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
UE	Unión Europea

## INTRODUCCIÓN

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

Los medios pacíficos de solución de controversias constituyen una garantía imprescindible para la seguridad, la justicia y el bienestar común en el ámbito de las relaciones internacionales. Dichos mecanismos disminuyen las crisis que provocan los conflictos bélicos en el plano internacional y, al mismo tiempo, permiten reparar algunos de sus efectos más devastadores.

Los mecanismos pacíficos de arreglo de los litigios internacionales también promueven la eficacia del derecho internacional y el respeto del Estado de derecho en el ámbito internacional. A través de dichos medios se consolida el alcance y el significado de las normas y principios internacionales y se controla la correcta ejecución de los derechos y/u obligaciones que éstos generan para sus destinatarios.<sup>1</sup> Consecuentemente, se aumenta la “juridicidad” y el carácter “justiciable” de los litigios internacionales<sup>2</sup> y se reconoce y/o impone al derecho internacional como única base legítima para la conducta de las relaciones internacionales.<sup>3</sup>

Los mecanismos pacíficos de solución de diferendos internacionales tienen un fin axiológico común: poner fin a los conflictos e impartir justicia. Desde esta perspectiva, su función tiende a restablecer la paz y la legalidad en el orden jurídico internacional, al lograr una resolución “justa” de las controversias internacionales. Dicha solución busca garantizar la equidad y conciliar las pretensiones subjetivistas y potencialmente arbitrarias de cada una de las partes en los litigios internacionales,<sup>4</sup> con el fin de salvaguardar el interés general de la comunidad internacional, en su conjunto.

---

<sup>1</sup> Dupuy, Pierre-Marie, “The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice”, *International Law and Politics*, 1999, vol. 31, p. 796.

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, Gredos, 1985.

Los mecanismos pacíficos de arreglo de los litigios internacionales han evolucionado a lo largo de los siglos para adaptarse con los cambios y transformaciones de la sociedad internacional.<sup>5</sup>

Su historia moderna comenzó a partir del siglo XVIII. Previo a esta fecha regía el sistema resultante de la paz de Westfalia, que ponía fin a las guerras de religión en Europa.<sup>6</sup>

El desarrollo incipiente de los medios de solución pacífica de las controversias internacionales en dicho periodo se explica por la legalidad del recurso a la guerra, como instrumento de política exterior de los Estados. En el sistema de Westfalia, la posibilidad de iniciar un conflicto bélico era considerada como un atributo de la soberanía y una prerrogativa que los países podían ejercer para conservar su “existencia misma”.<sup>7</sup> Los pocos arreglos pacíficos de los diferendos internacionales en dicha época resultaban de un arbitraje *inter pares*: dos soberanos sometían su controversia a un tercero; no obstante, el funcionamiento de este mecanismo era muy distinto al del arbitraje moderno.<sup>8</sup>

Con la adopción del “Tratado Jay” (*Jay Treaty*) entre Estados Unidos y Gran Bretaña en 1794 inició otra etapa en el desarrollo de los medios pacíficos de solución de los conflictos internacionales.<sup>9</sup> Dicho tratado establecía tres comisiones arbitrales mixtas, compuestas por representantes de cada uno de los dos países. La función principal de estas comisiones consistía en resolver las controversias que surgieron como resultado de la Guerra de In-

---

<sup>5</sup> Para más detalles sobre la historia de los mecanismos judiciales de solución de las controversias internacionales, véase Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 25-35.

<sup>6</sup> Los soberanos eran muy renuentes a someter sus disputas a un tercero imparcial que les impusiera el respeto de una decisión fundada en reglas (jurídicas), por encima de su voluntad soberana.

<sup>7</sup> Durante los siglos XVIII y XIX, correspondientes al desarrollo del derecho internacional clásico, la guerra fue considerada como un mecanismo lícito y legítimo de resolución de las controversias interestatales. Las únicas obligaciones que incumbían a los Estados en la materia consistían en realizar una “declaración de guerra” antes de que iniciaran las hostilidades, y respetar las leyes y costumbres que formaban parte del *ius in bello* (ancestro del actual derecho internacional humanitario) mientras duraban las acciones bélicas.

<sup>8</sup> La decisión que adoptaba el árbitro no era motivada ni razonada y no se basaba en la aplicación e interpretación de reglas jurídicas vinculantes (Abi-Saab, Georges, “The Normalization of International Adjudication”, *International Law and Politics*, vol. 43, pp. 2 y 3).

<sup>9</sup> El Tratado de Amistad, Comercio y Navegación fue celebrado el 19 de noviembre de 1794 entre los gobiernos de los Estados Unidos y Gran Bretaña. Dicho Tratado fue nombrado “Jay Treaty” por el nombre del juez y exministro de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, John Jay.

dependencia de Estados Unidos. Los órganos creados por el “Tratado Jay” revivieron el interés por la utilización del arbitraje en el ámbito internacional. Durante todo el siglo XIX, Estados Unidos, Gran Bretaña y muchos otros países europeos recurrieron con frecuencia a este método de solución de las controversias internacionales.

El arbitraje en el caso *Alabama* de 1872 marcó otro paso decisivo en el desarrollo de los mecanismos de arreglo pacífico de los diferendos en el derecho internacional. En el tratado de Washington, celebrado en 1872 por Estados Unidos y Gran Bretaña, los dos países acordaron someter sus principales litigios<sup>10</sup> a un tribunal arbitral, integrado por personas neutrales e independientes de los intereses de las partes. Las disposiciones de dicho tratado fijaban de manera muy precisa las reglas de funcionamiento del tribunal, y la sentencia que dictó fue estrictamente observada por parte de los dos Estados. La eficacia del arbitraje para resolver la importante controversia en el caso *Alabama* demostró las ventajas de este mecanismo para la solución de las controversias internacionales y propició su importante desarrollo durante todo el siglo XIX.

La Conferencia de Paz de La Haya, convocada por el zar ruso Nikolái II, marcó el inicio de una tercera fase en la historia moderna de los métodos de arreglo pacífico de controversias en el derecho internacional.<sup>11</sup> Al final de esta conferencia<sup>12</sup> se adoptó una Convención para la Solución Pacífica de las Controversias Internacionales. Dicho tratado contenía disposiciones innovadoras, relativas al arbitraje y a los demás mecanismos de arreglo de los conflictos internacionales. La Convención creó una Corte Permanente de Arbitraje (CPA), que empezó a funcionar a partir de 1902. Dicho órgano reunía un panel de juristas designados por cada país miembro de la Convención que podría ser utilizado para la constitución de tribunales arbitrales en controversias futuras. Por lo tanto, a diferencia de lo que su nombre indica, la CPA no era un verdadero órgano jurisdiccional. No obstante, su es-

---

<sup>10</sup> Dichas diferencias se referían a la falta de neutralidad de la Gran Bretaña durante la guerra civil estadounidense, en particular, porque la mayoría de los barcos de guerra que intervenían en el conflicto eran construidos y armados en puertos británicos. Este era el caso del famoso barco “Alabama”. En la actualidad, una importante sala en el Palacio de la Haya donde se encuentra la sede de la Corte Permanente de Arbitraje lleva precisamente este nombre.

<sup>11</sup> Carreau, Dominique, *Droit international public*, Pedone, 2015, p. 321.

<sup>12</sup> El objetivo principal de esta conferencia era discutir el establecimiento de la paz y el desarmamiento en el plano internacional. Es interesante notar que en la Conferencia de La Haya por primera vez participaron algunos pequeños Estados de Europa y Asia y México. Todas las conferencias internacionales anteriores contaban con la representación únicamente de las “grandes potencias” de la época.

tablecimiento constituyó una importante etapa en la institucionalización de los medios de solución pacífica de las controversias internacionales y abrió el camino para la consolidación de las reglas jurídicas que los gobiernan.

En la segunda Conferencia de Paz de La Haya de 1907 se adoptaron algunas modificaciones a la Convención de 1899 y se presentaron varias propuestas tendientes a mejorar el funcionamiento de la CPA. Las sentencias adoptadas por los tribunales arbitrales *ad hoc*, constituidos con recurso a la CPA, sin duda contribuyeron al desarrollo del derecho internacional durante la primera mitad del siglo XX. No obstante, dichos órganos se establecían para la solución pacífica de determinadas controversias internacionales y se disolvían una vez que habían cumplido con dicha función, sin que pudieran desarrollar una jurisprudencia coherente.

Solamente después del término de la Primera Guerra Mundial, en 1922, se creó, en el seno de la Sociedad de Naciones (SDN) o Liga de las Naciones, el primer órgano judicial permanente, con competencia universal,<sup>13</sup> para la solución pacífica de las controversias internacionales: la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI).

El establecimiento de este tribunal internacional se relaciona estrechamente con la misión principal que se había asignado a la SDN —promover la paz en las relaciones entre Estados en un nuevo sistema de relaciones internacionales—. <sup>14</sup> Sin embargo, a pesar de haber abierto una importante brecha en la noción de soberanía, al exigir el abandono del derecho absoluto e ilimitado de utilizar la guerra<sup>15</sup> para resolver las controversias internacionales, el Pacto de la SDN representó únicamente una relativa “amputación” de la competencia *ius ad bellum* de los Estados. Las limitaciones de la SDN en cuanto al encuadre del recurso a la guerra se acompañaron por limitaciones procesales al quehacer judicial de la CPJI. De conformidad con

---

<sup>13</sup> En 1907, ya se había creado el primer órgano judicial internacional con competencia regional —la CCJ—, pero ésta desapareció poco tiempo después de su creación.

<sup>14</sup> La Primera Guerra Mundial amplió considerablemente el potencial destructor de las técnicas de guerra. El uso de nuevos tipos de armas, el importante número de víctimas y heridos de guerra evidenciaron las nuevas amplitudes de la devastación que podrían provocar los conflictos armados en el ámbito internacional. En respuesta a dichas atrocidades, al final de la guerra surgieron una serie de propuestas, tendientes a limitar y encuadrar el recurso a la guerra. Dichas propuestas culminaron con el establecimiento de la SDN, cuyo fin principal consistía en “promover la cooperación internacional y alcanzar la paz y seguridad internacionales, por la aceptación de ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra, por la prescripción de relaciones francas, justas y honorables entre las naciones...”.

<sup>15</sup> Dupuis, Charles, *Le droit des gens et les rapports des grandes puissances avec les autres États avant le Pacte de la Société des Nations*, Plon, 1921, p. 7.

el artículo 36 de su Estatuto, la competencia de la Corte era, en todo caso, optativa.<sup>16</sup>

Durante sus diecisiete años de vida (de 1922 a 1939), la CPJI logró resolver veintisiete casos contenciosos y adoptar veintisiete opiniones consultativas.<sup>17</sup> El comienzo de la Segunda Guerra Mundial interrumpió la actividad de la Corte y suspendió por completo el arreglo pacífico de las controversias en el derecho internacional.

Al término de la guerra, fueron retomados los esfuerzos por asegurar la eficacia de la prohibición del recurso a la fuerza armada en el plano internacional. Las palabras “paz y seguridad internacionales” se repitieron en veintiocho ocasiones en la Carta de la ONU, adoptada durante la conferencia de San Francisco en 1945.

Para “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”,<sup>18</sup> los Estados fundadores de la organización, en particular, las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, se comprometieron “a unir... fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”<sup>19</sup> y “a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común”.<sup>20</sup>

En el mismo sentido, la Carta de la ONU, en sus prominentes artículos 1-1 y 2-3, “cristalizó” el principio de solución pacífica de las controversias internacionales, como principio general del derecho internacional. En virtud del artículo 1-1:

Los propósitos de las Naciones Unidas son: Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.

---

<sup>16</sup> Según dicha disposición, las declaraciones en torno a la competencia de la CPJI podían ser incondicionales o condicionadas en términos de reciprocidad o por un determinado periodo.

<sup>17</sup> Abi-Saab, Georges, *op. cit.*, p. 4.

<sup>18</sup> Apartado 1 del Preámbulo de la Carta.

<sup>19</sup> Apartado 6 del Preámbulo de la Carta.

<sup>20</sup> Apartado 7 del Preámbulo de la Carta.

De igual manera, de conformidad con el artículo 2-3 de la Carta: “Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”. En la práctica posterior de la organización, dicho principio fue reconocido, además, en un gran número de resoluciones de la Asamblea General de la ONU.<sup>21</sup>

El principio de solución pacífica de las controversias internacionales se convirtió en una de las bases estructurales del orden internacional liberal de la post-Segunda Guerra Mundial y propició el desarrollo y diversificación de los mecanismos de arreglo de los litigios internacionales a lo largo de todo el siglo XX.

Existe un consenso por considerar que el artículo 33 de la Carta de la ONU establece una lista de los principales medios contemporáneos de solución pacífica de las controversias internacionales. En virtud de dicha disposición:

Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Estos medios pueden agruparse en dos principales categorías: los medios diplomáticos y los medios jurisdiccionales.

Los medios diplomáticos incluyen a la negociación, la investigación, la mediación y la conciliación. Dichos medios buscan promover el diálogo y acercamiento entre las partes, con el fin de evitar el deterioro del conflicto que los opone y promover así su resolución pacífica.

La negociación es “un proceso de interacción a través del cual los actores de las relaciones internacionales intentan explícitamente llevar a cabo una nueva combinación de sus intereses comunes y contrapuestos”.<sup>22</sup> La negociación suele preceder la activación de todos los demás medios pacíficos para la solución de las controversias y se realiza a través del ejercicio de la diplomacia.

---

<sup>21</sup> Entre otras, en la Resolución 2627 (XXV) del 24 de octubre de 1970, en la Resolución 734 (XXV) del 16 de diciembre de 1970 y la Resolución 40/9 del 8 de noviembre de 1985. El contenido de dicho principio se retoma, además, en la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>22</sup> Engel, Antonio, *Técnicas de negociación y mediación para la ordenación de los recursos naturales*, FAO, 2006, p. 71.

El propio término “diplomacia”<sup>23</sup> o “medios diplomáticos” se utiliza como sinónimo de negociación.<sup>24</sup> La negociación diplomática es verbal y oficial (se realiza por órganos y personas que actúan en el nombre y por la cuenta de un sujeto del derecho internacional).<sup>25</sup>

Dicha negociación puede ser bilateral o multilateral, a través de debates públicos entre representantes de los Estados en una conferencia diplomática o en un órgano de una organización internacional. Los elementos que posibilitan la negociación diplomática dependen de la decisión de las partes de resolver un asunto de manera pacífica y de la ausencia de una divergencia completa sobre sus opiniones.

La negociación puede comenzar por iniciativa de una de las dos partes, de un tercero o de una organización internacional.<sup>26</sup> El proceso de negociación es de naturaleza altamente política, y por lo general no se somete a reglas jurídicas claras.<sup>27</sup> Dicho proceso se materializa en el nombramiento y “acreditación” de los negociadores, su instrucción y su eventual autori-

---

<sup>23</sup> La diplomacia es la “actividad ejercida por personas u órganos en nombre de los pueblos como medio para relacionarse entre sí, con el fin de negociar pacíficamente asuntos de interés común”. Se trata de uno de los medios más antiguos para la conducta de las relaciones exteriores y para la solución de las controversias en el plano internacional. En la actualidad, la diplomacia se ha adaptado a las transformaciones de la vida internacional y las negociaciones diplomáticas han adquirido un carácter imprescindible para preservar la paz y la seguridad internacionales. Vilaríño, Eduardo, *Curso de derecho diplomático*, Tecnos, 2015.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, la utilización del término “medios diplomáticos” en la carta de la OEA es equivalente al de negociación.

<sup>25</sup> Las negociaciones diplomáticas suelen realizarse por los órganos centrales del Estado para la conducta de sus relaciones exteriores (jefes de Estado, jefes de gobierno o ministros de relaciones exteriores, dependiendo del diseño constitucional propio de cada Estado). Esta forma de negociaciones diplomáticas interviene, generalmente, en asuntos políticos de particular trascendencia e interés para la política exterior de los Estados. La negociación también se lleva a cabo a través de misiones diplomáticas *ad hoc*, conformadas por representantes de los Estados, competentes para negociar determinados acuerdos internacionales, a través de delegaciones en las conferencias diplomáticas o en los órganos de las organizaciones internacionales. Finalmente, las misiones diplomáticas permanentes (embajadas o nunciaturas, por ejemplo) también participan en una negociación permanente de asuntos cotidianos de protección del interés del Estado acreditante o de sus nacionales ante el Estado receptor. Existen, por supuesto, las negociaciones no oficiales por personas que no sean representantes diplomáticos o por los propios agentes diplomáticos fuera del ejercicio de sus funciones. Vilaríño, Eduardo, *op. cit.*

<sup>26</sup> Vilaríño, Eduardo, *op. cit.*

<sup>27</sup> Muy significativa en este sentido es la ausencia de normas sobre el proceso de negociación de los tratados internacionales en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

zación para la firma de actos jurídicos vinculantes. Una de las principales ventajas de la negociación es su flexibilidad.<sup>28</sup>

El objetivo principal de la investigación consiste en esclarecer los hechos al origen de un conflicto internacional. Dicho medio busca reducir las tensiones existentes entre las partes y prevenir la deterioración de su relación o la escalada del conflicto.<sup>29</sup>

La investigación está prevista en numerosos tratados internacionales.<sup>30</sup> Para cumplir con su objetivo —aclarar los hechos al origen de una controversia internacional— la investigación puede consistir en entrevistar a las partes, escuchar testigos, realizar visitas a los lugares en los cuales ocurrieron los hechos o analizar evidencias documentales.<sup>31</sup>

Las partes en la controversia suelen solicitar, de común acuerdo, la constitución de una comisión internacional de investigación, con base en un tratado internacional que establece este mecanismo de arreglo de litigios. Al término de la investigación se adoptan informes, cuyo contenido puede ser vinculante o meramente orientador para las partes.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Como lo señala la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: “Los Estados, sin perjuicio del derecho de libre elección de los medios, deberían tener presente que las negociaciones directas son un medio flexible y eficaz de arreglo pacífico de sus controversias” (parte I-10). En general, no existe un plazo fijo para el inicio de dicho medio, y su duración depende de la discrecionalidad de las partes.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, en virtud del artículo 9 de las Convenciones de La Haya sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: “En los litigios de carácter internacional que no afecten el honor ni los intereses esenciales, y que provengan de una divergencia de apreciación sobre cuestiones de hecho, las Potencias contratantes consideran útil y deseable que las Partes que no hayan podido ponerse de acuerdo por la vía diplomática, establezcan, siempre que las circunstancias lo permitan, una Comisión internacional de investigación encargada de facilitar la solución de dichos litigios, dilucidando para ello, por medio de un examen imparcial y concienzudo, las cuestiones de hecho”. De conformidad con el artículo 10: “Las Comisiones internacionales de investigación se constituirán por medio de una Convención especial entre las Partes litigantes”.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, según el artículo 19 de las Convenciones de La Haya sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: “La investigación se efectuará contradictoriamente. En las fechas señaladas, cada Parte comunicará a la Comisión y a la otra Parte, las exposiciones de hechos, si hubiere lugar, y, en todo caso, las actas, documentos que juzgue útiles al esclarecimiento de la verdad, así como la lista de los testigos y peritos que desee sean examinados”. De igual modo, de conformidad con el artículo 20: “La Comisión tiene la facultad, previo el consentimiento de las Partes, de trasladarse temporalmente a los lugares que considere propicios a la investigación, o de enviar a ellos uno o más de sus miembros. Deberá obtenerse la autorización del Estado en cuyo territorio tenga verificativo esa diligencia”.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, en virtud del artículo 35 de las Convenciones de La Haya sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: “El informe de la Comisión se limitará a la comprobación de hechos y no tendrá, de ningún modo, el carácter de sentencia arbitral.

En la mediación, el mediador —una persona física, un Estado, un grupo de Estados o el órgano de una organización internacional— propone las bases para el arreglo de la controversia entre las partes y participa en las negociaciones; asimismo, debe actuar conforme con el derecho internacional y no intervenir en los asuntos internos de los Estados.<sup>33</sup> Dicho mecanismo está previsto en un gran número de tratados internacionales.<sup>34</sup> La mediación puede comenzar por iniciativa del mediador o de las partes en la controversia. El procedimiento suele ser informal y, sobre todo, confidencial, vista la complejidad y el carácter sensible de muchos conflictos internacionales.

Durante este procedimiento, el mediador se propone aclarar los hechos al origen de la controversia, buscar puntos de acuerdo entre las posturas divergentes de las partes y elaborar una propuesta para la solución pacífica del conflicto, que, posteriormente, será sometida a la aprobación de las partes.<sup>35</sup> No existen reglas estrictas respecto a la duración de la mediación, salvo lo expresamente previsto en los acuerdos internacionales que establecen el recurso a este mecanismo.<sup>36</sup> La solución de la controversia, propuesta por

---

Dicho informe deja a las Partes en entera libertad para la interpretación que quieran darle a esta comprobación”. Al contrario, en virtud del artículo 5 del anexo VIII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: “1. Las partes en una controversia respecto de la interpretación o la aplicación de las disposiciones de esta Convención relativas a: 1) pesquerías, 2) protección y preservación del medio marino, 3) investigación científica marina o 4) navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento, podrán convenir, en cualquier momento, en solicitar que un tribunal arbitral especial constituido de conformidad con el artículo 3 de este Anexo realice una investigación y determine los hechos que hayan originado la controversia. 2. Salvo que las partes acuerden otra cosa, los hechos establecidos por el tribunal arbitral especial en virtud del párrafo 1 se considerarán establecidos entre las partes”.

<sup>33</sup> Carreau, Dominique, *op. cit.*

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, según el artículo 2o. de las Convenciones de La Haya para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: “En caso de disenso grave o de conflicto, antes de apelar a las armas, las Potencias contratantes convienen en recurrir, en cuanto lo permitan las circunstancias, a los buenos oficios o a la mediación de una o varias Potencias amigas”. En virtud del artículo XI del Pacto de Bogotá: “El procedimiento de mediación consiste en someter la controversia a uno o más gobiernos americanos, o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano extraños a la controversia. En uno y otro caso el mediador o los mediadores serán escogidos de común acuerdo por las partes”.

<sup>35</sup> *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes, op. cit.*, p. 43.

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, el artículo XIII del Pacto de Bogotá establece un límite temporal estricto para el desarrollo de la mediación. En virtud de dicha disposición: “En el caso de que las Altas Partes Contratantes hayan acordado el procedimiento de mediación y no pudieren ponerse de acuerdo en el plazo de dos meses sobre la elección del mediador o mediadores; o si iniciada la mediación transcurrieren hasta cinco meses sin llegar a la solución de la controversia, recurrirán sin demora a cualquiera de los otros procedimientos de arreglo pacífico establecidos en este Tratado”.

el mediador, no es obligatoria para las partes y suele constar en un comunicado, una declaración, un protocolo u otro tipo de “*gentlemen’s agreement*”.<sup>37</sup>

La conciliación se basa en la celebración de un acuerdo entre las partes antes o después del surgimiento de la controversia que las opone. Dicho acuerdo establece la creación de comisiones de conciliación *ad hoc* o permanentes, cuyos miembros pueden ser nacionales de los Estados en conflicto o nacionales de terceros Estados. Su función consiste en aclarar y precisar los hechos al origen de la controversia, oír a las partes, aclarar cuestiones de derecho y proponer una resolución (no obligatoria) del litigio.<sup>38</sup>

El uso de la conciliación, como mecanismo para la solución de las controversias internacionales entre Estados, comenzó a generalizarse después de la Segunda Guerra Mundial, a través de su incorporación en las disposiciones de tratados bilaterales y multilaterales.<sup>39</sup> Las comisiones de conciliación son competentes para oír a las partes y examinar sus argumentos respectivos, valorar pruebas documentales o testimoniales, solicitar la intervención de expertos y visitar sitios para obtener pruebas adicionales.<sup>40</sup>

Al final del procedimiento, los miembros de la comisión de conciliación adoptan un reporte final que contiene sus recomendaciones y lo transmiten a las partes para su conocimiento. Éstas no son, en principio, vinculantes,<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes, op. cit.*, p. 44.

<sup>38</sup> Carreau, Dominique, *op. cit.*

<sup>39</sup> El recurso a dicho mecanismo se establece, entre otros, en el Pacto de Bogotá, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono, en el Convenio MARPOL y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, por ejemplo, en virtud del artículo 5 del anexo V de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: “La comisión podrá señalar a la atención de las partes cualesquiera medidas que puedan facilitar una solución amistosa de la controversia”. De igual modo, de conformidad con el artículo 6: “La comisión oír a las partes, examinará sus pretensiones y objeciones, y les formulará propuestas para que lleguen a una solución amistosa”.

<sup>40</sup> *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes, op. cit.*, p. 52.

<sup>41</sup> Así, por ejemplo, en virtud del artículo 7o. del anexo V de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: “1. La comisión presentará un informe dentro de los 12 meses siguientes a su constitución. En su informe dejará constancia de los acuerdos a que se haya llegado y, si no ha habido acuerdo, de sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho o de derecho relativas a la cuestión en litigio e incluirá las recomendaciones que estime adecuadas para una solución amistosa. El informe será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien lo transmitirá inmediatamente a las partes en la controversia. 2. El informe de la comisión, incluidas sus conclusiones y recomendaciones, no será obligatorio para las partes”.

aunque algunos tratados sí establecen la obligación de las partes de cumplir de buena fe con sus disposiciones.<sup>42</sup>

Serán objeto de estudio de esta obra los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales. A continuación, se establecerán criterios definitorios y se explicarán conceptos clave que permitan diferenciar, en primer lugar, los medios jurisdiccionales de los medios diplomáticos de arreglo de los litigios internacionales y, en segundo lugar, a los órganos judiciales internacionales de los tribunales arbitrales internacionales.

Una clasificación de esta naturaleza busca identificar las distintas jurisdicciones internacionales y los cuerpos normativos especializados que aplican e interpretan, con el fin de aclarar su función respectiva en el sistema jurídico internacional y sentar bases teóricas sólidas para la sustentación de los argumentos que se expondrán en el contenido de este libro.

## I. BREVE PANORAMA DE LOS MEDIOS JURISDICCIONALES DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

Los medios jurisdiccionales —arreglo judicial y arbitraje— se caracterizan por la intervención de un tercero imparcial (juez o árbitro) que resuelve, con base en derecho, y de manera definitiva y obligatoria la controversia internacional que opone a las partes. Los miembros de la comunidad internacional pueden optar por cualquiera de los medios pacíficos de solución de las controversias internacionales; no obstante, los últimos decenios se han caracterizado por un auge sin precedentes de los medios jurisdiccionales.

El arreglo judicial de los litigios internacionales está confiado a un tribunal internacional. Se entiende por tribunal internacional, un órgano imparcial e independiente (un tercero al litigio) que resuelve una controversia, basándose en la interpretación y aplicación del derecho internacional.<sup>43</sup>

Los mecanismos para el arreglo judicial de los litigios internacionales se han multiplicado y diversificado considerablemente desde la segunda mitad del siglo XX. Durante la Conferencia de San Francisco en 1945 se decidió establecer, bajo los auspicios de la ONU, un nuevo tribunal internacional con competencia universal: la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

---

<sup>42</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de la regulación de la conciliación en la Convención de las Naciones Unidas para la Protección de la Capa de Ozono.

<sup>43</sup> Abi-Saab, Georges, *The International Judicial Function*, United Nations Publications, disponible en: [http://legal.un.org/avl/ls/Abi-Saab\\_CT\\_video\\_1.html](http://legal.un.org/avl/ls/Abi-Saab_CT_video_1.html); Santulli, Carlo, “Qu’est-ce qu’une juridiction internationale?”, *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 61.

El Estatuto de la CIJ se basó en el Estatuto de su predecesora, la CPJI,<sup>44</sup> y esta última fue formalmente disuelta en enero de 1946.<sup>45</sup> La CIJ resolvió su primer caso en 1947, en el asunto *Estrecho de Corfú*,<sup>46</sup> y su establecimiento sirvió de catalizador para la creación de otros tribunales internacionales. Así, por ejemplo, en 1950 y 1960, en el ámbito regional europeo, fueron creados dos nuevos órganos judiciales internacionales: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). Posteriormente, en 1978, se estableció, en el ámbito regional americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hasta los principios de los años ochenta, el número de órganos judiciales para la resolución pacífica de las controversias internacionales se había multiplicado considerablemente en comparación con su estado de desarrollo a principios del siglo XX. No obstante, el número de tribunales internacionales establecidos de 1902 a 1989 no superaba siete.<sup>47</sup> Una aceleración importante en los procesos de creación de tribunales internacionales ocurrió en la década de los noventa. A partir de 1989 y hasta la actualidad, fueron creados o completamente reformados más de doce órganos judiciales internacionales.<sup>48</sup>

Hoy día, pueden ser identificadas veinte jurisdicciones internacionales (tribunales o comisiones permanentes) y, al menos, otras diecisiete instituciones internacionales que cumplen con funciones de naturaleza judicial o casi judicial.<sup>49</sup> Dichas jurisdicciones son altamente especializadas en la

---

<sup>44</sup> Además, la sede de la CIJ también fue fijada en el Palacio de la Paz en La Haya, y la Corte empezó a funcionar con muchos de los antiguos funcionarios de la CPJI, incluyendo el primer presidente de la CIJ y último presidente de la CPJI, el salvadoreño José Gustavo Guerrero.

<sup>45</sup> Una de las principales razones para crear una nueva Corte internacional y no mantener o reformar la CPJI fue la percepción de que ésta era parte de un “viejo orden mundial” en el cual los países europeos ejercían su dominación cultural, política, económica, etcétera. En cambio, con la creación de la ONU se intentó poner fin a los viejos imperialismos y se buscó un equilibrio más multipolar de las relaciones internacionales.

<sup>46</sup> CIJ, *Corfu Channel*, Great Britain vs. Albania, 25 de marzo de 1948.

<sup>47</sup> Hasta 1990, en el ámbito internacional operaban únicamente cinco tribunales internacionales: la CIJ, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal de la Justicia de las Comunidades Europeas y el TJCA.

<sup>48</sup> En particular, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, la Corte Penal Internacional, la Corte de Justicia del Caribe, la Corte de justicia de la COMESA, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, la Corte Especial para Sierra Leona y la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>49</sup> Bodack, Jessica, “International Law for the Masses”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 15, p. 364.

aplicación e interpretación de las distintas ramas del derecho internacional (derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional, derecho internacional económico, derecho internacional del mar, entre otras) e interactúan constantemente entre sí y con los tribunales internos de los Estados.

Por su competencia territorial (*ratione loci*), pueden distinguirse tribunales internacionales con competencia universal, abiertos a todos los sujetos del derecho internacional, y órganos judiciales internacionales con competencia regional que resuelven controversias en ámbitos geográficos estrictamente determinados.

Los tres principales tribunales con competencia universal son la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar y la Corte Penal Internacional.

En virtud de la Carta de la ONU, la CIJ es el “principal órgano judicial” de la organización, constituido por “un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad...”. Los quince jueces que componen la Corte deben representar a los diferentes sistemas jurídicos del mundo<sup>50</sup> y son designados mediante elección conjunta del Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la ONU. Entre los quince magistrados no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado.

El Estatuto de la Corte también prevé la figura de jueces *ad hoc*.<sup>51</sup> El ejercicio de la competencia contenciosa de la CIJ se basa necesariamente en el consentimiento de sus justiciables.<sup>52</sup>

La Corte también puede pronunciar opiniones consultativas “respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de ésta”.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> De conformidad con dicha disposición: “En toda elección, los electores tendrán en cuenta no sólo que las personas que hayan de elegirse reúnan individualmente las condiciones requeridas, sino también que en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo”.

<sup>51</sup> En virtud de este artículo: “si la Corte no incluyere entre los magistrados del conocimiento ningún magistrado de la nacionalidad de las partes, cada una de éstas podrá designar uno de acuerdo con el párrafo 2 de este artículo”.

<sup>52</sup> Los Estados que han ratificado su Estatuto pueden celebrar un acuerdo *ad hoc* para someter su controversia a la Corte, una vez que haya surgido el diferendo, o insertar una cláusula en otro tratado, con el fin de establecer la competencia de dicho tribunal internacional para la resolución de litigios futuros. También podrán reconocer la competencia de la CIJ en cualquier momento, inclusive posterior al surgimiento de la controversia, por medio de una declaración *ad hoc*.

<sup>53</sup> Artículo 65 del Estatuto de la CIJ. Según la Carta de la ONU, podrán demandar a la Corte que pronuncie una opinión consultativa: “La Asamblea General o el Consejo de Se-

La parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982, crea el recurso ante el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar (TIDM): un órgano judicial internacional competente para dirimir las controversias en materia de derecho internacional del mar.

Conforme con el artículo 2o. del Estatuto del TIDM, este tribunal se compone de veintiún jueces independientes, elegidos por los Estados parte de la Convención de Montego Bay por un periodo renovable de nueve años.<sup>54</sup> El Tribunal es competente para resolver litigios entre los Estados parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Asimismo, en virtud de la parte XI de la Convención, relativa a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, o en aplicación de cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal, éste puede pronunciarse sobre controversias en las que intervienen entidades no estatales (por ejemplo, organizaciones internacionales, empresas o personas físicas o morales).

La Corte Penal Internacional fue creada por el Estatuto de Roma en 2003 como una institución judicial, “independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas”, con “competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, en su conjunto”.<sup>55</sup>

La competencia material (*ratione materiae*) de la CPI comprende los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.<sup>56</sup> La mayoría de dichos actos constituyen, además, graves violaciones de las Convenciones de Ginebra sobre derecho internacional humanitario.

---

guridad” de la organización, así como “los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General”. Artículo 96 de la Carta de la ONU.

<sup>54</sup> Los jueces del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar deben gozar de la más alta reputación por su imparcialidad y competencia en materia de derecho internacional del mar. Asimismo, la composición del Tribunal debe basarse en una representación de los principales sistemas jurídicos del mundo, de acuerdo con una distribución geográfica equitativa.

<sup>55</sup> Preámbulo del Estatuto de Roma.

<sup>56</sup> El artículo 7o. del Estatuto de Roma establece que determinados actos pueden ser constitutivos de crímenes de lesa humanidad, “cuando se cometa(n) como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. De conformidad con el artículo 8o. del Estatuto de Roma, la Corte también tiene competencia sobre actos constitutivos de crímenes de guerra, “cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.

Además, la Corte puede enjuiciar a los autores del crimen de genocidio.<sup>57</sup> La competencia *ratione personae* de la Corte se establece en el artículo 12 del Estatuto de Roma,<sup>58</sup> y su ejercicio depende, en buena medida, de la cooperación entre este tribunal internacional y los órganos judiciales internos de sus Estados miembros.<sup>59</sup>

Los tribunales internacionales con competencia regional resuelven litigios en ámbitos geográficamente definidos.

Así, por ejemplo, en África, las principales jurisdicciones internacionales son la Corte de Justicia del Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA, por sus siglas, en inglés), la Corte de Justicia de la Comunidad Económica y Monetaria de África Central (CEMAC) y el Tribunal de la Comunidad para el Desarrollo de África Austral. De manera general, su principal función consiste en asegurar el respeto del derecho en la inter-

---

<sup>57</sup> Según la famosa definición de Raphael Lemkin, el genocidio constituye “la intención criminal de destruir permanentemente a un grupo humano”. El genocidio se define, además, en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y dicha definición se retoma casi literalmente en el artículo 6o. del Estatuto de Roma. Cabe recordar que la prohibición de cometer actos de genocidio se considera como parte del derecho internacional consuetudinario y como norma perentoria del derecho internacional (*ius cogens*). Asimismo, en el caso “Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio” (Bosnia c. Serbia) del 11 de julio de 1996, la CIJ afirmó que los derechos y obligaciones, reconocidos en la Convención constituyen “derechos y obligaciones *erga omnes*”. Por ende, la perpetración de actos de genocidio acarrea tanto la responsabilidad internacional del Estado como la responsabilidad penal individual de las personas implicadas en la comisión de este crimen.

<sup>58</sup> En virtud de dicha disposición, la CPI puede enjuiciar a individuos que hayan cometido crímenes internacionales si el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen ha ratificado el Estatuto de Roma o si el individuo responsable del crimen es nacional de un Estado parte del Estatuto. Adicionalmente, es posible que un país que no ha ratificado dicho tratado acepte, por declaración *ad hoc*, que la Corte ejerza su competencia sobre crímenes internacionales, cometidos en su territorio o por sus nacionales. Finalmente, es de señalarse que una situación que supone la comisión de crímenes internacionales por un Estado no miembro del Estatuto de Roma puede ser directamente referida a la CPI por el Consejo de Seguridad de la ONU. En efecto, de común acuerdo, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad pueden referir a una situación o a un individuo a la competencia de la Corte Penal Internacional, aún si la persona no es nacional de un Estado parte del Estatuto de Roma.

<sup>59</sup> En efecto, todos los tribunales internos son disposiciones del Estatuto de Roma, jueces “complementarios” de la CPI. Por lo tanto, a diferencia de los dos tribunales penales *ad hoc* (TPIY y TPIR) que ya acabaron su labor, la competencia de la CPI no tiene prioridad sobre la de los tribunales internos cuando se trate de reconocer la responsabilidad penal de individuos por la comisión de los crímenes internacionales a los que aluden los artículos 5 a 8 de su Estatuto. En el mismo sentido, los tribunales internos de los Estados parte del Estatuto de Roma ejercen su complementariedad a la CPI a través de la llamada “jurisdicción universal”.

pretación y aplicación de los tratados constitutivos de estas organizaciones de integración regional de Estados. Varios de estos tribunales son también competentes para resolver cuestiones prejudiciales y/o emitir opiniones consultativas a la demanda de los tribunales internos de los Estados miembros de la organización.<sup>60</sup>

En el continente europeo también operan distintos mecanismos para el arreglo judicial de las controversias entre Estados europeos y/o entre Estados europeos y entes no estatales. Así, por ejemplo, los dos tratados de Roma, celebrados en 1957, establecieron el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

Posteriormente, el funcionamiento del TJCE fue complementado por la creación de un órgano judicial que conoce, en primera instancia, de los recursos basados en la interpretación y aplicación de los tratados comunitarios: el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

Después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se denominó Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y el Tribunal de Primera Instancia: Tribunal General.<sup>61</sup> El Tribunal General es competente para conocer en primera instancia de los recursos por omisión y de anulación que tienen como objetivo general controlar la conformidad, con el derecho comunitario, de los actos y/u omisiones de las instituciones de la UE.<sup>62</sup>

El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reserva a la competencia exclusiva de éste algunos recursos de anulación o por omisión. El Tribunal trabaja en colaboración estrecha con los órganos judiciales in-

---

<sup>60</sup> Artículo 26 de la Convención de la Corte de Justicia de la CEMAC.

<sup>61</sup> El TG se compone de al menos un juez por cada Estado miembro de la UE (47 jueces, en la actualidad). Los miembros del tribunal son nombrados por un periodo renovable de seis años entre las “personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de altas funciones jurisdiccionales...”. El Tribunal se reúne en salas compuestas por tres o cinco jueces, en formación de juez único, en Gran Sala (trece jueces) o en pleno, dependiendo de la complejidad de los asuntos que se le someten.

<sup>62</sup> Mediante el recurso de anulación se solicita la anulación de un acto que haya sido adoptado por una de las instituciones comunitarias, en violación del derecho de la Unión Europea. Dicho recurso puede ser iniciado por un Estado miembro de la Unión, una institución comunitaria o una persona privada (física o moral), siempre que dicha persona haya sido la destinataria del acto o que éste la haya afectado de manera directa e individual. A través del recurso por omisión, los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión pueden recurrir al TG para que éste controle la legalidad de la inactividad de una institución comunitaria. No obstante, sólo es posible iniciar este recurso, una vez que el interesado haya requerido a la institución correspondiente para que actúe. Si se declara la ilegalidad de la abstención, dicha institución ha de adoptar todas las medidas necesarias para poner fin a su omisión.

ternos de los Estados miembros de la UE, y su labor jurisprudencial lo ha convertido en “piloto”, “constructor” y “guardián” de la integración en el orden jurídico comunitario.<sup>63</sup>

En las Américas también existen múltiples tribunales internacionales que intervienen en el ámbito de organizaciones de integración regional de Estados. Así, por ejemplo, el sistema de solución de controversias en el Mercosur es regido por el Protocolo de Olivos de 2002 y se desarrolla en varias fases.<sup>64</sup>

La última fase concierne al recurso ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), creado por el Protocolo de Olivos. En 1984, los Estados

---

<sup>63</sup> Las sentencias del TJUE establecieron los principios fundamentales del derecho de la Unión Europea, a pesar de que éstos no estaban previstos en los tratados comunitarios originarios. En particular, las sentencias “Costa”, “Van Gend en Loos” y “Simmenthal” desarrollaron los principios de efecto directo y primacía que lograron imponer orden (jurídico) en la construcción heterogénea y multiniveles de la integración regional más exitosa del mundo. Gracias a dichos principios, el orden jurídico comunitario se integró, con fuerza irresistible, en los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión y creó derechos y obligaciones directos en el patrimonio jurídico de los particulares. En otros casos de su jurisprudencia, el Tribunal consolidó, por su propia iniciativa, los principios de responsabilidad por violación del derecho comunitario, proporcionalidad, protección de los derechos humanos de los ciudadanos de la Unión y efecto directo de las directivas comunitarias. Dichas sentencias dotaron a la recepción e incorporación del derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión de características *sui generis*, muy distintas de las que rigen en el sistema tradicional del derecho internacional público; asimismo, estas decisiones volvieron a los tribunales internos de la Unión “jueces ordinarios de derecho comunitario”.

<sup>64</sup> La primera fase de la resolución de los diferendos entre los Estados miembros de la integración son las negociaciones directas. En esta primera etapa, los Estados parte deberán informar al Grupo Mercado Común sobre el desarrollo de las negociaciones. Si los países no alcanzan un acuerdo mediante las negociaciones directas o el acuerdo no satisface a las partes involucradas, las partes pueden optar por someter su controversia ante el Grupo del Mercado Común (GMC) o iniciar inmediatamente un procedimiento arbitral. Si el diferendo se somete al GMC, el órgano examinará la controversia entre las partes, y al término de dicho examen formulará recomendaciones expresas y detalladas en torno a la solución del conflicto. La siguiente fase del mecanismo de solución de controversias en el Mercosur es la constitución de un tribunal arbitral. Si el GMC no llega a una solución satisfactoria del conflicto, cualquiera de las partes podrá someter el diferendo al procedimiento arbitral, previa comunicación a la Secretaría del Mercosur. El procedimiento arbitral inicia con la formación de un tribunal *ad hoc* compuesto por tres árbitros. Cada parte en la controversia designa un árbitro titular y un árbitro suplente. El tercer árbitro que funge como presidente del tribunal es designado por común acuerdo entre ambas partes y no puede ser de nacionalidad de ninguno de estos países. En caso de que los Estados parte no logren ponerse de acuerdo sobre la designación del presidente del tribunal, éste se designa por la Secretaría del Mercosur con base en una lista previa de personas elegibles al cargo. El tribunal arbitral *ad hoc* dispone de un plazo de sesenta días para dictar su laudo.

miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) crearon al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones<sup>65</sup> sobre la base del diseño jurídico institucional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La CCJ es el primer tribunal internacional, de carácter permanente, creado por los Tratados de Paz y Amistad de Washington de 1907, celebrados entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. No obstante, dicha Corte se extinguió en 1918. La actual CCJ se estableció por el Protocolo de Tegucigalpa —el tratado constitutivo del Mercado Común Centroamericano (actual Sistema de Integración Centroamericana)— y su Estatuto se adoptó en 1992 y entró en vigor en 1994.<sup>66</sup>

La Corte de Justicia del Caribe es el tribunal encargado de la resolución de las controversias que surgen de la interpretación y aplicación de los instrumentos jurídicos adoptados en el marco de la Comunidad del Caribe. Según su estatuto constitutivo, uno de los principales objetivos de la Corte consiste en “profundizar el proceso de integración regional”.

Los principales tribunales regionales que operan en Asia son el Tribunal de la Unión Económica Euroasiática y el Tribunal Económico de la Comunidad de Estados Independientes. El Tribunal de la Unión Económica Euroasiática es el órgano judicial encargado de resolver las controversias que surgen de la interpretación y aplicación de las normas y actos adoptados por las instituciones de dicha integración regional. El Tribunal Económico de la Comunidad de Estados Independientes fue creado en 1992, poco tiempo después de la caída de la URSS. Esta jurisdicción internacional es competente para resolver las controversias que surjan de la interpretación y aplicación de los acuerdos celebrados en el marco de dicho sistema de integración. Según su estatuto constitutivo,<sup>67</sup> el principal objetivo del Tribunal consiste en asegurar la uniformidad en la aplicación e interpretación de las normas del derecho de la integración.<sup>68</sup>

En virtud de su competencia *ratione personae*, se distinguen órganos para el arreglo judicial de las controversias internacionales, abiertos únicamente a los Estados miembros de la comunidad internacional, y órganos en los que participan también entes no estatales (organizaciones internacionales, individuos, empresas u ONG).

<sup>65</sup> Helfer, Laurence y Alter, Karen, “Nature or Nurture? Judicial Law-Making in the European Court of Justice and Andean Tribunal of Justice”, *Duke Law Working Papers*, 2010, p. 2, disponible en: [http://scholarship.law.duke.edu/working\\_papers/3](http://scholarship.law.duke.edu/working_papers/3).

<sup>66</sup> Disponible en: <http://portal.cj.org.ni/ccj/historia-2/>.

<sup>67</sup> Regulations on the Economic Court of the Commonwealth of Independent Nations, Approved by the Agreement of Council of heads of states of the CIS of July 6, 1992.

<sup>68</sup> Párrafo 1 del Estatuto de la CECEI.

Los tribunales internacionales, con competencia *ratione personae* exclusivamente interestatal, son la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar.<sup>69</sup>

La naturaleza exclusivamente interestatal de estas jurisdicciones internacionales se ha convertido, en la actualidad, en una excepción a la apertura progresiva de la justicia internacional a los entes no estatales. En efecto, un número cada vez más creciente de órganos judiciales internacionales admiten la capacidad procesal de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, individuos y empresas. En primer lugar, a través de sus órganos, las organizaciones internacionales tienen *locus standi* ante varios tribunales internacionales.<sup>70</sup>

En segundo lugar, se pueden citar varios ejemplos de la ampliación del *locus standi* de las personas privadas ante los tribunales internacionales.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Como se mencionó con anterioridad, la CIJ es competente únicamente para resolver controversias que surgen entre los Estados que han ratificado su Estatuto constitutivo y que, además, han expresado su consentimiento a la competencia contenciosa de la Corte. Las organizaciones internacionales intergubernamentales y las personas privadas —individuos, empresas u ONG— no pueden comparecer ante la CIJ en la cualidad de demandantes y/o demandados. De igual manera, el TIDM es competente únicamente para resolver controversias entre Estados en materia de derecho internacional del mar. Las personas privadas —individuos, ONG o empresas— son excluidas del foro del Tribunal. El OSD de la OMC constituye un mecanismo para la solución exclusiva de controversias entre los Estados miembros de la organización. Los individuos, las ONG y, sobre todo, las empresas (multinacionales) no pueden comparecer en la cualidad de demandantes o demandados en los procedimientos iniciados ante este órgano internacional.

<sup>70</sup> Así, por ejemplo, el TIDM es competente para resolver las controversias que se presentan entre los Estados miembros de la Convención de Montego Bay y la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. De la misma manera, en la CPI las demandas son presentadas por el procurador (un órgano del mismo tribunal). En otros esquemas, los órganos de las organizaciones de integración regional pueden comparecer en la cualidad de demandantes o demandados en los mecanismos regionales de solución de controversias. Este es el caso de los sistemas de integración en la Unión Europea, la Comunidad Andina o la COMESA, entre otros.

<sup>71</sup> Así, por ejemplo, los litigantes privados pueden promover recursos ante el TJUE, ante el TJCA y ante el Tribunal de Justicia de la COMESA. Además, los individuos tienen un acceso particularmente amplio al foro de las dos jurisdicciones regionales competentes en materia de derechos humanos. La Convención Europea de Derechos Humanos reconoce la capacidad no sólo de los individuos, sino también de las ONG o de otros grupos de individuos, de acudir ante la CEDH para que ésta sancione las violaciones de sus derechos humanos. A pesar de que, en principio, los individuos no tienen acceso directo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las reformas recientes les han permitido participar de manera activa en sus procedimientos contenciosos. Finalmente, cabe señalar que los individuos son los principales justiciables de los tribunales penales internacionales, pero participan en los juicios únicamente en la cualidad de acusados. Dichos órganos judiciales no son competentes

Según su competencia *ratione materiae*, los tribunales internacionales aplican e interpretan distintos conjuntos normativos especializados en el ámbito del derecho internacional.

Así, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos son tribunales altamente especializados en la aplicación e interpretación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

El capítulo VIII de la Convención Americana sobre Derechos Humanos creó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano judicial único para resolver las controversias surgidas de la interpretación y aplicación del tratado. La Corte Interamericana es competente para examinar demandas de violación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de sus protocolos adicionales, iniciadas por un Estado parte en contra de otro, o por individuos en contra de sus Estados nacionales.

De conformidad con el artículo 64 de su Estatuto, este órgano judicial internacional también puede pronunciar opiniones consultativas a la demanda de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de algunos de los órganos de la OEA.

La Corte Europea fue creada en 1959 para velar por el respeto, por parte de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos, de las obligaciones que dicho instrumento y sus protocolos adicionales les imponen en materia de protección de los derechos humanos.<sup>72</sup> La Corte es competente para pronunciarse sobre casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos y de todos sus protocolos adicionales,<sup>73</sup> presentados por un Estado parte en el tratado en contra de otro (asuntos interestatales);<sup>74</sup> asimismo, la Corte puede examinar demandas “presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos” (demandas individuales).<sup>75</sup>

---

para examinar la responsabilidad penal internacional de otros entes no estatales (empresas transnacionales, grupos terroristas u ONG, por ejemplo).

<sup>72</sup> Artículo 19 del Estatuto de la CEDH.

<sup>73</sup> Artículo 32 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>74</sup> *Ibidem*, artículo 33.

<sup>75</sup> *Ibidem*, artículo 34.

La Corte Europea también pronuncia opiniones consultativas a la demanda del Comité de Ministros del Consejo de Europa acerca de la interpretación de la Convención y de sus protocolos.<sup>76</sup>

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, celebrada en 1981, creó solamente una Comisión de Derechos Humanos, como principal órgano encargado de la interpretación y aplicación de sus disposiciones. Posteriormente, un Protocolo adicional de 1998 estableció a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, con el fin de “reforzar las funciones ejercidas por la Comisión”<sup>77</sup> y complementar su mandato.<sup>78</sup> De conformidad con el artículo 3o. del Protocolo, la Corte es competente para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Carta Africana de Derechos Humanos, de sus protocolos adicionales y de otros tratados de derechos humanos ratificados por los Estados parte. La Corte también puede pronunciar opiniones consultativas sobre asuntos jurídicos relacionados con la Carta o con otros instrumentos relevantes de derechos humanos, a demanda de cualquier Estado miembro, cualquier órgano de la Organización de la Unión Africana o por cualquier otra organización regional africana reconocida por la Unión.<sup>79</sup>

Otro ejemplo de la creación de tribunales altamente especializados son las jurisdicciones internacionales competentes en materia de derecho penal internacional.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue creado por una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU para enjuiciar a las personas responsables de la comisión de crímenes internacionales y violaciones graves de las normas del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia, durante el conflicto que tuvo lugar en este país a partir de 1991.<sup>80</sup> Este tribunal *ad hoc* se estableció por un tiempo determinado y con un propósito limitado; en consecuencia, acabó sus labores en 2015.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado por una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU para enjuiciar a los responsables del terrible genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario acaecidos en el territorio de Ruanda entre el 1o. de enero

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, artículo 47.

<sup>77</sup> Preámbulo del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos que establece la CADH.

<sup>78</sup> Artículo 2o. del Protocolo constitutivo de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>79</sup> *Ibidem*, artículo 4o.

<sup>80</sup> Artículo 1o. del Estatuto del TPIY.

de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.<sup>81</sup> Dicho tribunal internacional *ad hoc* terminó su misión en 2016.

Como se dijo con anterioridad, en 2013 se creó la Corte Penal Internacional. Además, a partir de los años noventa, se establecieron tribunales penales mixtos o híbridos que poseen características tanto de tribunales internos como de órganos judiciales internacionales. Generalmente, dichas jurisdicciones se integran por miembros de las judicaturas internas de los Estados o por magistrados nombrados por una instancia internacional que aplican normas de derecho interno y/o internacional. Un ejemplo de este tipo de tribunales especializados son las CECC, también conocidas como Tribunal de los *Khmers Rouges*.<sup>82</sup>

Las Cámaras Especiales para Kosovo son otro tribunal híbrido, con sede en La Haya, Holanda, y con competencia para enjuiciar a las personas responsables de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes en virtud del derecho del Kosovo, que hayan sido cometidos en el territorio de esta entidad entre el 1o. de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000.

El Tribunal Especial de Bosnia y Herzegovina fue creado en 2005 por una ley interna de este Estado,<sup>83</sup> con el fin de complementar el funcionamiento del TPIY y con competencia para enjuiciar a individuos responsables por la comisión de actos constitutivos de crímenes de conformidad con las leyes penales de Bosnia y Herzegovina.<sup>84</sup>

El Tribunal Especial para el Líbano es un tribunal híbrido, creado por la Resolución 1757 del Consejo de Seguridad de la ONU para juzgar a las personas responsables del atentado terrorista en el que murió el primer ministro del Líbano, Rafik Hariri, y veintiún personas más.

Los paneles especiales en la Corte de Distrito de Dili, en el Timor Oriental, fueron establecidos por la Misión de la ONU para el Mantenimiento de la Paz (United Nations Transitional Administration in East Timor), que se creó después del conflicto interno que tuvo lugar en dicho territorio.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> Dichas cámaras constituyen un tribunal camboyano especial que recibe asistencia directa de la ONU. Su misión consiste en enjuiciar a los principales responsables de los crímenes y violaciones serias tanto del derecho penal camboyano como del derecho internacional humanitario, de la costumbre y de los tratados celebrados por Camboya, cometidas en el periodo entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979 (artículo 1o. del instrumento constitutivo de las CECC).

<sup>83</sup> Law on the Court of Bosnia and Herzegovina.

<sup>84</sup> Artículo 13 de la Ley que crea las cámaras.

<sup>85</sup> Los paneles eran competentes para enjuiciar a personas responsables de crímenes serios, incluyendo genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crímenes

La Corte Especial para Sierra Leona fue creada en 2002 por la ONU, a demanda del gobierno de este Estado, para enjuiciar a individuos responsables de la comisión de serios crímenes en contra de civiles y miembros de operaciones de mantenimiento de la paz durante la larga guerra civil que tuvo lugar en este país entre 1991 y 2002. Este tribunal penal mixto acabó sus labores en 2013.<sup>86</sup>

Es de señalarse que a pesar de la existencia de estos tribunales especializados en las distintas ramas del derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia goza, en principio, de una competencia general, que comprende la aplicación e interpretación de todas las normas del derecho internacional. En sentido inverso, los órganos judiciales internacionales con competencia *ratione materiae* especializada han tenido que pronunciarse sobre problemas de derecho internacional general y/o de otras de sus ramas especializadas. También es de enfatizarse la ausencia de órganos judiciales internacionales, competentes para resolver controversias derivadas de la aplicación e interpretación de algunos regímenes normativos especializados en el plano internacional; por ejemplo, en materia de derecho ambiental internacional.

Finalmente, según su competencia temporal se distinguen órganos para el arreglo judicial de las controversias internacionales de carácter permanente o *ad hoc*. Los órganos judiciales internacionales con competencia permanente *ratione temporae* son: la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, todos los tribunales, establecidos en las integraciones regionales en Europa, África, América o Asia, y los tribunales regionales de derechos humanos. Los tribunales internacionales *ad hoc* son creados con un propósito determinado y con competencia *ratione temporae*, circunscrita a un límite temporal predefinido. En ese sentido, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal para Ruanda y los tribunales penales mixtos o híbridos fueron establecidos por un tiempo determinado, y muchos de estos órganos judiciales ya cumplieron con la misión que les fue encomendada, y, por ende,

---

sexuales y tortura, cometidos en el territorio del Timor Oriental entre el 1o. de enero de 1999 y el 29 de octubre de 1999. El conflicto en el Timor Oriental —una antigua provincia portuguesa— inició después de la invasión de este territorio por parte de Indonesia en 1975. Le siguió casi un cuarto de siglo de violaciones atroces de derechos humanos que culminaron con el asesinato de una tercera parte de los habitantes de este territorio —200 000 personas en total—. Reiger, Caitlin y Marierke, Wierda, *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*, International Center for Transitional Justice, 2006, p. 4.

<sup>86</sup> *Special Court for Sierra Leona, Residual Special Court for Sierra Leona*, disponible en: <http://www.rscsl.org/>.

terminaron sus labores. La mayoría de las jurisdicciones internacionales *ad hoc* participaron en proyectos de justicia transicional.<sup>87</sup>

El arbitraje internacional es un medio jurisdiccional a través del cual una o varias personas privadas, nombradas árbitros, resuelven, con base en derecho y de manera definitiva y obligatoria, la controversia que opone a las partes. Gracias a sus características específicas y a sus múltiples ventajas, en la actualidad, el arbitraje se ha convertido en el principal mecanismo para el arreglo de los litigios que surgen de las relaciones privadas internacionales.

A diferencia del arreglo judicial, el funcionamiento del arbitraje internacional se basa por completo en la expresión del consentimiento de las partes en el litigio, a través de una cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral. El acuerdo de voluntades entre las partes condiciona las prerrogativas de los árbitros, las reglas del procedimiento arbitral, el derecho aplicable al arbitraje, etcétera. El arbitraje internacional constituye así una “justicia privada”, ya que los árbitros son ciudadanos privados y no pertenecen a ninguna estructura gubernamental. A diferencia de los jueces internacionales, los árbitros no son funcionarios públicos y no representan a ningún Estado. No obstante, al término del arbitraje internacional también se adopta un laudo definitivo y obligatorio para las partes.

El arbitraje no cuenta, en principio, con un mecanismo de apelación, confiado a una jurisdicción de segundo grado, y existen, además, mecanismos muy limitados para impugnar un laudo arbitral internacional ante los órganos judiciales internos. De la misma manera, hay motivos muy limitados para impedir que un tribunal estatal ordene la ejecución de un laudo arbitral internacional. Una vez reconocido por los tribunales estatales, un laudo arbitral internacional adquiere la misma autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*) que una sentencia judicial interna.

Existen dos principales tipos de arbitraje internacional: el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*. El arbitraje *ad hoc* es un arbitraje que se celebra para la resolución de una controversia específica que opone a las partes, mientras que en el arbitraje institucional interviene necesariamente una institución que desempeña importantes funciones administrativas en la organización del procedimiento (en lo relativo, por ejemplo, a la designación de los árbitros, al pago de las costas y honorarios, a la determinación del lugar

---

<sup>87</sup> La justicia transicional consiste en crear órganos judiciales u otro tipo de medios para el arreglo pacífico de las controversias (comisiones de investigación o de conciliación, comisiones para la verdad, fondos de reparación, reconstrucción o reforma de los sistemas de justicia interna, etcétera), con el fin de sancionar violaciones de derechos humanos cometidas en sociedades en conflicto y promover su transición hacia la democracia, el Estado de derecho y la paz social.

sede del arbitraje, etcétera). Desde 1902 hasta la actualidad se observa una multiplicación de las instituciones arbitrales internacionales y un mayor uso del arbitraje *ad hoc* para la resolución de controversias internacionales.<sup>88</sup>

En algunas materias de las relaciones internacionales; por ejemplo, en el ámbito del comercio internacional o de las inversiones, el arbitraje goza de una casi exclusividad respecto a los demás medios pacíficos de solución de las controversias internacionales. Estudios recientes demuestran que antes de 1940 existía solamente el 10% de las instituciones arbitrales que operan actualmente en el ámbito internacional. El 70% de dichas instituciones fueron creadas en los últimos treinta años, el 50% en los últimos veinte años y el 20% en los últimos diez años.<sup>89</sup>

Hoy día, pueden ser identificadas al menos cien instituciones que auspician la realización de arbitraje internacional.<sup>90</sup> Entre las principales, podemos citar a la Corte Permanente de Arbitraje, a la Cámara de Comercio Internacional de París, a la Cámara de Comercio Internacional de Estocolmo, a la Corte de Arbitraje Internacional de Londres o a la Asociación Americana de Arbitraje. Las reglas de funcionamiento de las instituciones arbitrales varían en función del tipo de arbitraje internacional que dichas organizaciones auspician.

Así, por ejemplo, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) fue creada al término de la Primera Conferencia de Paz de La Haya en 1889. Su composición, competencia y reglas de funcionamiento se establecieron en la Convención de La Haya para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales.<sup>91</sup> Las partes en la Convención designan directamente a los miembros de la CPA por un periodo de seis años, renovable.<sup>92</sup> Dichas per-

---

<sup>88</sup> Abdel Raouf, Mohammed, “Emergence of New Arbitral Centers in Asia and Africa: Competition, Cooperation and the Rule of Law”, en Brekoulakis, Stavros *et al.* (eds.), *Evolution and Future of International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2016, p. 321.

<sup>89</sup> Pendell, Guy, “The Rise and Rise of the Arbitration Institution”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2011, disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/30/the-rise-and-rise-of-the-arbitration-institution/>. Para una lista aproximativa de instituciones arbitrales, véase la Federación Internacional de Instituciones de Arbitraje Comercial Internacional, disponible en: <http://www.ifcai-arbitration.org/>.

<sup>90</sup> *Idem*.

<sup>91</sup> Según el artículo 41 de dicho tratado: “Con el fin de facilitar el uso inmediato del arbitraje para las controversias internacionales que no hayan podido resolverse por la vía diplomática, las Potencias contratantes se comprometen a mantener, tal como se estableció en la Primera conferencia de la Paz, el Tribunal permanente de arbitraje, accesible en cualquier tiempo y que funcione, salvo estipulación contraria de las Partes, conforme a las reglas de procedimiento comprendidas en la presente Convención”.

<sup>92</sup> De conformidad con el artículo 44 de la Convención: “Cada Potencia contratante designará cuatro personas a lo más, de reconocida competencia en las cuestiones de Derecho

sonas se incluyen en listas permanentes de árbitros que los Estados pueden nombrar para la resolución de sus controversias. Cada parte puede nombrar dos árbitros, de los cuales sólo uno podrá ser de su nacionalidad y, los cuatro árbitros designados por las partes nombran, de común acuerdo, a un “superárbitro”.<sup>93</sup> El arbitraje, bajo los auspicios de la CPA, está abierto no sólo a los Estados parte en la Convención de la Haya, sino también a terceros Estados, a condición de que éstos acepten someterse a su jurisdicción. En el mismo sentido, la CPA puede prestar sus locales y su personal a los Estados que así lo deseen para el establecimiento de tribunales arbitrales *ad hoc*.<sup>94</sup> La Corte también ofrece modelos de cláusulas compromisorias que podrían insertarse en tratados internacionales, en contratos o en otro tipo de acuerdos entre las partes.<sup>95</sup>

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París es una organización no gubernamental, cuyo fin consiste en promover los mecanismos de arreglo pacífico de las controversias internacionales. Dicha ONG es una de las instituciones internacionales más activas y reconocidas en materia de arbitraje internacional. El Reglamento de Arbitraje de la CCI crea a la Corte Internacional de Arbitraje, como organismo de arbitraje anexo a la Cámara. La Corte no resuelve ella misma las controversias que las partes someten a arbitraje bajo los auspicios de la CCI, sino que se limita a asegurar la correcta aplicación del Reglamento de Arbitraje en los arbitrajes realizados bajo los auspicios de dicha institución.<sup>96</sup> En este sentido, la Corte es competente para nombrar a los árbitros que forman el tribunal arbitral<sup>97</sup> e interviene en la recusación o el reemplazo de árbitros durante los procedimientos arbitrales.<sup>98</sup> Asimismo, la Corte puede determinar la sede del arbitraje, en ausencia de acuerdo de las partes al respecto,<sup>99</sup> y participa en la fijación del calendario y en el desarrollo del procedimiento arbitral.<sup>100</sup> Finalmente,

---

internacional que gocen de la más alta consideración moral y que estén dispuestas a aceptar las funciones de árbitros. Las personas así designadas serán inscriptas, a título de miembros del Tribunal, en una lista que la Oficina comunicará a todas las Potencias contratantes...”.

<sup>93</sup> Artículo 45 de la Convención de la Haya.

<sup>94</sup> *Ibidem*, artículo 47.

<sup>95</sup> Disponible en <https://pca-cpa.org/model-clauses-and-submission-agreements/>.

<sup>96</sup> *Ibidem*, artículo 1o.

<sup>97</sup> *Ibidem*, artículo 9o.

<sup>98</sup> *Ibidem*, artículos 11 y 12.

<sup>99</sup> *Ibidem*, artículo 18.

<sup>100</sup> *Ibidem*, artículo 18.

la Corte también es competente para fijar el monto de los honorarios de los árbitros y las costas del procedimiento arbitral.<sup>101</sup>

Además del arbitraje *ad hoc* y del arbitraje institucional, este medio jurisdiccional de solución de las controversias internacionales se ha diversificado en función de las partes que intervienen en los procedimientos. Inicialmente, el arbitraje era un medio para la solución pacífica de controversias interestatales. Progresivamente, dicho mecanismo comenzó a utilizarse para la solución de litigios entre partes privadas, y surgió, además, un arbitraje mixto entre Estados y entes no estatales. Adicionalmente, el arbitraje comenzó a utilizarse como medio para la solución de controversias que surjan entre los Estados miembros de organizaciones internacionales intergubernamentales.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la OMC, se optó por el establecimiento de órganos arbitrales internacionales, encargados de resolver las disputas que surgen de la interpretación y aplicación de los acuerdos comerciales multilaterales, celebrados bajo los auspicios de esta institución. Según el artículo 2 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (en adelante, Entendimiento sobre Solución de Diferencias), el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC es competente “para establecer grupos especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones” en el marco de dichos acuerdos. Los grupos especiales tienen por misión oír los argumentos y contraargumentos de las partes y resolver su controversia con base en la aplicación e interpretación de las normas de los acuerdos de la OMC.<sup>102</sup> Una de las partes en la controversia puede interponer un recurso de apelación en contra del reporte del grupo especial ante el Órgano de Apelación de la OMC.

De igual forma, el último Protocolo para la Solución de Controversias entre los Estados miembros de la Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN) establece que los países miembros de la organización deberán tratar de resolver sus disputas por medio de consultas,<sup>103</sup> mediación, buenos oficios o conciliación.<sup>104</sup> En caso de que no se logre una solución mutuamente satisfactoria de la controversia, una de las partes puede solicitar

<sup>101</sup> *Ibidem*, artículo 30.

<sup>102</sup> Artículo 11 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

<sup>103</sup> Las reglas relativas sobre el desarrollo de consultas se establecen en el artículo 3o. del Protocolo sobre Solución de Controversias del ASEAN.

<sup>104</sup> *Ibidem*, artículo 4o.

a la Reunión de Representantes Económicos (Senior Economic Officials Meeting-SEOM) la constitución de un panel arbitral dentro de un periodo no superior a 45 días desde la presentación de la demanda.<sup>105</sup> La función de dicho panel consiste en resolver la controversia que le es sometida a través de la interpretación y aplicación de los acuerdos de la ASEAN aplicables al caso.<sup>106</sup> El artículo 12 del Protocolo sobre Solución de Controversias de la ASEAN prevé el establecimiento de un órgano de apelación competente para examinar, en segundo grado, los informes de los paneles arbitrales.

Finalmente, es de señalarse que el arbitraje se convirtió en un elemento central del régimen jurídico internacional, protector de las inversiones extranjeras directas (IED). En efecto, a partir de los años noventa se celebraron tratados internacionales de inversiones que se subdividen en: tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI) —más de 3200, en la actualidad— y acuerdos de liberalización comercial que contienen disposiciones, relativas a las IED (más de 270, en la actualidad). El resultado directo de este fenómeno consistió en la creación de una entramada red de acuerdos, en la que todos los países del mundo son parte de al menos un tratado internacional de inversiones.<sup>107</sup> El objetivo principal de todos estos convenios y, en particular, de los TBI, consiste en promover las IED, al otorgar a los inversionistas extranjeros una protección jurídica eficaz frente a determinados riesgos políticos en el país “huésped”.<sup>108</sup> La protección jurídica que otorgan los TBI a los inversionistas extranjeros se fundamenta, en primer lugar, en el establecimiento de determinadas reglas de “trato favorable” a favor de estos operadores económicos. En segundo lugar, los acuerdos internacionales sobre inversiones buscan garantizar el cumplimiento de las reglas antes mencionadas a través del recurso al arbitraje internacional para el arreglo de los litigios que surjan de la interpretación o aplicación de sus disposiciones.<sup>109</sup> El recurso a órganos arbitrales, imparciales e independien-

<sup>105</sup> *Ibidem*, artículos 5-1 y 2.

<sup>106</sup> *Ibidem*, artículo 7o.

<sup>107</sup> *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct*, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, publication de l'ONU, 2009, p. 1.

<sup>108</sup> El riesgo político que enfrentan los inversionistas extranjeros en el país huésped se relaciona, en particular, con la soberanía del Estado. El Estado —sujeto soberano tanto de derecho interno como de derecho internacional— puede adoptar sobre su territorio cualquier tipo de actos, de naturaleza legislativa, administrativa, judicial, etcétera. En el ejercicio de dichas capacidades soberanas, el Estado puede ser llevado a vulnerar los derechos individuales de un inversionista extranjero, especialmente sus derechos de propiedad.

<sup>109</sup> Así, por ejemplo, el artículo X del TBI, celebrado entre México y España establece que “Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en un plazo de seis meses desde el

tes de las partes en la controversia es visto como un componente esencial del carácter protector de los TBI, porque “eleva” el conflicto entre el inversionista extranjero y el Estado “huésped” en el plano internacional, evitando así los riesgos asociados con su resolución por los tribunales internos de dicho país.<sup>110</sup>

Los tratados internacionales de inversiones establecen tanto el recurso al arbitraje *ad hoc* como al arbitraje institucional. Muchos de estos acuerdos prevén el sometimiento de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI).<sup>111</sup> El CIADI fue creado en el seno del “grupo del Banco Mundial” por la Convención de Washington sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (también conocida como “Convenio del CIADI”).

En la actualidad, dicho Convenio es ratificado por 154 países miembros de la comunidad internacional. El Centro es competente para resolver las controversias sobre inversiones entre Estados e inversionistas de otros Estados que hayan ratificado el Convenio de Washington.<sup>112</sup> En este sentido, el Centro establece una lista de árbitros y conciliadores que los Estados podrán seleccionar para que integren los paneles arbitrales constituidos bajo

---

inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje”.

<sup>110</sup> El principal obstáculo para el sometimiento de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros a tribunales internos tiene que ver con la imparcialidad e independencia de dichos órganos judiciales. Los tribunales internos son (y deben ser!) independientes del Poder Ejecutivo del Estado, porque “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder está inclinado a abusar de él; se conduce así siempre que no tiene límites...”. Nos lo ha enseñado Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu, en su eterna obra *L'esprit des lois (El espíritu de las leyes)*. Los tribunales internos no son órganos políticos del Estado y no defienden intereses partidistas particulares, son terceros imparciales que controlan la legalidad de los actos de los particulares y del propio Poder Ejecutivo. No obstante, como lo señala Sloss, en aproximadamente dos terceras partes de los países del mundo, el Poder Judicial no es independiente. En dichos países, los intereses políticos de las personas en el poder pueden subvertir de manera casi rutinaria, el derecho y el derecho internacional. Sloss, David y Van Alstine, Michael, *International Law in Domestic Courts*, 2015, disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>, p. 3.

<sup>111</sup> Así, por ejemplo, el capítulo 14 del T-MEC (antiguo capítulo XI del TLCAN) establece un mecanismo arbitral para la solución de controversias en materia de inversiones entre los Estados miembros del acuerdo e inversionistas extranjeros. La parte demandante puede iniciar un arbitraje en contra de uno de los Estados bajo los auspicios del CIADI, a través de la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o a través del recurso a “cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje” (artículo 14-D.3, 3 del T-MEC).

<sup>112</sup> Artículo 1 (2) del Convenio de Washington.

dicho acuerdo internacional.<sup>113</sup> El artículo 25 del Convenio de Washington establece las condiciones en las que se puede ejercer la jurisdicción del CIADI.<sup>114</sup>

El Convenio de Washington constituye una excepción a la aplicación de la regla de agotamiento de los recursos internos, visto que “el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”.<sup>115</sup>

Este breve panorama de la diversidad y heterogeneidad de los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales permite demostrar su constante desarrollo a lo largo del siglo XX y de los albores del siglo XXI. No es posible comprender el funcionamiento complejo del sistema jurídico internacional sin conocer a profundidad cómo operan los mecanismos judiciales y arbitrales de solución de los diferendos internacionales. Mientras que en el inicio de su desarrollo dichos medios parecían sui géneris, únicos y aislados unos de los otros, es posible, hoy día, estudiarlos desde una perspectiva comparada para determinar cómo su diseño jurídico-institucional, su contexto político y sus distintas composiciones influyen en su capacidad de responder a los retos que genera la impartición de la justicia en el ámbito del derecho internacional. El estudio comparado de los medios de arreglo jurisdiccional de las controversias internacionales permite no sólo identificar tales retos, sino también proponer soluciones y mejoras viables en la organización de dichos mecanismos.

A través del análisis comparativo del funcionamiento de distintos medios jurisdiccionales de arreglo de los litigios internacionales, también es posible obtener importantes conclusiones respecto a la manera en la que dichos medios influyen en la toma de decisiones políticas por parte de los Estados miembros de la comunidad internacional, diseñar estrategias de litigio internacional y apreciar la tendencia, más general, hacia la “juridificación” o la “judicialización” de las relaciones internacionales.<sup>116</sup>

<sup>113</sup> *Ibidem*, artículo 3o.

<sup>114</sup> De conformidad con su párrafo 1, dicha competencia “se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”.

<sup>115</sup> No obstante, un Estado “podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio” (artículo 26 del Convenio de Washington).

<sup>116</sup> Hartmann, Eva, “The Difficult Relation between International Law and Politics: The Legal Turn from a Critical IPE Perspective”, *New Political Economy*, 2011, vol. 16, pp. 561-584.

De ahí que el presente libro desarrollará un análisis comparativo del quehacer judicial y arbitral de distintos órganos jurisdiccionales internacionales, con el fin de identificar algunos avances y retos comunes en su funcionamiento.

## II. AVANCES Y RETOS COMUNES A LOS MEDIOS JURISDICCIONALES DE ARREGLO DE LOS LITIGIOS INTERNACIONALES

Para cumplir con este objetivo, la obra se divide en dos partes. La primera parte estudia avances y retos del arbitraje internacional, y la segunda analiza temas y problemas relacionados con los logros y desafíos de los mecanismos de arreglo judicial de las controversias internacionales.

En el capítulo primero de la primera parte se analiza, desde una perspectiva general, el funcionamiento, la naturaleza y la importancia del arbitraje para la solución de controversias, tanto en México como en el plano internacional, y se destacan algunas de las principales ventajas de este mecanismo, en comparación con otros medios pacíficos de arreglo de los litigios internacionales. En el capítulo segundo de la primera parte de la obra se discuten aspectos procedimentales del arbitraje internacional en lo referente a los principios generales del proceso arbitral internacional, a las reglas aplicables al estándar y carga de la prueba ante los órganos arbitrales internacionales, al régimen de las medidas cautelares y a la intervención de expertos y de *amicus curiae* ante dichos órganos. También se discute críticamente la (no) aplicación de la regla del precedente ante los órganos arbitrales internacionales.

El capítulo tercero de la primera parte del libro presenta, en perspectiva y prospectiva, los retos y los resultados del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en los tratados de libre comercio, con especial énfasis en la nueva regulación de éste en el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC). Por su parte, el capítulo cuarto estudia la crisis del arbitraje en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y propone una serie de reformas que podrían remediar la actual parálisis de este medio de solución de controversias interestatales en el plano internacional.

El capítulo primero de la segunda parte de la investigación explora aspectos procedimentales de la resolución judicial de los litigios internacionales, relacionados con los principios generales del proceso judicial internacional, las reglas que rigen la prueba ante los tribunales internacionales, la aplicación de medidas cautelares o la intervención de terceros (expertos y

*amicus curiae*) en las instancias ante los órganos judiciales internacionales. Se discute, además, la (no) aplicación de la regla del precedente ante los órganos judiciales internacionales. En el capítulo segundo se exploran los principales avances y retos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más de cuarenta años de su creación. En el capítulo tercero se discute un problema específico que atañe al funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: el de la justiciabilidad directa, ante la Corte Interamericana, de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los capítulos cuarto, quinto y sexto de la segunda parte de la investigación estudian problemas actuales de la impartición de la justicia penal internacional. En el capítulo cuarto se estudia la aportación jurisprudencial de los dos tribunales penales *ad hoc* —el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)— al trabajo de la Corte Penal Internacional (CPI). En el capítulo quinto se expone la crisis de legitimidad de la CPI y se discuten las críticas en contra de su carácter presuntamente neocolonial. En el capítulo sexto se analizan el origen histórico y los elementos constitutivos del crimen de la competencia de los tribunales penales internacionales. Por último, pero no en orden de importancia, el capítulo séptimo de la segunda parte de la obra estudia críticamente los retos de la regulación, a través del diálogo judicial, de las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y los tribunales internos de los Estados miembros de esta organización de integración regional.

A pesar de la heterogeneidad de los problemas analizados, en la obra se identifican claramente algunos avances y retos comunes a los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales.

En primer lugar, el análisis desarrollado en el libro demuestra que la multiplicación de órganos judiciales y arbitrales internacionales, la ampliación de su competencia contenciosa y la diversificación de su naturaleza y funciones los ha convertido en importantes actores de la gobernanza global.<sup>117</sup> Las sentencias de los jueces y de los árbitros internacionales moldean las expectativas normativas de los actores internacionales en relación con el derecho internacional.<sup>118</sup> En este sentido, en el capítulo segundo de la primera parte y en el capítulo primero de la segunda parte de la obra se anali-

<sup>117</sup> Shany, Yuval, “No longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”, *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, pp. 73-709.

<sup>118</sup> Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, *German Law Journal*, vol. 12, 2010, p. 980.

za la (no) aplicación de la regla del precedente ante los órganos arbitrales y judiciales internacionales. Se concluye que la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de los órganos arbitrales internacionales no constituye una fuente formal del derecho internacional; no obstante, sus sentencias y laudos tienen alcances que van mucho más allá que la simple resolución de un litigio particular.<sup>119</sup> A través de su práctica, los órganos jurisdiccionales de solución de las controversias desarrollan el derecho internacional en un sentido que condiciona a otros en el ejercicio de su libertad.<sup>120</sup> Esta capacidad de los órganos judiciales y arbitrales internacionales de restringir o limitar el actuar de los sujetos del orden jurídico internacional implica que éstos hacen avanzar el “Estado de derecho internacional”.

A través de lo vertido en la obra también se demuestra que los órganos arbitrales y judiciales internacionales garantizan la supremacía del derecho en el ámbito internacional. Dichas jurisdicciones ejercen un importante “control judicial” del respeto de las normas y principios del derecho internacional por parte de los sujetos del sistema jurídico internacional; asimismo, garantizan la igualdad ante el derecho internacional y la seguridad jurídica en su aplicación. La igualdad ante el derecho internacional se manifiesta en la posibilidad para todos los justiciables de acudir ante los jueces y árbitros internacionales para obtener la resolución de su controversia con base en la aplicación de reglas jurídicas. En la actualidad, los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales han desarrollado un verdadero *droit au droit* (derecho al derecho) en contra de la impunidad, demostrando así que nadie está por encima del derecho —ni los *rulers* (los creadores de normas jurídicas) ni los *ruled* (los destinatarios de dichas normas)—.<sup>121</sup>

En algunos casos, los jueces internacionales han sido investidos con la tarea específica de velar por el respeto, en el ámbito internacional, de algunos de los aspectos sustanciales del “Estado de derecho”; por ejemplo, los relativos a la protección de los derechos humanos o a la sanción de los crímenes internacionales. Como se muestra en los capítulos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la segunda parte de la obra, tanto los tribunales internacionales, competentes en materia de derechos humanos, como las jurisdicciones penales internacionales garantizan la observancia, por parte

---

<sup>119</sup> *Idem.*

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 992.

<sup>121</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Reflections on the Century of International Justice and Prospects for the Future”, en Gaja, Giorgio (coord.), *Enhancing the Rule of Law Through the International Court of Justice*, Lybir Bell, 2012, p. 13.

de los sujetos del orden jurídico internacional, de algunas de las exigencias materiales más fundamentales del “Estado de derecho”.

Además, como se manifiesta en el capítulo segundo de la primera parte y en el capítulo primero de la segunda parte del libro, los propios jueces y árbitros internacionales deben observar algunos requisitos formales que se derivan del “Estado de derecho”; por ejemplo, los inherentes al respecto de los principios generales del “debido proceso” (*due process of law*): independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función judicial y arbitral internacional, transparencia y claridad en la motivación de las sentencias judiciales y de los laudos arbitrales internacionales, etcétera. Además, el estudio realizado en dichos capítulos permite dibujar los contornos de un verdadero derecho procesal internacional.<sup>122</sup> La consolidación de las reglas que rigen determinados aspectos del proceso judicial y arbitral internacional, en particular los relativos a la intervención de terceros (*amicus curiae* o expertos) a la instancia, a la práctica de pruebas o de medidas cautelares ante los órganos judiciales y arbitrales internacionales, refuerza la administración de la justicia en el plano internacional. La justiciabilidad procesal de los derechos que las normas y principios del derecho internacional reconocen en el patrimonio jurídico de sus destinatarios preserva su juridicidad misma.

Los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales también han avanzado en garantizar algunos objetivos axiológicos del orden jurídico internacional y han sido actores involucrados en la humanización del derecho internacional. En particular, dichos medios se han revelado imprescindibles para garantizar los derechos humanos de los individuos y para consolidar el reconocimiento de su personalidad jurídica y de su capacidad procesal internacional. A través de su quehacer judicial y jurisprudencial, varios tribunales internacionales han demostrado que la humanidad es el principio y el fin de toda sociedad organizada, tanto en el interior de los Estados como en el seno de la comunidad internacional.<sup>123</sup> Dejando atrás la concepción westfaliana del derecho internacional, según la cual los Estados eran los únicos sujetos de protección de las normas y principios del derecho internacional, los órganos que imparten justicia internacional han demostrado que el verdadero objeto de protección de dichas reglas es el ser humano. Fundamental en este sentido ha sido el aporte

---

<sup>122</sup> Ruiz-Fabri, Hélène, *International Law and Litigation: A Look into Procedure, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg to International, European and Regulatory Procedural Law* (English and French Edition), Nomos, 2019.

<sup>123</sup> Tzevelekos, Vassilis, “Revisiting the Humanization of International Law: Limits and Potential. Obligations erga omnes, Hierarchy of Rules and the Principle of Due Diligence as the Basis for Further Humanization”, *Erasmus Law Review*, 2013, vol. 6, núm. 1, p. 62.

de los tribunales penales internacionales y de los tribunales regionales de derechos humanos.

En primer lugar, la comisión de actos de barbarie y graves violaciones de derechos humanos que han sacudido, en su conjunto, la conciencia de la comunidad internacional justificó la progresiva internacionalización de la justicia penal. La aplicación de las reglas tradicionales de atribución de competencia a los tribunales internos en materia penal conducía, en algunos supuestos, a la impunidad de los autores de los crímenes más atroces. Un caso muy paradigmático en este sentido es el del genocidio armenio, cometido por órganos y agentes del imperio otomán entre 1915 y 1916.<sup>124</sup>

Después de la Segunda Guerra Mundial, otro atroz genocidio —la *Shoah*— puso a prueba en su conjunto, los fundamentos axiológicos del orden internacional liberal. Con el fin de evitar que se repita la impunidad del genocidio armenio, al término de la guerra se crearon los primeros tribunales penales internacionales de Núremberg y Tokio y se reconoció la responsabilidad penal internacional de los individuos.<sup>125</sup> De ahí que en el capítulo cuarto de la segunda parte de la obra se discute críticamente la evolución del concepto de crimen internacional y la construcción de su contenido normativo en la jurisprudencia de los tribunales de Núremberg y en la posterior labor judicial de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* —el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda—. Estos antecedentes permiten explicar la gran aportación de las jurisdicciones penales internacionales al establecimiento de las bases normativas para el reconocimiento de la responsabilidad penal internacional de los individuos. De igual modo, en el capítulo quinto de la

---

<sup>124</sup> En aplicación del principio de territorialidad del delito, los tribunales competentes para enjuiciar a los autores del genocidio armenio eran los del lugar donde se llevó a cabo dicho suceso, es decir, los tribunales del Imperio Otomano. En virtud del principio de personalidad del delito, los órganos judiciales que podían juzgar a los responsables eran los de la nacionalidad de los agentes que cometieron el genocidio —de nueva cuenta—: los tribunales otomanes. Dichas jurisdicciones nunca ejercieron su competencia para impartir justicia a las víctimas del genocidio. Hasta la fecha, sigue discutiéndose la impunidad del Imperio Otomano y de Turquía por el genocidio armenio, y se propone la creación de mecanismos para rendir justicia y proporcionar una reparación, por lo menos simbólica, de los perjuicios sufridos por el pueblo armenio (Karamanian, Susan, “The Armenian Genocide and the International Court of Justice”, en Demirdjian, Alexis, *The Legacy of the Armenian Genocide*, Springer).

<sup>125</sup> Según la famosa consideración de uno de los tribunales de Núremberg, “el derecho internacional impone deberes no sólo a los Estados, sino también a los individuos. Los crímenes en contra del derecho internacional son cometidos por individuos y no por entes abstractos, por ende, solo si se castiga a los individuos que cometen tales crímenes, se puede garantizar el cumplimiento de las disposiciones del derecho internacional”.

segunda parte del texto se analiza la aportación de la jurisprudencia de los dos tribunales penales *ad hoc* para la consolidación de dicha responsabilidad y su aplicación en el posterior trabajo de la Corte Penal Internacional. Sólo gracias a la labor de todas las jurisdicciones penales internacionales se ha logrado garantizar una protección judicial internacional en contra de las graves violaciones de derechos humanos que se producen a través de la comisión de crímenes internacionales.

En segundo lugar, los tribunales regionales de derechos humanos han desempeñado una labor esencial en el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los individuos y en la humanización del derecho internacional. En los capítulos segundo y tercero de la segunda parte de la obra se discuten los aportes en este sentido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El capítulo segundo recorre sus cuarenta años de funcionamiento para resaltar su gran capacidad de adaptación a los contextos políticos, económicos y sociales que han atravesado los Estados de la región latinoamericana. A través de un análisis pormenorizado de las características particulares de este tribunal internacional, se plantea una visión realista de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que enaltece sus éxitos y virtudes, pero, al mismo tiempo, no oculta sus actuales retos.

El objetivo principal del estudio es dar a conocer la fundamental importancia de la Corte para la consolidación de la democracia y del Estado de derecho en las Américas y, al mismo tiempo, mostrar su relevancia para la tutela eficaz de los derechos humanos de los individuos. Inicialmente se había enfatizado la importancia del respeto de determinadas categorías de derechos humanos, en particular los derechos civiles y políticos.

Progresivamente se ha considerado necesario adoptar una visión unificadora de los derechos humanos que incluya también a los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA). De ahí que en el capítulo tercero de la segunda parte de la obra el análisis se centra en la concepción y trascendencia de esos derechos, con el fin de aclarar la cuestión de su justicia-abilidad directa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La evolución que se observa en esta materia muestra los avances de la justicia internacional “humanizadora” hacia la tutela de derechos que garantizan la digna existencia de las personas y que son una condición imprescindible para el desarrollo económico sostenible y el bienestar social. Como lo señala la Resolución 65/309 de la Asamblea General de la ONU, el bienestar social sólo se puede mediar a través de un enfoque más holístico

del desarrollo que tome en cuenta factores adicionales, como valores, educación, salud, relaciones comunitarias y condiciones ambientales.<sup>126</sup>

Además de estos avances, en el libro se identifican algunos retos comunes a los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales.

Como se muestra en los capítulos tercero y cuarto de la primera parte y en el capítulo quinto de la segunda parte del libro, uno de los mayores retos de los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales concierne a su legitimidad. Los árbitros y los jueces internacionales no son democráticamente electos, y no representan, en principio, a los gobiernos estatales. Los jueces internacionales son designados por los Estados miembros de sus estatutos constitutivos a través de procedimientos relativamente opacos en los que no participan representantes de los pueblos.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> A/RES/65/309 Asamblea General, disponible en: [https://digitallibrary.un.org/record/A\\_RES\\_65\\_309-ES](https://digitallibrary.un.org/record/A_RES_65_309-ES).

<sup>127</sup> La CIJ es compuesta por quince jueces electos por un periodo renovable de nueve años. Cada tres años el mandato de una tercera parte expira y se procede a nuevas elecciones para cinco de los quince miembros. Los jueces son electos por un voto a la mayoría simple de la Asamblea de la ONU y del Consejo de Seguridad a partir de una lista de nominados. El Consejo de Seguridad no puede ejercer un derecho de veto en la elección. Los nominados son presentados por los grupos nacionales, presentes en la CPA o por un grupo nacional, compuesto exclusivamente para este propósito. Por lo tanto, los candidatos a ser jueces a la CIJ deben necesariamente contar con la aprobación de su gobierno nacional y con la de muchos otros gobiernos para que su elección alcance una mayoría simple en la Asamblea General. De la misma manera, los jueces que se presentan a la elección deben obtener un voto a favor por parte de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. En consecuencia, la elección de los jueces a la CIJ presenta una clara dimensión política. La designación de los jueces de los dos tribunales penales *ad hoc* es el resultado de un proceso complejo. El TPIY es compuesto por dieciséis jueces y el TPIR por catorce punto siete de los jueces del TPIY y cinco de los del TPIR son miembros de una Cámara de apelaciones común. Los Estados sujetos a su jurisdicción tienen el derecho de proponer hasta dos candidatos que no pueden tener la misma nacionalidad ni la nacionalidad de otro juez miembro de la Cámara de apelaciones. Los miembros son presentados al Consejo de Seguridad de la ONU que puede revisar la lista de nominados antes de presentarla al voto de la Asamblea General. Los candidatos que obtienen la aprobación tanto del Consejo de Seguridad, como de la Asamblea General tienen que haber contado con un importante apoyo tanto por parte de su gobierno nacional, como por parte de la mayoría de los gobiernos de los Estados miembros de la ONU. Los jueces de la CEDH son electos por parte del Consejo de Europa por un periodo de seis años renovable. Cada juez representa a uno de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. Cada Estado presenta tres nominados que deben obtener la aprobación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Dichos nominados deben ser personas de un alto prestigio profesional y moral. La Asamblea ha intentado promover un equilibrio entre los miembros de las profesiones jurídicas que llegan a ser jueces de la CEDH (magistrados, abogados o profesores) y el respeto de la equidad de género. A partir de las elecciones de 1998, los Estados han desarrollado una práctica de consultas informa-

Los árbitros internacionales son personas privadas, elegidas directamente por las partes en la controversia. No obstante, en varios supuestos estos juzgadores controlan la legalidad de los actos que los Estados soberanos adoptan para promover el interés público general de sus sociedades.

Cuando este control se vuelve muy amplio, surgen cuestionamientos en torno a la capacidad de jueces y árbitros “distantes”<sup>128</sup> de las comunidades locales para medir la legalidad de las acciones de actores políticos poderosos. Desde esta perspectiva, en el capítulo III de la primera parte de la obra se demuestra que la crisis del arbitraje internacional de inversiones, en particular bajo los auspicios del CIADI, se relaciona con la falta de legitimidad de los árbitros para imponer límites a la soberanía normativa de los Estados. La evolución del arbitraje internacional en materia de inversiones a partir de la década de los noventa lo habría convertido en una “justicia de excepción”, que atribuye derechos exorbitantes a los inversionistas extranjeros, en contra y en detrimento de los Estados soberanos.

Similares en este sentido son los argumentos sostenidos en el capítulo cuarto de la primera parte de la obra respecto a la crisis del arbitraje en el ámbito de la OMC. Las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC no se han limitado a dirimir las controversias particulares que le fueron presentadas, sino que han ido más allá y han condicionado la toma de decisiones gubernamentales en materia comercial. Gran número

---

de las previas a la nominación de los candidatos para satisfacer estas demandas. Por lo tanto, para ser juez a la CEDH, también se necesita concluir con un proceso altamente politizado y contar con la aprobación previa de su Estado nacional. Los tres miembros de los grupos especiales del mecanismo de solución de las controversias de la OMC son propuestos a las partes en una diferencia por la Secretaría de la OMC. Dichos miembros no pueden tener la nacionalidad de una de las partes y son escogidos a partir de una lista de candidatos que satisfacen las condiciones de elegibilidad establecidas por parte de la Secretaría. No obstante, el Entendimiento sobre la solución de las controversias prevé que en una controversia en la que son parte un país desarrollado y un país en vía de desarrollo, este último puede solicitar a la Secretaría que el grupo especial, nombrado para la resolución de la controversia cuente, con, al menos, un nacional de otro país en vía de desarrollo. Por su parte, los miembros del órgano de apelación son designados por el Órgano de solución de las controversias por un periodo de cuatro años renovable. Dichas personas deberán representar, en términos generales, a la composición de la OMC. Los veinticuatro miembros del TIDM son electos por un voto secreto de los Estados miembros de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Cada Estado propone dos personas y el nombre de todos los candidatos propuestos figura en una lista, sujeta a la votación de todos. Los jueces son electos por un mandato de nueve años renovable, y de la misma manera que en el caso de la CIJ, el mandato de un tercio de los miembros expira cada tres años. Para llegar a ser juez al TIDM también se necesita obtener una nominación y aprobación previa por parte de su Estado nacional.

<sup>128</sup> Movsesian, Mark, “Judging International Judgments”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, p. 93.

de cuestiones altamente políticas son tratadas por la vía del arbitraje y esto ha causado el descontento de varios Estados poderosos, en particular de Estados Unidos. Las críticas en contra del carácter supuestamente neocolonial de la Corte Penal Internacional que se analizan en el capítulo quinto de la segunda parte del libro también se insertan en esta problemática. Según los gobiernos de los países africanos, al centrar el ejercicio de su función judicial en casos africanos, exclusivamente, y al ignorar la comisión de actos de barbarie en otras latitudes geográficas, la Corte ha perdido por completo su legitimidad. Estas críticas traducen, en general, los clivajes Norte-Sur que dividen a los Estados miembros de la comunidad internacional y que tensionan la eficacia de los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales.

Otro reto común de los medios jurisdiccionales de arreglo de los diferendos internacionales se relaciona con su eficacia, es decir, con el respeto y cumplimiento, por parte de sus justiciables, de las sentencias y resoluciones que adoptan. La ejecución de las sentencias de los órganos judiciales y arbitrales internacionales no constituye el único efecto que dichas decisiones pueden producir en los órdenes jurídicos internos. Las sentencias de los órganos judiciales y arbitrales internacionales son susceptibles de crear impactos más allá de un cumplimiento cabal con lo dispuesto en aquéllas. Así, la propia resolución de un juez y/o árbitro internacional puede ser suficiente para lograr la satisfacción de las partes.<sup>129</sup> Aún si los Estados incumplen con el contenido de dichas sentencias, éstas pueden modificar vastas parcelas del derecho interno, concepciones previas en torno a la legalidad o ilegalidad de determinadas conductas y, de manera general, aspectos de la cultura jurídica de los operadores y agentes del sistema interno. Las sentencias de los tribunales y órganos arbitrales internacionales pueden influenciar no sólo el actuar del Estado y de sus órganos, sino también el de actores no estatales (organizaciones no gubernamentales, individuos, empresas, medios de comunicación, por ejemplo). No obstante, la ejecución de las sentencias de las jurisdicciones internacionales por parte de sus destinatarios es fundamental para el respeto del Estado de derecho y para la integridad, credibilidad y legitimidad de los sistemas jurídicos, interno e internacional.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Huneeus, Alexandra, "Courts resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, p. 505.

<sup>130</sup> Baluarte, David y De Vos, Christian, *Open Society Justice Initiative, From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, disponible en: [http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/international\\_justice/articles\\_publications/publications/from-judgment-to-justice20101122](http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/international_justice/articles_publications/publications/from-judgment-to-justice20101122).

En relación con lo anterior, algunos autores han señalado la existencia de una correlación negativa entre las ambiciones de ciertos órganos judiciales y arbitrales internacionales y la observancia de sus resoluciones por parte de los sujetos del derecho internacional.<sup>131</sup> A mayor alcance y mayor fuerza normativa de dichas sentencias, mayor resistencia por las partes vencidas en los procedimientos iniciados ante su foro.<sup>132</sup> En este sentido, en el capítulo segundo de la segunda parte de la obra se analizan los retos derivados del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las formas complejas de reparación ordenadas por la Corte han ido más allá de la simple reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas de violaciones de derechos humanos y han supuesto la adopción de medidas concretas por parte de distintos órganos estatales. Eso explica el alto grado de incumplimiento de las sentencias de la Corte y justifica algunos intentos recientes de mejorar la eficacia de sus resoluciones; por ejemplo, la práctica de convocar a sesiones de revisión de cumplimiento o el ejercicio, por parte de la Corte, de la así denominada “competencia ejecutiva”. De igual modo, en el capítulo quinto de la segunda parte del libro se analiza la ineficacia crónica de algunas de las decisiones de la Corte Penal Internacional y las resistencias que ha producido el cumplimiento, por parte de los Estados, de las órdenes de arresto emitidas por la Corte. Se concluye que la negativa de los Estados miembros del Estatuto de Roma de cooperar con esta jurisdicción penal internacional constituye actualmente uno de los principales desafíos de la impartición de la justicia penal internacional.

Otro reto común a los medios jurisdiccionales de arreglo de los litigios internacionales que se pone de manifiesto en este libro es de naturaleza sistémica, y tiene que ver con la coordinación de la actividad judicial y jurisprudencial de los distintos órganos judiciales y arbitrales internacionales. Dichos órganos interactúan constantemente entre sí, pero no existen reglas formales, en el derecho internacional o en el interno, que establezcan el deber ser de esa interacción. En primer lugar, no hay, en el ordenamiento jurídico internacional, tribunales jerárquicamente superiores (o supremos) que velen por la coherencia en la aplicación e interpretación del derecho internacional por parte de los demás órganos judiciales que operan en su

---

<sup>131</sup> Romano, Cesare *et al.*, Mapping International Adjudicative Bodies, the Issues and Players, en Romano, Cesare *et al.*, *The Oxford Handbook on International Adjudication*, Oxford, 2014, p. 19.

<sup>132</sup> Shany, Yuval, “Compliance with Decisions of International Courts as Indicative of Their Effectiveness: A Goal-Based Approach”, *Select Proceedings of European Society of International Law*, vol. 3, 2010, p. 229.

ámbito.<sup>133</sup> No hay reglas claras de articulación de sus competencias procesales, y las distintas jurisdicciones internacionales parecen operar sobre una base completamente descentralizada que evoca un Estado autárquico. En segundo lugar, los órganos arbitrales internacionales son, por definición, completamente autónomos unos *vis-à-vis* de los demás y no tienen una obligación formal de tomar en consideración su quehacer judicial y jurisprudencial respectivo. La ausencia de un segundo grado de jurisdicción en el arbitraje internacional refuerza los retos de la interacción entre distintos tribunales arbitrales.

Esta situación ha creado numerosos problemas concretos para la impartición de la justicia en el derecho internacional. En primer lugar, la inexistencia de regulación jurídica de las relaciones entre los múltiples tribunales y órganos arbitrales internacionales ha causado conflictos de competencia, en los que más de una jurisdicción ha sido llevada a pronunciarse sobre casos idénticos o similares. De igual modo, la ausencia de reglas jurídicas que formalicen y estructuren las relaciones entre las jurisdicciones internacionales ha dado lugar a conflictos de jurisprudencia, en los que dos o más tribunales y/o órganos arbitrales internacionales interpretaron y aplicaron, en forma divergente, las mismas normas y principios del derecho internacional.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Graewert, Tim, “Conflicting Laws and Jurisdiction in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 1, 2008, p. 290.

<sup>134</sup> Los conflictos de jurisprudencia entre tribunales internacionales también se materializaron en varios casos recientes. Como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su *Opinión consultativa sobre el derecho de información sobre la asistencia consular*, “en todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho”. Así, por ejemplo, en el caso *Tadic*, el TPIY sostuvo argumentos distintos a los expresados por la CIJ en el asunto *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*. Las dos jurisdicciones internacionales llegaron a conclusiones contradictorias respecto al concepto de “control”, exigido para el establecimiento de la responsabilidad internacional de un Estado. En el mismo sentido, en varias sentencias, la CEDH y el TJUE interpretaron y aplicaron la Convención Europea de Derechos Humanos de manera claramente contradictoria. De igual manera, en 1999, en su *Opinión consultativa sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el derecho individual previsto en el artículo 36-1 b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares formaba parte del “cuerpo del derecho internacional de los derechos humanos”. En 2001, la CIJ, en el caso *Lagrand*, señaló que no era necesario pronunciarse sobre el carácter de “derecho humano” de lo previsto en dicho artículo. Unos años después, México se lo volvió a preguntar en el caso *Avena* y la

En el capítulo primero de la primera parte de la obra y en el capítulo segundo de la segunda parte se analiza esta problemática, en lo referente, en particular, a la obligación de los tribunales arbitrales y de los órganos judiciales internacionales de respetar precedentes establecidos en sentencias previas, resueltas por otras jurisdicciones de la misma naturaleza. La posibilidad de aplicar la doctrina de *stare decisis* ante los órganos judiciales y arbitrales internacionales podría convertirse en un importante mecanismo para coordinar su quehacer jurisdiccional y para armonizar su jurisprudencia. No obstante, como se muestra en el contenido de la obra, la ausencia de jerarquías normativas e institucionales en el derecho internacional milita en contra de la aplicación de la regla del precedente ante las jurisdicciones internacionales. Por el momento, su interacción se basa en mecanismos informales tendientes a mejorar las “referencias cruzadas” (*cross references*) del diálogo judicial internacional y transnacional.

El reto de la coordinación se presenta también respecto a la relación entre los órganos para el arreglo judicial de las controversias internacionales y los tribunales internos de los Estados. No existen normas de derecho interno o internacional que establezcan jerarquía entre tribunales internos e internacionales. Ningún tribunal (interno o internacional) ocupa un rango jerárquico superior respecto a los demás. Los tribunales internos e internacionales son completamente descentralizados y se sitúan todos al mismo nivel. Ningún tribunal (interno o internacional) ha sido erigido en jurisdicción suprema, con competencia para garantizar la uniformidad en el ejercicio de la función judicial de otros tribunales (internos o internacionales).

La doctrina de *stare decisis*, en principio, tampoco se aplica en las relaciones entre los tribunales internos e internacionales. No hay normas escritas ni en el derecho interno ni en el internacional, que consideren a las sentencias de las jurisdicciones internacionales como precedentes obligatorios para los órganos judiciales internos y viceversa. Por ende, aunque en la práctica los tribunales internos e internacionales interactúan constantemente, en derecho, dichas jurisdicciones son completamente autónomas e independientes y no tienen ninguna obligación de coordinar su quehacer judicial. Este escenario ha sido proclive al desarrollo de conflictos de competencia y conflictos de jurisprudencia entre los tribunales internos e internacionales que pueden parecer, a primera vista, irracionales e injustos. El último capítulo de la segunda parte de la obra indaga en torno a esta problemática en un ámbito regional específico: el de la Unión Europea. La jurisprudencia del Tribunal

---

CIJ afirmó que la consideración del derecho individual previsto en el artículo 36 como un derecho humano no puede deducirse ni del texto del artículo ni de sus *travaux préparatoires*.

de Justicia de la Unión Europea había vuelto a los tribunales internos de los países miembros de esta organización de integración regional “jueces ordinarios de derecho comunitario” (*juges de droit commun du droit communautaire*).<sup>135</sup>

Dicha complementariedad se fundaba, en buena medida, en el diálogo judicial, como elemento inherente a la cooperación entre jueces internos y jueces comunitarios y como un instrumento predilecto para la integración en el orden jurídico de la UE. No obstante, en años recientes han aparecido fuertes tensiones en esta forma de coordinación dialógica, y la decisión PSPP (Programa de Compras del Sector Público) del Tribunal Constitucional de Alemania que se analiza en esta parte de la obra establece criterios que podrían orientar los debates sobre este tipo de tensiones y retos en el actuar de los tribunales internos e internacionales.

Es de enfatizarse que la presente obra colectiva se propone ampliar y mejorar el entendimiento del marco normativo e institucional de los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales, con el fin de fortalecer la cultura jurídica internacional de sus lectores y su compromiso con la observancia del Estado de derecho, tanto en el plano interno como en el internacional.

El libro va más allá de una simple introducción monográfica y descriptiva al funcionamiento del arbitraje y de los mecanismos para el arreglo judicial de los litigios internacionales y contiene, en realidad, una visión global, crítica y de conjunto de algunos de sus principales logros y fracasos. Se examinan no sólo los textos normativos que regulan el quehacer de los órganos judiciales y arbitrales internacionales, sino también la manera en la que dichas instituciones han interpretado y aplicado a estos conjuntos normativos. La práctica y la teoría de los medios jurisdiccionales de solución de controversias se entrelazan constantemente a lo largo de la exposición.

Las distintas contribuciones que se exponen en el contenido de la obra dan cuenta de un conocimiento profundo de los medios jurisdiccionales de solución de controversias y de una visión crítica, apolítica y socialmente útil acerca de su funcionamiento. En este sentido, se trata de un libro muy recomendable no sólo para estudiosos del derecho internacional (alumnos, docentes, jueces, abogados, miembros de la sociedad civil), sino también para expertos en otras disciplinas (ciencias políticas, administración pública, relaciones internacionales, entre otras).

---

<sup>135</sup> Dupont Lasalle, Julie, “La ‘subsidiarité juridique’, instrument de l’intégration Communautaire”, *Droit et Société*, vol. 80, 2012, pp. 47-71.

## PRIMERA PARTE

# AVANCES Y RETOS DEL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

## CAPÍTULO PRIMERO

# EL MEDIO ARBITRAL EN LAS RELACIONES PRIVADAS COMERCIALES INTERNACIONALES Y SU APLICACIÓN EN MÉXICO

Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS

### I. MARCO INTRODUCTORIO: LA IMPORTANCIA DEL MEDIO ARBITRAL EN LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

Las nuevas tendencias de la economía y del tráfico jurídico internacional están dinamizando e incrementando las relaciones privadas comerciales y financieras en el plano mundial, generando una realidad compleja que exige al derecho respuestas claras y ágiles para la solución de controversias económicas internacionales, como lo es el medio arbitral, que llega a convertirse en una necesidad de primer orden para brindar seguridad y certeza jurídica a inversores y empresas que realizan actos de comercio internacional y transnacional; una opción común, principalmente entre las personas morales y sociedades mercantiles de Estados con sistemas jurídicos avanzados, en los cuales el nivel de confianza en sus gobiernos y sistemas de justicia es alto, y la corrupción de las estructuras públicas y privadas es baja o está controlada. Así, el medio arbitral surge a partir de requerimientos concretos y aparece como una manifestación de la “justicia privada”, en cuanto constituye una excepción a la función jurisdiccional que corresponde al Estado, en la medida en que abre una vía alterna para la solución de los conflictos; amén de que, en virtud del creciente proceso de inserción de las economías nacionales en la economía mundial, se ha convertido en un paradigma de la justicia comercial internacional, en el que las leyes y convenios que lo enmarcan responden a las demandas de integración armónica pautadas por el propio fenómeno de la globalización, en un contexto típica y marcadamente neoliberal.

En este mundo de interdependencia globalizada discurre cotidianamente un amplio y complejo intercambio de bienes y servicios, donde las personas físicas y jurídicas o morales buscan conquistar nuevos mercados y espacios propicios para realizar sus negociaciones, dando lugar con ello al surgimiento de diferencias y disputas de toda índole entre ellas y una gran variedad de otras entidades participantes. En el tráfico jurídico internacional comercial los sujetos intervinientes en la concertación de transacciones internacionales, incluyendo al Estado soberano, precisan ser advertidos por quienes los asesoran sobre su postura y respuesta ante eventuales desavenencias, que los podrán obligar a entablar litigios ante una jurisdicción o bajo una ley que no les resulte familiar, en un idioma extranjero, con procedimientos llevados a cabo lejos del centro de sus actividades y conducidos por abogados e instancias mediadores o jurisdiccionales de otros foros. De ahí que requieran conocer con certeza que estos ambientes de desacuerdo y las incertidumbres circunstanciales que traen generalmente aparejadas pueden disiparse si ellos como partes contratantes toman la temprana previsión de acordar la modalidad en que se resolverán las disputas.

Esta posibilidad que se les presenta a las partes desde el inicio mismo de la concertación, si bien no el único, es el momento más propicio, el de plena armonía, el de expectativas recíprocas, el de mayor disposición al diálogo y el que mejor satisface la apertura de los canales de comunicación para la negociación. Empero, resulta casi de toda obviedad destacar que la situación inicial suele cambiar con el tiempo y con la puesta en práctica de lo concertado en un ambiente de entendimiento, y se torna más áspera, hasta encontrar un punto de enrarecimiento al momento de producirse el estallido de la controversia, siendo entonces cuando, aparecida la desafortunada dificultad de la desavenencia, las partes deben buscar el mejor medio de solución a la nueva problemática, recurriendo ante un tribunal internacional competente para dirimir la disputa, o ante los tribunales ordinarios estatales de la jurisdicción de alguna de ellas.

Aquí es donde el medio arbitral comercial se presenta como un procedimiento para la solución de conflictos que hoy en día tiene alto interés y utilidad en las relaciones nacionales e internacionales, y el desarrollo procesal de un convenio privado que, con el apoyo del orden jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles, entre las partes que lo han celebrado, a un árbitro o a un tribunal arbitral independientes, señalando los términos básicos de su misión, el derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas del procedimiento, y el lugar e idioma a utilizar. En su naturaleza, el acuerdo de voluntades de las partes es elemento sustancial y dinámico del arbitraje, donde el o los árbitros resuelven las cuestiones

planteadas mediante un laudo, pero careciendo del imperio para ejecutar, lo que, en su caso, corresponderá a un juez competente; en otros términos, el compromiso arbitral es un acto privado en el que rige la autonomía de la voluntad, pero por lo mismo está también sujeto a los límites a dicha autonomía, y está caracterizado por la ausencia de rigorismos procesales, por la búsqueda de la celeridad en los resultados, y por la idoneidad de quienes reciben la delicada misión de decidir.

En el tráfico mercantil contemporáneo los operadores económicos recurren con frecuencia al arbitraje para resolver diferencias surgidas en la interpretación o ejecución de contratos celebrados con empresas de uno o de diferentes Estados, atraídos por las ventajas que esta institución tiene frente al proceso ante los tribunales estatales, lo cual explica en parte la privilegiada posición que ocupa entre otros métodos de arreglo de controversias en el comercio internacional, amén de que se funda y cuenta con el respaldo, cada vez más claro y preciso, del orden jurídico, cuyos preceptos son en mayor parte supletorios, pero que contienen disposiciones imperativas, como los dos principios fundamentales del medio arbitral reconocidos en la práctica operativa y legislativa, como son el proporcionar a las partes contendientes la máxima igualdad posible, y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Es uno de los métodos alternativos o autocompositivos para la solución de controversias más utilizado en el comercio internacional, pues es moderno, flexible, rápido y especializado, y cuyo auge y amplia difusión en las relaciones privadas internacionales obedece a que muchos de los conflictos que se suscitan entre los comerciantes no llegan a plantearse ante los tribunales de justicia estatales por la problemática que éstos presentan, frente a las múltiples ventajas que un litigio arbitral les ofrece. Es decir, no es un procedimiento para administrar justicia ni una función de la actividad jurisdiccional del Estado que se desempeña por los jueces y tribunales administrativos, sino un método alternativo autónomo y de amplia adaptabilidad.

En décadas anteriores, poco antes de que aparecieran las corrientes unificadoras o armonizadoras, los principios de derecho mercantil y, por ende, del derecho arbitral, estaban aislados y dispersos en la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional y de otros centros administradores, pero a raíz de la promulgación de los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 1994 se comienza a observar su consideración por todos ellos al momento de dictar sus laudos y su consecuente utilización generalizada en las relaciones privadas comerciales internacionales. Y si bien a partir de este proceso histórico se ha llegado a considerar al medio arbitral como un instrumento idóneo para lograr resultados

correctos y concretos en la solución de problemas comerciales, en ocasiones puede ser recomendable combinarlo con juicios civiles en forma alternativa o acumulativa (medidas provisionales, juicios paralelos, juicios ejecutivos mercantiles).

En México, el desarrollo del medio arbitral se remonta formalmente a la Colonia, donde estuvo regulado por las Leyes de Partidas, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, aunque su uso era escaso, debido a que las relaciones comerciales con otros países eran mínimas, aunque con un importante papel de los consulados, hasta que en 1842 se eliminó la posibilidad de su utilización con el establecimiento de tribunales mercantiles.<sup>1</sup> Durante el siglo XIX, cuando aún no se podía hablar de soberanía, el monopolio del Estado abarcó la función judicial, de tal manera que no se permitía que ningún otro órgano o institución solucionara los conflictos; el propio Estado se convirtió en empresa, y no era bien visto que participara en litigios. Tiempo después ve la luz un dispositivo en materia de comercio, el Código de Lares de 1854, de inspiración francesa, donde se estableció el arbitraje comercial como medio de resolución de controversias, y que sólo tuvo vigencia en algunas entidades federativas, incluido el Distrito Federal. Con la reforma constitucional de 1883, el arbitraje comercial se federalizó, y más adelante se expidió el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, de abril de 1884, sin prever el procedimiento arbitral sino hasta cinco años más tarde, en 1889, con la promulgación del actual Código de Comercio, que lo estableció en su artículo 1051, al disponer que “el procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional. A falta de convenio expreso de las partes interesadas, se observarán las disposiciones de este libro y, en defecto de éstas o de convenio, se aplicará la ley de procedimientos local respectiva”.

Posteriormente, se modificó esta disposición, al estipularse que el procedimiento mercantil preferente pudiera ser “un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral”; sin embargo, el hecho de que la ley exigiera como requisito de validez para la cláusula compromisoria, que constara en escritura pública ante notario juez, inhibió el desarrollo del arbitraje por su excesiva formalidad;<sup>2</sup> este requisito se eliminó con la ratificación de la Convención de Nueva York en 1971, y para 1989 se introdujeron algunas disposiciones de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o

---

<sup>1</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias. Análisis y práctica en México*, México, Porrúa, 2004, p. 59.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 24.

UNCITRAL).<sup>3</sup> En 1993, durante la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, hoy T-MEC), Estados Unidos y Canadá, solicitaron a México realizar reformas a algunas leyes internas para la firma del tratado, y es así como se introdujo de forma íntegra la citada Ley Modelo, sin ninguna modificación, en el título cuarto del libro quinto del Código de Comercio.<sup>4</sup> De ahí hasta la fecha, se puede hablar con propiedad de que México es un Estado partícipe en la doctrina, la práctica y la operación sistemática del medio arbitral comercial internacional; y con ello logró su inserción activa y reconocimiento en las relaciones privadas comerciales internacionales.

## II. NATURALEZA, CONCEPTUALIZACIÓN, FUNDAMENTOS, TIPOLOGÍA Y VENTAJAS DEL MEDIO ARBITRAL EN EL TRÁFICO JURÍDICO COMERCIAL INTERNACIONAL

Existe un amplio debate en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, básicamente entre dos posiciones: la contractualista y la jurisdiccionalista. Los contractualistas sostienen que debe analizarse al arbitraje a partir del convenio entre las partes y los efectos de éste, considerando que el contrato se ejecuta por medio del proceso arbitral. Los árbitros conservan su calidad de personas privadas, la fuente normativa del derecho se encuentra en la voluntad de las partes y la elección del derecho de fondo tiene una vinculación con determinado orden jurídico, basado en los usos y prácticas comerciales; en cuanto a la decisión de los árbitros, tiene el valor de un contrato que debe ser respetado por las partes, y en caso contrario se recurrirá a un procedimiento ordinario de incumplimiento contractual para obtener su ejecución forzada.

En contraparte, los jurisdiccionalistas señalan que la presencia en el arbitraje de un tercero extraño que esté a cargo de la resolución permite considerar que en el arbitraje se realiza una función jurisdiccional, destacando la delegación de los árbitros de poder juzgar como jueces, y la sentencia arbitral es el producto de un verdadero juicio:

La autoridad de los árbitros es una concesión y no un derecho. El árbitro se diferencia del juez en que éste obtiene su autoridad directamente de la soberanía, en cambio el primero, si bien su autoridad deriva de la soberanía

---

<sup>3</sup> Siqueiros Prieto, José Luis, “La ley mexicana en materia de arbitraje comercial”, *Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, 1999, núm. 28, p. 28.

<sup>4</sup> Araujo Valdivia, Luis, “El arbitraje comercial y su regulación legal”, *Colección Jurídica*, UNAM, Facultad de Derecho, vol. 1, núm. 6, septiembre de 1974, p. 214.

estatal, su designación depende de la voluntad de las partes. De tal manera, que” el árbitro está vinculado a un orden jurídico estatal que le confiere los atributos jurisdiccionales previo acuerdo de los interesados.<sup>5</sup>

Ahora bien, desde la perspectiva del acuerdo arbitral se llega a la tesis contractualista; pero si lo visualizamos como un medio solucionador de controversias, el enfoque es hacia la posición jurisdiccionalista, razón por la cual algunos autores creen que es más congruente una visión mixta, es decir, se debe reconocer que el arbitraje surge de un acuerdo de voluntades de las partes en conflicto, pero también sabemos que su finalidad específica es la solución de este último.

En lo que toca a la conceptualización del medio arbitral en el tráfico jurídico comercial internacional, o simplemente arbitraje comercial, se debe entender como un mecanismo de solución de controversias con carácter extrajudicial, y que además se involucra a un tercero (árbitro), designado por las partes para resolver la diferencia. “Las facultades jurisdiccionales del árbitro derivan del consenso acordado por las partes involucradas en la controversia”.<sup>6</sup> Coincido con el uruguayo Santos Belandro, al destacar tres enfoques básicos sobre el medio arbitral comercial: 1) en ciertos momentos fue considerado como el medio preferido para la solución de conflictos privados frente a la justicia ordinaria; 2) el tratamiento jurídico prevaleció sobre otros enfoques, y sus fundamentos se relacionaban esencialmente con el Estado, y 3) se consideraba como un fenómeno netamente jurídico, ya que la manera de mantener una coexistencia entre las partes no se basaba en criterios jurídicos, es decir, las partes concebían los litigios como una situación transitoria o como una solución rápida para mantener sus relaciones comerciales. Bajo esta perspectiva, es válido sostener que el arbitraje aparece como una institución que ha merecido un tratamiento privilegiado: “El arbitraje comercial internacional moderno, se ha definido como el método alternativo para la solución de controversias más socorrido, flexible, rápido y especializado”.<sup>7</sup>

En igual sentido, el medio o litigio arbitral “es un medio de solución de controversias, producto de un acuerdo entre las partes, por lo que convienen que determinadas disputas se resolverán según determine un tribunal

---

<sup>5</sup> Santos Belandro, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, México, Oxford University Press, 2000, pp. 180 y 181.

<sup>6</sup> Pérezniecto Castro, Leonel, *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Fontamara, 2006, p. 121.

<sup>7</sup> Santos Belandro, Rubén, *op. cit.*, p. XV.

arbitral, y el procedimiento se seguirá conforme las partes convengan”.<sup>8</sup> Otras significaciones del mecanismo las puntualiza el también profesor uruguayo Barrios de Angelis: *a)* facultad, poder o derecho de los árbitros de emitir su laudo; *b)* facultad de los sujetos privados de someterse a sujetos privados; *c)* poder encarado como función pública encomendada a los árbitros; *d)* acción o actividad del árbitro efectuada al pronunciarse éste; *e)* juicio, procedimiento o proceso arbitral; *f)* ese juicio, más los actores preliminares del arbitraje, y *g)* institución que comprende todos los aspectos vinculados al juicio referido.<sup>9</sup> Por su parte, Antonio Boggiano sostiene que teniendo como contexto las relaciones privadas internacionales, en los casos en que las partes tienen sede o domicilio en diferentes países, o cuando la controversia es objetivamente multinacional, esto es, presenta elementos de contacto (puntos de conexión) claros con diferentes sistemas jurídicos, las diferencias comerciales son susceptibles de transacción, y, por ende, son arbitrales o sometidas al medio arbitral, y es necesario no confundirlas con otros mecanismos de solución de controversias.<sup>10</sup> Es un hecho que las múltiples y diferentes acepciones que la doctrina consigna sobre el medio arbitral y la existencia de distintas perspectivas y enfoques, muchas veces imprecisos y aun contradictorios, complica sobremanera la posibilidad de obtener un concepto único de la figura, por lo que es más conveniente generalizarlo simple y llanamente como un mecanismo de solución de controversias de características y procedimientos propios que es cada vez más utilizado en el tráfico jurídico internacional en materia comercial, que, por lo mismo, debe diferenciarse de otras vías de resolución conflictual, como la mediación, la conciliación y la transacción intraprosesal.

Pasaré ahora a plantear algunas reflexiones generales en torno a los fundamentos del arbitraje comercial en México. En nuestro país hay varios organismos públicos que manejan procedimientos arbitrales, pero en realidad sólo son administrativos, como los que lleva a cabo, por ejemplo, la Junta de Conciliación y Arbitraje y la Procuraduría del Consumidor, fuera de lo cual es posible distinguir dos tipos de arbitraje: el arbitraje en derecho y el arbitraje en amigable composición. En cuanto al primero, la legislación mexicana lo estipula como “aquél que para la decisión del negocio cuyo conocimiento se les ha sometido, tiene que sujetarse estrictamente a las

<sup>8</sup> Abascal, José María, “Panorama del arbitraje comercial”, *World Arbitration & Mediation Review*, Institute for Transnational Arbitration, 2012, p. 28.

<sup>9</sup> Barrios de Angelis, Dante, *El juicio arbitral*, Montevideo, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 1956, p. 182.

<sup>10</sup> Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 932 y 933.

prescripciones de la ley”; es decir, como cualquier juez estatal, en un procedimiento arbitral en derecho, el árbitro que tiene por misión pronunciarse en derecho, hace un silogismo jurídico, donde la premisa menor está constituida por los hechos y la premisa mayor se constituye por la menor regla jurídica, y la conclusión se deduce de la aplicación de la regla a los hechos. La solución es así predeterminada.<sup>11</sup>

Respecto del segundo tipo, no tiene una noción definida, por lo que es necesario revisar algunas normas que lo regulan en diversas materias; en materia civil las legislaciones locales definen la amigable composición como un método alterno distinto al arbitraje, mientras que por parte de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, considera en sus reglas a la amigable composición como un procedimiento donde se hacen recomendaciones por parte de la Comisión, pero que no vinculan a las partes. En cambio, el Código de Comercio lo visualiza como un verdadero arbitraje que concluye con un laudo definitivo y obligatorio.<sup>12</sup> En efecto, el artículo 1445 del instrumento establece que “El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado a hacerlo”. Y, por otro lado, el artículo 28.3 de la Ley Modelo en la materia preceptúa que se debe distinguir entre la *amiable composition* y el procedimiento *ex a quo et bono*; este último es, en la terminología nacional, el “arbitraje en conciencia”.

Por otra parte, pasaré a señalar las fuentes de derecho del medio arbitral en México; esto es: el derecho convencional (tratados y convenciones internacionales), las normas de derecho interno (leyes y códigos aplicables), y el uso de la autonomía de las partes (con los límites establecidos por la ley). En el rubro de la regulación procedente del derecho convencional internacional, la mayoría de los Estados se han esforzado por codificar diversas reglas sobre arbitraje, entre las que destaca para México la Convención de Nueva York (1958) sobre el enjuiciamiento y reconocimiento del laudo, extendido aun para los países no firmantes, y que da lugar y forma parte de importantes tratados internacionales, como la Convención de Panamá (1975), referente al acuerdo arbitral y a los efectos del reconocimiento en un lugar distinto de donde se dictó; la Convención de Montevideo (1979), sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, en la cual nuestro país presentó una reserva, limitando su aplicación a las sentencias de condena en materia patrimonial; el Convenio Bilateral entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos sobre Reconocimiento

---

<sup>11</sup> Pereznierto Castro, Leonel y Graham, James A., *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, México, Limusa, 2009, p. 59.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 60.

y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil (1989); el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN (Tratado México, Estados Unidos y Canadá —T-MEC— a partir de 2020), y el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea, TLCUEM (2000); en ambos instrumentos se estipula la promoción y facilitación del arbitraje como medio alternativo en la solución de controversias comerciales internacionales y se establecen procedimientos que garantizan la ejecución del laudo. Igualmente, se aplica la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNICITRAL, 1985), que no es un convenio o tratado internacional, sino un instrumento modelo dirigido a la formulación de legislación uniforme sobre el medio arbitral por parte de todos los Estados interesados en su aplicación uniforme en las relaciones privadas internacionales.<sup>13</sup>

En el segundo bloque relativo a la codificación interna o regulación procedente del derecho interno legislativo, es un hecho que antes del 18 de junio de 2008 no se menciona expresamente en nuestra Constitución la posibilidad de que los particulares, en atención al principio de autonomía de la voluntad, pactaran renunciar a los órganos judiciales del Estado para someter una controversia determinada al medio arbitral.<sup>14</sup> El hecho de que la posibilidad de acudir al arbitraje no se encontrara contenida en la ley fundamental trajo consigo intensos debates respecto de la constitucionalidad del arbitraje, como antes señalé. Sin embargo, todo cambia al reformarse en esa fecha el artículo 17, que señala, entre otros aspectos, que “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”,

---

<sup>13</sup> Una “ley modelo” no es en términos estrictos un tratado o acuerdo internacional, pero tiene prácticamente los mismos fines y funciones, con un mecanismo de elaboración más expedito. Es un arquetipo de texto legal preparado entre Estados y/o por organizaciones internacionales para que los legisladores nacionales consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna; un instrumento elaborado multilateralmente y tiene por objeto ayudar a los Estados que lo deseen a reformar y modernizar su legislación nacional”. La ley tipo no tiene “signatarios”, ya que al ser un prototipo legal que los gobiernos pueden plasmar o no en el derecho interno, presenta los mismos rasgos que cualquier otra ley aprobada por el Poder Legislativo estatal. No la elaboran partes firmantes o “signatarios” o con base en “listas de partes” como las de los tratados, es decir, no se trata de una convención vinculante con arreglo al derecho internacional. Estas figuras surgen en el tráfico jurídico internacional, muchas son de carácter económico y de uso común en las relaciones privadas internacionales, y se afianzan en la praxis interestatal del mundo de posguerra fría. Véase Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México*, México, UNAM, FCPS, 2017, pp. 248 y ss.

<sup>14</sup> Perezniro Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford, 2000, p. 26.

destacando en su párrafo tercero sobre la solución de fondo del conflicto: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.<sup>15</sup>

En México, las reglas indican que a falta de tratados o convenciones internacionales, se aplicará la ley interna; no obstante, existen diversas disposiciones de derecho interno que norman el proceso arbitral. En primer término, está el Código de Comercio, que a nivel nacional regula la actividad comercial, y en su título IV se dedica especialmente al arbitraje, destacando el numeral 1051, en el sentido de que “el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral”. Figura en segundo término el Código Federal de Procedimientos Civiles, que aborda principalmente el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros, aunque deja un tanto de lado la regulación del acuerdo y el proceso arbitral. Asimismo, están los códigos locales de procedimientos civiles, en los cuales, a diferencia de otros países, se distingue la actividad comercial de la civil, en términos de que “La legislación en materia civil y de los litigios considerados civiles, corresponde a las entidades federativas, cuyos tribunales resuelven las disputas”.<sup>16</sup> Estos códigos regulan dos temas: la preparación del procedimiento del medio arbitral (elección de los árbitros) y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Son también de mencionar otros instrumentos jurídicos y legislativos, como la Ley sobre Celebración de Tratados, que comprende disposiciones referentes a la elección de los árbitros, regula la actividad del presidente de la República sobre la celebración de los tratados e incluye normas referentes al arbitraje, aunque indica que el reconocimiento de un laudo extranjero debe ajustarse al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Procedimientos Civiles del DF y al Código de Comercio, lo cual provoca confusión, y de alguna manera desplaza inconstitucionalmente a los códigos de procedimientos civiles de cada entidad federativa o al propio Código de Comercio. Por su parte, la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia enmarca la regulación de las cuotas que se pagarán por el servicio de los árbitros, y hace referencia expresa a la lista de árbitros que el Poder Judicial pudiera designar. Considérese también los precedentes judiciales, que no

---

<sup>15</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, artículo 17, pp. 53 y 54.

<sup>16</sup> Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 29.

son equivalentes a la ley, y, por tanto, no son obligatorios, a menos que se reiteren de forma idéntica “cinco veces y ninguna en contrario”, es decir, para ser jurídicamente vinculantes, lo que en el orden interno se denomina como *jurisprudencia*, la cual, cada vez en más ocasiones puede dar peso al arbitraje comercial.

Por último, es de aludir la regulación que atiende a la autonomía de la voluntad de las partes, bajo cuyo amparo éstas pueden pactar directa o indirectamente el procedimiento a seguir, al igual que los tribunales u órganos que les resolverán las controversias, considerando que de manera indirecta aquéllas confían en las reglas y órganos creados, y en que se han establecido procesos basados en la experiencia aplicativa de las reglas arbitrales que atienden las nuevas necesidades de las relaciones comerciales internas e internacionales. Mis colegas Pereznieto y Silva lo explican claramente, al afirmar:

Las leyes internas y los tratados respetan la autonomía de la voluntad, pues no sólo permiten que las partes designen el derecho aplicable, sino que con el arbitraje y mediante la cláusula arbitral se someten a las reglas conforme a las cuales saben resolver las controversias que surjan en sus relaciones jurídicas, incluso éstas mismas leyes y tratados integran el tribunal que conocerá el litigio correspondiente.<sup>17</sup>

Una vez anotadas las fuentes de regulación jurídica del medio arbitral en México, haré un breve llamado a su tipología o caracterización principal, la cual es determinada por las personas que intervienen, la normativa que lo regula, sus formalidades, la manera de resolver, la función de los árbitros, su origen y su formación. Por la calidad de los litigantes, puede ser público o privado; el primero soluciona las controversias entre Estados, mientras que el segundo aplica entre particulares, quienes establecen sus propias reglas, como en el caso del arbitraje comercial y civil. Sin embargo, puede existir un arbitraje mixto, si una de las partes es un particular y la otra es un Estado. Además, conforme a la naturaleza de la materia en litigio, el arbitraje puede ser comercial, civil, laboral, bancario o en materia de seguros. El medio arbitral también puede ser nacional o internacional, según se atienda al cuerpo legal regulatorio, al tipo de litigio que se resolverá o al lugar en el que se actúa.<sup>18</sup> Puede ser asimismo voluntario o forzoso (obligatorio), con

<sup>17</sup> Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 423.

<sup>18</sup> El Código de Comercio, título IV, del libro V, artículo. 1415, establece “que se aplicará al arbitraje comercial nacional, y al internacional, cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo en lo dispuesto en los Tratados Internacionales de los que

base en la voluntad de los sujetos, siendo más común el primero, en donde las partes acuerdan someter sus diferencias a la resolución de un tercero, y en el segundo, las partes forzosamente deben recurrir al proceso arbitral en litigios específicos.<sup>19</sup> Asimismo, el medio arbitral puede ser de derecho o de equidad, y depende de si las partes acordaron que el árbitro en el momento de resolver, se valga de derecho escogido por éstas o solucione con base en lo que dicte su criterio o *ex aequo et bono* (equidad). Está igualmente el denominado arbitraje institucional, que se presenta cuando se inicia, desarrolla y finaliza el proceso de arbitraje bajo la administración de una institución nacional o internacional especializada en la materia, que generalmente está regida por su propio reglamento; es frecuentemente utilizado, debido a la simplicidad de las reglas ya establecidas por las instituciones. En ocasiones, la institución sólo se utiliza para realizar el nombramiento de los árbitros, y las reglas que se aplican son las determinadas por las partes y no las institucionales.<sup>20</sup>

No puede pasarse por alto el medio arbitral *ad hoc*, conocido por la generalidad o especialidad de las normas utilizadas, y en el cual la conformidad del tribunal la adelantan las partes, nombrando directamente a los árbitros, y una vez integrado el tribunal respectivo se señala el lugar de su funcionamiento. Comúnmente se le utiliza en relaciones jurídicas complejas, en donde intervienen grandes empresas poseedoras de amplio *expertise* en el tráfico jurídico comercial internacional, y que requieren del manejo de elementos muy precisos o reglas calificadas para la solución del conflicto dentro de la mayor brevedad posible. Al respecto, la CNUDMI o UNCTRAL publicó desde 1976 las reglas del medio arbitral, especialmente diseñadas para el arbitraje *ad hoc*, y que son una de las fuentes sobresalientes de

---

México sea parte, en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles al arbitraje. Se determina la internacionalidad del arbitraje, cuando la sede de éste se encuentra en el extranjero”.

<sup>19</sup> Respecto al arbitraje oficial mexicano, se distinguen tres tipos: cuando las dos partes están obligadas a concurrir y participar por disposición de la ley, como ocurre en las juntas de conciliación y arbitraje en materia laboral; cuando se trata de sujetos de una determinada regulación, como los bancos y las compañías aseguradoras, que deben apegarse a la normatividad de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores por ejemplo; en situación de un particular que solicita un arbitraje contra un banco o compañía de seguros.

<sup>20</sup> Las instituciones administradoras de arbitraje más importantes en México son: el Centro de Arbitraje de México (CAM) y la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México; y en el ámbito internacional se encuentran: la Corte Interamericana de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la Corte de Arbitraje Internacional en Londres, la American Arbitration Association y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, por mencionar las más importantes y de mayor recurrencia.

la Ley Modelo en la materia de 1985. Por cierto, el convenio de arbitraje es el más requerido para utilizarse en el arbitraje *ad hoc*; sin embargo, esto no impide que se hagan referencias a las reglas especiales del arbitraje, incluso las de alguna institución, aunque no sea ésta la que administre el arbitraje; además, este tipo de arbitraje tampoco limita que se pacte en una cláusula del contrato las controversias que se deriven de este último.

Para finalizar este apartado, resta sólo resaltar los beneficios que reporta el medio arbitral en las relaciones privadas comerciales internacionales de las últimas décadas, donde se ha mostrado como un método eficiente de solución de diferencias, caracterizado por la ausencia de rigorismos procesales, por la búsqueda de la celeridad en los resultados, y por la idoneidad de quienes reciben la delicada misión de decidir. Estas características son compartidas por el arbitraje interno y el por arbitraje internacional, pero éste tiene la virtud adicional de constituir, por antonomasia, la vía de solución de las disputas. Las partes tratan de impedir el verse sometidas a tribunales estatales que perciben hostiles o inabordables y se sienten inclinadas a resolver sus diferencias mediante el acatamiento de la decisión de personas de su elección, estar asistidas por abogados reconocidos que hablen su mismo lenguaje, evitando enfrentar los trámites y gastos excesivos, y lo que es muy importante, aliviando la sobrecarga de las abrumadas jurisdicciones estatales.

En casi todos los Estados modernos, incluido México, se han recrudecido las circunstancias acuciantes que atraviesan las cortes estatales, tales como su estancamiento, retroceso, insuficiencia, ineficiencia, o disfuncionalidad notorios, que no solamente dificultan, sino que frecuentemente impiden a los justiciables el acceso efectivo a la jurisdicción.<sup>21</sup>

Al respecto, la argentina Sara Feldstein asegura que “Uno de los mayores beneficios del arbitraje comercial internacional, reside en la posibilidad de elegir un foro neutral”.<sup>22</sup> Esta decisión contribuye para que las partes alejen de sus mentes la percepción que les hace creer que si litigan ante los tribunales estatales de la otra parte, se sentirán menos protegidas en sus derechos. La realidad es que las partes en sus transacciones internacionales prefieren elegir una modalidad para la resolución de sus controversias, lo que les permite resolverlas en un ambiente equilibrado y neutral, además de acatar una mejor solución; más aun considerando que las controversias surgidas en las relaciones privadas internacionales tienden a provocar com-

---

<sup>21</sup> Texeiro Valladao, Haroldo, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, México, Trillas, EDUVEM, 1987, pp. 237 y ss.

<sup>22</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000, p. 344.

plicadas molestias, gastos excesivos, pérdida de tiempo, que no son bien toleradas por quienes operan en el ámbito de los negocios internacionales, y es vital que se reanuden con la mayor rapidez las relaciones interrumpidas por la aparición de alguna disputa y se restablezca la relación armónica entre los intervinientes.

Aunque existen una serie de ventajas del medio arbitral consignadas por doctrinarios y privatistas de varias nacionalidades, considero que son tres las más importantes e interconectadas: confidencialidad, flexibilidad y libertad de las partes. La *confidencialidad* es un elemento nodal para la elección del arbitraje como medio resolutorio, sobre todo en el caso de las diferencias que se presentan en el área de la tecnología o de la propiedad intelectual, donde se intenta proteger los secretos, las fórmulas, los inventos, los diseños industriales, es decir, los conocimientos tecnológicos que se pueden percibir como más vulnerables en otros ámbitos. En cuanto a la *flexibilidad*, Feldstein subraya que el medio arbitral “es una de las modalidades de resolución de las disputas mejor adaptada y mejor dotada de flexibilidad para desenvolverse satisfactoriamente en el área de los negocios internacionales”.<sup>23</sup> En efecto, el arbitraje permite a las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, elegir desde el tipo de arbitraje que prefieran, sea libre o institucionalizado, como a quienes en su calidad de árbitros serán los encargados de decidir las diferencias, así como el procedimiento en que será conducido el método, el lenguaje en que se desarrollarán las instancias, la sede del arbitraje y el derecho sustantivo que se aplicará para resolver la disputa. Por lo que toca a la *libertad de las partes*, se pueden puntualizar algunos argumentos, en el sentido de que abarca, entre otras posibilidades, la elección de la modalidad, de la sede, del derecho procesal y del derecho sustantivo aplicable al medio arbitral. Para la elección de la modalidad del arbitraje comercial, es indispensable considerar la naturaleza del conflicto y elegir por la que mejor se adapte a las relaciones entre las partes, ya que éstas en principio pueden optar por un arbitraje de los denominados *ad hoc* (libre) o por el administrado (institucionalizado).<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Hebe, M., *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 47.

<sup>24</sup> Quienes intervienen en transacciones internacionales recurren a la vía arbitral, porque desean resolver sus disputas en un clima pacífico, en un ámbito de plena libertad, de asegurada confidencialidad, dentro de un margen limitado de injerencia, pero absolutamente conscientes de la necesaria supervisión de los tribunales estatales. La tendencia de las partes se inclina por las sedes que se encuentren situadas en un Estado que les garantice la ejecución de las decisiones arbitrales mediante el cumplimiento de convenciones internacionales. De tal modo que cuando los profesionales del derecho son consultados para tomar alguna decisión importante, sobre la que conviene detenerse a pensar seriamente para permitir

Cualquiera que sea el tipo de arbitraje elegido, las partes pueden seleccionar las reglas procesales con las que será conducido el desarrollo del proceso arbitral. Esta posibilidad de elección de la ley aplicable al proceso arbitral, que no se presenta cuando se litiga ante los tribunales estatales, les permite a las partes escoger, sin deterioro de las garantías básicas, aquellas normas procesales que consideren apropiadas. Si se decide por un arbitraje *ad hoc*, para evitar complicaciones molestas y para futuras confusiones, se deben pactar las reglas procesales tempranamente.<sup>25</sup> Además, como lo indicó el recientemente fallecido (2020) José Luis Siqueiros —llamado mercedemente “El Árbitro de México”—, es indudable que

El arbitraje comercial internacional les permite a las partes, no solamente escoger la ley procesal, sino el derecho sustantivo a aplicar por los árbitros. Se trata de uno de los rasgos más sobresalientes en el ámbito de los negocios internacionales que nos enfrenta a la posibilidad para las partes de preseleccionar la ley llamada a regular sus pretensiones.<sup>26</sup>

Sin embargo, en algunas ocasiones los hombres de negocios, cuando pactan el arbitraje suelen dejar en manos de los propios árbitros esta decisión estratégica, mientras que de su lado, los profesionales del derecho, al aconsejar a sus clientes, deben informarles que si no pactan el derecho sustantivo aplicable a sus transacciones internacionales, los árbitros pueden inclinarse por solucionar las desavenencias con arreglo a la *lex mercatoria*.<sup>27</sup> Si bien esta modalidad parece identificarse con la dinámica de los negocios

---

reconocer el lugar que ofrezca mayores garantías y brinde un entorno favorable para el desenvolvimiento del proceso arbitral, deben ponderar que “La elección de la sede se encuentra estrechamente vinculada con la neutralidad que ella promete, que en la mayor parte de las ocasiones recaerá en un lugar distinto al de las operaciones comerciales de las partes”, Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Hebe M., *op. cit.*, p. 53.

<sup>25</sup> Algunas de estas dificultades pueden llegar a verse disminuidas cuando las partes se deciden por el arbitraje institucionalizado, ya que su principal beneficio consiste en contar desde el primer momento con un cuerpo de normas de procedimiento, con un reglamento especialmente elaborado para ser empleado durante el arbitraje, que está diseñado para superar los inconvenientes planteados por las partes poco dispuestas.

<sup>26</sup> Siqueiros Prieto, José Luis, *op. cit.*, p. 28.

<sup>27</sup> El método de *lex mercatoria* es definido por su ámbito de aplicación como todas aquellas reglas que gobiernan las transacciones comerciales internacionales, incluyendo convenciones internacionales, usos codificados y no codificados, laudos internacionales, y aun leyes nacionales usadas para dirimir conflictos internacionales. Véase Faya Rodríguez, Alejandro, “La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 34, 2004, p. 48. Consultar también a Silva Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 275-335.

internacionales y es preferida por los operadores, debe considerarse que la parte que ha perdido el litigio cuestionará ante los tribunales estatales el laudo dictado.

### III. DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL Y PRINCIPALES INSTITUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

#### 1. *Codificación del arbitraje comercial internacional*

Es a partir de la segunda posguerra cuando el arbitraje comercial internacional ha tenido mayor importancia y difusión, impulsado sobre todo por el desarrollo de la industrialización, el crecimiento de las relaciones comerciales interestatales, el fomento de la interdependencia y la globalización-neoliberalización de los procesos económicos y tecnológicos, haciendo patente la necesidad de formalizar internacionalmente instrumentos jurídico-políticos que permitan tener mayor certeza en el complejo entramado de las relaciones privadas comerciales internacionales. Es así como la naturaleza de este medio ha permitido que las normas que lo regulan hayan sido recogidas en convenios, tratados internacionales o en leyes modelo y numerosos reglamentos, sin olvidar las normas consuetudinarias, siempre tan activas y presentes en el derecho internacional. El instrumento se desarrolla en este contexto dinámico y se afianza en el derecho convencional internacional a través de la negociación y conclusión de grandes convenciones, como la de Nueva York en 1958, la de Panamá en 1975, la de Montevideo en 1979, y en la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985, las cuales pasaré a comentar en su esencia.

La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en 1958, y en vigor desde 1959, tiene alta relevancia en el medio arbitral comercial internacional, y su aplicación se enfoca al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de las sentencias. En esencia, los Estados contratantes están obligados a reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y permitirán su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el Estado donde se solicita su reconocimiento y ejecución. A pesar de algunas opiniones en contrario, este recurso continúa siendo la piedra angular del edificio del medio arbitral moderno, y es sin duda un ejemplo de exitosa producción jurídica en el campo del derecho

de las relaciones privadas internacionales. Su objetivo fue facilitar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros a través de normas claras y simples, y se aplica a los laudos arbitrales dictados en cualquier Estado ratificante distinto de aquél donde se promueve la ejecución. Una de las reservas, denominada “reserva comercial”, que puede hacerse a la Convención, es que los Estados miembros de pleno derecho pueden declarar que sólo aplicarán la reserva a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno. Si un Estado no deposita esta reserva, la Convención se aplicará también a cuestiones no comerciales. En este punto, la Convención de Nueva York es más amplia que la de Panamá, que no ofrece opción y rige exclusivamente para conflictos mercantiles.<sup>28</sup>

Por su lado, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en 1975 en la Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, en la República de Panamá, es otra de las herramientas en las que se basa el árbitro encargado de la solución del conflicto, debiendo haber un acuerdo entre las partes para someterse a las reglas establecidas, siempre y cuando la relación sea de carácter mercantil, lo cual se llevará a cabo y ratificará por medio de un escrito, firmado por las partes, en donde éstas podrán escoger al árbitro, que podrá ser nacional o extranjero, y el proceso se desarrollará conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Esta convención comprende lo más relevante en materia de proceso del medio arbitral, desde los árbitros y la voluntad de las partes para someterse a las reglas de la convención hasta la forma en que se debe dar a conocer el laudo y las características que éste debe tener, para que no se viole el orden público y las partes estén satisfechas con la resolución final del caso. De igual manera, da a conocer cada una de las características de los puntos anteriormente señalados, de tal forma que no se cometan errores por parte del árbitro al llevar a cabo el proceso arbitral y los Estados puedan estar conformes con el

---

<sup>28</sup> Con base en el artículo 1o., cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito acorde al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas las diferencias que puedan surgir por su relación comercial, jurídica o contractual. Al hacer referencia a “acuerdo por escrito” indicará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. En suma, el instrumento en comento es la base sobre la que se descarga el éxito del arbitraje comercial internacional como un medio global de solución de controversias, principalmente porque destaca que cualquier tribunal judicial competente de un Estado contratante, ante el que se interponga una acción respecto a una controversia establecida en un acuerdo arbitral, deberá remitir a las partes al arbitraje y por tal motivo también se reconoce y toma fuerza ejecutoria a todo laudo arbitral emitido en algún otro Estado.

laudo o sentencia emitida por el árbitro competente, quien actuará bajo la supervisión del tribunal arbitral.<sup>29</sup>

En cuanto a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en Uruguay en 1979, bajo los auspicios de la OEA, se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados parte, a menos que al momento de la ratificación alguno de éstos haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial. Advierte que cualquiera de ellos podrá declarar, al momento de ratificarla, que se aplica también a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito; en este alcance, las normas convencionales se aplicarán a los laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención de Panamá de 1975, antes referida. En general, la convención establece varios puntos centrales: las condiciones que deben reunir las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1o., para tener eficacia extraterritorial en los Estados parte; los documentos de comprobación indispensables para solicitar la ejecución de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales; la posibilidad de que si una sentencia, laudo y resolución jurisdiccional extranjeros no logran tener eficacia en su totalidad, el juez o tribunal podrá admitir su eficacia parcial mediante petición de parte interesada; los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, para asegurar la eficacia a las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros, serán regulados por la ley del Estado en que se solicita su ejecución; la situación de que los Estados parte con dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones convencionales contenidas podrán declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas, en el entendido de que tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ul-

---

<sup>29</sup> Una cualidad que observo en el convenio es que promueve la uniformidad del derecho procesal arbitral y la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales que suelen ser inadecuadas para la aplicación del medio arbitral comercial internacional, algo muy necesario si se considera que algunas normativas domésticas son anticuadas y equiparan a menudo el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, en tanto que otras son fragmentarias, porque no regulan todo el proceso, y aun las hay que se redactaron teniendo en vista el arbitraje doméstico, lo que les insta a imponer sus principios al arbitraje comercial internacional, sin satisfacer la práctica ni las necesidades del tráfico moderno.

teriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicarán las normas convencionales.

Por otro lado, conforme a una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que encomienda fomentar la progresiva armonización y unificación del derecho internacional en materia comercial, la CNUDMI o UNCITRAL preparó la precitada Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en 1985,<sup>30</sup> un instrumento flexible que reconoce el valor del arbitraje como método de solucionar controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales, que ha sido aceptado por muchos Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, reconociendo su contribución al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas y, ante todo, que este tipo de textos son más convenientes que varias generaciones de convenios celebrados bilateralmente. Estas disposiciones modelo, además de servir de guía a los Estados para reformar y modernizar sus leyes sobre el medio arbitral, tomando sus peculiaridades y necesidades en los intercambios mundiales, se ajustan a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje y al otorgamiento de medidas cautelares, ya que estas prácticas reflejan el actual actuar de los Estados en la materia de comercio internacional, de tal forma que estos acontecimientos permitan la mejora de la misma ley de forma significativa.<sup>31</sup>

Por lo que concierne al papel de la *costumbre internacional* en el medio arbitral comercial internacional, el reconocimiento de la existencia de una *lex mercatoria* como un verdadero orden jurídico se apoya en las formulaciones autorizadas y maduras a partir de la Segunda Guerra Mundial, en la consideración del consenso común, regla vinculante de la conducta humana, como fuente creadora de derecho. El proceso de elaboración de la *lex mercatoria* está conociendo importantes progresos, especialmente en el ámbito del medio arbitral en las relaciones privadas comerciales internacionales. En el plano institucional corresponde sobre todo al arbitraje la tarea de reconstruir un *ius gentium* o una *lex mercatoria* libres de las contingencias y de los

---

<sup>30</sup> Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006*, Nueva York, 2008.

<sup>31</sup> En añadidura, el dispositivo modelo contiene en cada uno de sus puntos lo que es arbitraje comercial internacional o cuándo es reconocido el arbitraje comercial como internacional, e igualmente marca las características de éste, las etapas del procedimiento que se deben seguir (reglas), la composición del tribunal arbitral, las medidas que se deben tomar, las disposiciones que son aceptadas, las medidas cautelares, junto con el reconocimiento y la ejecución de la sentencia o laudo final.

prejuicios nacionales. En este ámbito institucional, una de las aportaciones más importantes es la que viene realizando la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, tanto en lo que respecta a la integración de su contenido como en su progresiva adaptación a los nuevos hechos. La labor de la CCI es altamente representativa de la presencia del arbitraje en la tarea de formar, consolidar y perfeccionar, y aun de descubrir, la *lex mercatoria*, en el momento decisivo de su aplicación efectiva que, en definitiva, es su verdadero banco de prueba.<sup>32</sup>

Por último, me referiré a los Principios del UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (1994),<sup>33</sup> una de las principales soluciones armonizadoras, elaboradas con la pretensión de salvar dificultades prácticas en supuestos de conexión con más de un ordenamiento positivo, o encaminadas a la elaboración de un derecho uniforme, que tienen un claro origen arbitral. La labor que viene realizando eficazmente el UNIDROIT, en su tarea de elaborar proyectos de ley uniformes, está en la misma línea, estableciendo principios y soluciones que se adapten de la mejor manera a los requerimientos especiales del comercio internacional. Los principios sobre contratación internacional son el resultado de un grupo de funcionamiento especial integrado por representantes de los principales sistemas legislativos del mundo, y aunque son aplicados en la práctica, debido a su valor persuasivo tienen un papel muy significativo en muchos contextos, como la preparación de la nueva legislación, y la provisión de reglas y criterios a las cortes de los Estados y árbitros privados para interpretar y suplir los instrumentos internacionales existentes. Más importante aún es que las partes en una transacción comercial internacional pueden pactar que la relación se rija por este conjunto de reglas en vez de elegir un derecho nacional, y sean estos principios la ley apropiada en su contrato, amén de que los árbitros

---

<sup>32</sup> En efecto, con gran frecuencia muchas controversias son resueltas en diversas partes del mundo mediante la vía del arbitraje, aplicando reglas y principios que conocemos como *lex mercatoria*. Pero también la *lex mercatoria* es un punto de referencia obligado al cual acuden los árbitros para fundamentar sus propias decisiones. De esta forma, los laudos arbitrales, sirviéndose de experiencias anteriores, logran con frecuencia un alto grado de equilibrio, y con ello la aceptación generalizada de la utilización combinada de las técnicas arbitrales y los contenidos de la nueva *lex mercatoria*.

<sup>33</sup> El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) fue creado en 1926 bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, y desde entonces ha preparado múltiples convenciones y desarrollado instrumentos de *soft law* como estos Principios, que no son materia de derecho, pero pueden ser invocados por las partes dentro de su régimen contractual.

pueden encontrarlos convenientes cuando están invitados a decidir según “los usos y costumbres del comercio internacional”.<sup>34</sup>

Para finalizar este apartado, a manera de un balance general del impacto que ha tenido el derecho convencional arbitral en la legislación mexicana, es posible resumir que con la firma de la Convención de Nueva York, México respondió a los retos políticos y económicos que se presentaban en el ámbito internacional, además de la necesidad de incorporarse a la apertura del comercio mundial. Desde el momento en que nuestro país se adhirió a esta Convención, procedió a ratificar la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo, lo que conllevó la regulación del medio arbitral comercial en dos ámbitos; por un lado, el internacional, en el marco convencional referido, y, por otro, el referente a los casos internos o domésticos que eran regidos por el Código de Comercio y los códigos locales. A fin de no contar con dos tipos de regímenes normativos de arbitraje, los legisladores mexicanos efectuaron los ajustes necesarios para no continuar con esta dinámica de régimen realizando las reformas necesarias para llegar a formular una legislación coherente en los planos nacional e internacional. Así, la reforma de 1993, por la que se incorpora al Código de Comercio las disposiciones restantes de la Ley Modelo de CNUDMI y la Convención de Nueva York, junto con el peso que representó la firma del TLCAN, enmarcaron la nueva legislación del medio arbitral comercial internacional que rige en el Estado mexicano hasta la actualidad.

## 2. *Principales instituciones internacionales sobre el medio arbitral y su influencia en México*

Otro de los elementos relevantes dentro del medio arbitral comercial en los niveles nacional e internacional lo constituyen las instituciones o centros administradores de arbitraje, cuya importancia radica en que los tribunales arbitrales no funcionan por sí solos a menos que haya una institución que los administre. Dichos tribunales se ubican dentro de estas instituciones, de las cuales depende la organización y trámite del proceso arbitral; pero esto no significa en estricto sentido que lo administren o tutelen. Tienen su origen en la Edad Media, con los comerciantes organizados por sí mismos, de ahí que no dependen de los gobiernos y son dirigidas por particulares. “Una institución arbitral debe ser creada no por el Estado sino por los hombres

---

<sup>34</sup> Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Astrea Depalma, t. I., consultar capítulo primero, “Principios generales del derecho internacional privado”, pp. 12-32.

de empresas internacionales, los abogados y los doctrinarios. La iniciativa privada evitará que se extiendan los posibles problemas políticos que tratan inevitablemente de dirigir los esfuerzos”.<sup>35</sup> En la actualidad operan un número considerable de estos centros en las relaciones privadas internacionales, principalmente en aquellos Estados que tienen una presencia económica importante.<sup>36</sup> Contra lo que pudiera pensarse, no son organizaciones lucrativas, pues no operan como empresas mercantiles vendedoras o prestadoras de servicios. En la esfera internacional existen instituciones arbitrales internacionales importantes, como la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), y el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA).

La Asociación Americana de Arbitraje (AAA) fue creada en 1926 con la fusión de dos organismos privados: la Arbitration Society of America y la Arbitration Fundation. Es una organización de servicio público sin ánimo de lucro, su sede actual está en Nueva York, y cuenta con 38 sucursales en Estados Unidos. A nivel internacional administra su Reglamento de Arbitraje Internacional, mantiene una lista de alrededor ocho mil árbitros y más de sesenta acuerdos cooperativos con más de cuarenta naciones; además, desarrolla reglas de ética para los árbitros y normas de conducta para los mediadores. Constituye uno de los centros de arbitraje más importantes en el mundo, administra aproximadamente 150 mil litigios anuales y recurren a ella la mayoría de los comerciantes que tienen una participación considerable en la economía estadounidense.<sup>37</sup> Tiene como propósito resolver controversias a través de la mediación, el arbitraje u otras formas de solución extrajudiciales, en los planos nacional e internacional de manera destacada, y ofrece asistencia para la concepción y puesta en práctica de alternativas de solución de conflictos a solicitud tanto de sociedades como de organismos gubernamentales, de oficinas de abogados y de tribunales, con la intención

<sup>35</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 103.

<sup>36</sup> Las funciones generales que realizan las instituciones administradoras de arbitraje son: 1) administrar tribunales de arbitraje; 2) recabar y actualizar una lista de árbitros; 3) designar árbitros para constituir el tribunal, incluyendo sustituciones; 4) difundir y enseñar la actividad arbitral; 5) expedir el reglamento de procedimientos; 6) facilitar los medios y recursos para que el tribunal arbitral desempeñe sus actividades; 7) calificar causas de impedimento de árbitros; 8) resolver lo relativo a honorarios de árbitros; 9) administrar recursos económicos, incluso en el establecimiento de los aranceles correspondientes, y 10) auxiliar a organismos regionales. *Ibidem*, p. 104.

<sup>37</sup> Solano Huerta, Claudia, “Asociación Americana de Arbitraje”, *Prezi.com* (noviembre de 2013), disponible en: [www.intracen.org](http://www.intracen.org), 25 de abril de 2020.

de solucionar conflictos relacionados con el trabajo, el consumo, la tecnología, la salud pública y el comercio internacional, principalmente.<sup>38</sup>

El Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) es la división internacional de la AAA, que tiene como tarea exclusiva la administración de la totalidad de los asuntos internacionales; su especialización internacional y su personal multilingüe son parte integral del proceso de resolución de disputas, y su sistema se fundamenta en su capacidad para hacer que el proceso arbitral progrese de manera eficiente. Al efecto, facilita las comunicaciones, asegura el nombramiento de árbitros y mediadores adecuados, controla gastos, comprende singularidades culturales, resuelve obstáculos procesales e interpreta y aplica correctamente sus reglamentos internacionales de mediación y arbitraje. Además, el CIRD tiene suscritos numerosos acuerdos de cooperación con instituciones arbitrales de todo el mundo para facilitar la administración de sus casos internacionales.<sup>39</sup>

La Cámara Internacional de Comercio (ICC) se creó en París, Francia, en 1919, donde continúa teniendo su sede; tiene personalidad propia, y su naturaleza jurídica es asociativa. Sus miembros son empresas que efectúan transacciones internacionales, y también organizaciones empresariales. En la actualidad, las miles de empresas que agrupa proceden de más de 130 países, y se organizan como comités nacionales en más de ochenta de ellos. Es también ente consultivo privilegiado de la Organización Mundial del Comercio, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, de la

---

<sup>38</sup> También ofrece programas de formación para las personas implicadas en la solución de controversias, en tanto que terceros neutrales o consejeros de las partes. Como la mayoría de las instituciones, tiene dos principios: 1) *Confidencialidad*: el procedimiento del arbitraje es privado, y en ese sentido la AAA es neutral, y tiene una obligación ética de mantener la información confidencial; sin embargo, no toma ninguna posición sobre las partes, y éstas siempre tienen el derecho de revelar los detalles del proceder, a no ser que ellas tengan un acuerdo de confidencialidad separado, y 2) *Imparcialidad*: la AAA no otorga ningún tratamiento especial de cualquier clase, recibe aproximadamente el 95% de sus casos como consecuencia de la designación como la agencia administrativa en una cláusula, y en muchos casos, no ha tenido ningún contacto previo con las partes.

<sup>39</sup> La mediación también es administrada por el CIRD conforme a su Reglamento de Mediación Internacional, y no cobra una cuota administrativa adicional cuando las partes de un arbitraje en curso intentan mediar su controversia bajo sus auspicios. Tiene la función nodal de promover la aplicación de las Reglas de Arbitraje Internacional de la AAA, que consta de 36 artículos organizados en tres partes: iniciación del medio arbitral, el tribunal, y las condiciones generales. Este *corpus* reglamentario regirá el arbitraje, excepto cuando cualquier regla esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición; las reglas también especifican los deberes y obligaciones de la AAA, como el que podrá proveer servicios a través de sus propias instalaciones o de instalaciones de instituciones de arbitraje con las cuales tenga acuerdos de cooperación. *Supra*.

OCDE, de la Comisión Europea, entre otras. Incluso el G-8 recibe en cada una de sus reuniones un informe sobre las grandes preocupaciones empresariales del momento, que es entregado en visita *ad hoc* al primer ministro del Estado anfitrión. Su misión es actuar a favor de un comercio abierto y crear instrumentos que lo faciliten, con la firme convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países. Crea instrumentos que facilitan el comercio y las inversiones internacionales,<sup>40</sup> y realiza actividades estratégicas sobre un amplio espectro, que va desde el arbitraje y la resolución de conflictos, hasta la defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, la autorregulación de empresas, y la lucha contra la corrupción y el crimen comercial.<sup>41</sup>

La Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), cuyos antecedentes se remontan a 1883, con el Tribunal de Consejo Común de la Ciudad de Londres, y 1903, con el Tribunal de Londres de Arbitraje, haciéndola probablemente la más veterana de todas las instituciones arbitrales internacionales existentes, proporciona organización, presencia, actividades y servicios en todo el mundo; es decir, administra medios arbitrales internacionales en cualquier sede y bajo cualquier ley aplicable, a costos competitivos de gestión. Aunque radicada en Londres, ofrece un servicio actualizado para satisfacer los requerimientos de la comunidad empresarial internacional, abogados con práctica internacional y árbitros capacitados; además, garantiza flexibilidad y neutralidad a las partes litigantes que aceptan resolver sus diferencias a través del medio arbitral.<sup>42</sup>

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC o IACAC) se creó en Montevideo en 1933, durante la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos, y sus primeras reglas de procedimiento fueron tomadas de la AAA como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación para solucionar de manera especializada y eficaz las controversias comerciales que se susciten dentro de la comunidad empresarial internacional. Fue reestructurada en la Segunda

---

<sup>40</sup> En ese sentido, destacan la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales como: Incoterms, reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios, etcétera, y la elaboración de reglas y códigos de conducta sobre muchos aspectos de la actividad empresarial internacional, como la Carta de las empresas para un desarrollo sostenido, el Código de prácticas legales en publicidad, el Código de buenas prácticas para la elaboración de estudios de mercado, las Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales, y la Guía para el comercio electrónico, entre otros.

<sup>41</sup> Disponible en: [www.iccmex.org](http://www.iccmex.org) (fecha de consulta: 20 de abril de 2020).

<sup>42</sup> Disponible en: [www.lcia.arbitration.org](http://www.lcia.arbitration.org) (fecha de consulta: 3 de junio de 2013).

Conferencia, que se llevó a cabo en México en 1968, cuando se formuló su propio reglamento (vigente desde 2002), así como otras resoluciones orientadas a fortalecerla. En los últimos años ha contado con el apoyo de los principales centros de métodos alternativos de solución de conflictos de América, España y Portugal, los cuales se han hecho parte de la comisión como sección nacional o sección asociada, lo que permite difundir y consolidar el medio arbitral de solución de controversias.<sup>43</sup>

El CAMCA fue creado en 1996 de manera conjunta por la Asociación Americana de Arbitraje, el Centro de Arbitraje Comercial British Columbia International, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y el Centro de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Quebec, y ha elaborado reglas de procedimiento destinadas a brindarles seguridad a sus socios comerciales y el acceso a un foro internacional para la solución de controversias comerciales de naturaleza privada, es decir, está gobernado por reglas y procedimientos uniformes. Es administrado por representantes de cada una de las instituciones que lo crearon, de forma que las partes en una controversia pueden acudir a cualquier sede del Centro, que ha reunido una lista multinacional de árbitros y de mediadores.<sup>44</sup> Como su nombre lo indica, este centro maneja tanto la mediación como el arbitraje, que pueden ser utilizados para la solución de todo tipo de conflictos propios de las relaciones privadas internacionales que surjan de la inversión, el comercio, la construcción, los empleos, los servicios financieros, las franquicias, la propiedad intelectual, manufacturas, petróleo y gas, entre otras.

Por otra parte, en la esfera nacional mexicana destacan básicamente cinco instituciones: la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio (Canaco), el Centro de Arbitraje de México (CAM), la Comisión de Arbitraje Permanente (CAP), la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje (AMMAC) y el Instituto Mexicano de Arbitraje (materia civil), de las cuales me centraré únicamente en las dos primeras, que son las más importantes y especializadas en el medio arbitral comercial. Hasta los años noventa sólo existía en la Ciudad de México la Canaco, y en

---

<sup>43</sup> Disponible en: <http://www.ciac-iacac.org/contenido/contenido.aspx?conID=7548&catID=805> (fecha de consulta: 25 de abril de 2020). Actualmente son parte de la CIAC: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>44</sup> La administración de procedimientos de arbitraje y de mediación es por intermedio de las cuatro oficinas siguientes: Asociación Americana de Arbitraje, Centro Comercial de Arbitraje British Columbia Internacional, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y el Centro de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Quebec.

realidad no había ningún arbitraje qué administrar, ya que el mercado estaba compartido entre la CCI y la AAA, amén de que los contratos mexicanos no prevenían el arbitraje, y los contratos celebrados con partes extranjeras tendían a apegarse a centros internacionales, dada la falta de confianza en las instituciones nacionales. Este panorama prevaleció prácticamente todo el siglo XX hasta la firma del TLCAN, que en su artículo 2022 promueve el arbitraje como medio de solución de controversias; con ello da pie a la renovación de la actividad mediadora de la Canaco y a la creación del Centro de Arbitraje de México.

Los aspectos más relevantes de las reglas de arbitraje de las instituciones administradoras en México se basan en las dos principales instituciones administradoras de arbitrajes: la Canaco y la ICC, por lo que existen dos tendencias: a) la de las reglas de la Comisión de Arbitraje de la Canaco que siguen de cerca de las reglas del ICDR (el brazo internacional de la AAA), y b) la que se encuentra en las reglas del Centro de Arbitraje de México, que se acerca más a las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, en las que los procedimientos son supervisados de cerca por la Corte, y su actualización se da cada diez años en promedio. Por medio de la Canaco también se puede llevar el arbitraje bajo el reglamento del CAMCA.

Debido a la utilización cada vez más frecuente del medio arbitral comercial, las instituciones administradoras modifican y actualizan sus reglamentos, y el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial no es la excepción, como lo evidencia su nuevo Reglamento adoptado en 2007, y el cual no prevé el recurso de revisión de los proyectos de laudo por parte de la secretaría de dicho centro, ya que se parte del principio de que son los árbitros quienes tienen el contacto más cercano al caso y a las pruebas. Por su lado, el CAM es una institución privada especializada en la prestación de servicios de administración de procedimientos de arbitraje comercial privado que surge en 1997 para llenar un vacío en México: el de la solución de controversias nacionales por la vía del arbitraje administrado. Busca crear las condiciones necesarias para que los empresarios y sus colaboradores conozcan, utilicen y se beneficien de las ventajas del arbitraje comercial, y aunque no resuelve directamente las controversias que le son planteadas, sí propicia las condiciones de actuación del o los árbitros designados. Su funcionamiento está confiado a un Consejo General, el cual interviene fundamentalmente en la designación y remoción de árbitros y en el control de calidad del laudo arbitral (un secretario general se encarga de la administración cotidiana de los procedimientos arbitrales seguidos ante el CAM).

#### IV. CRITERIOS GENERALES ACERCA DEL ACUERDO, LA CLÁUSULA Y EL TRIBUNAL ARBITRALES

##### 1. *El acuerdo de arbitraje comercial internacional*

Dentro del proceso del arbitraje comercial internacional, sin lugar a dudas el acuerdo es el elemento fundamental, sustancial y dinámico. Su antecedente lo encontramos en el derecho romano, puesto que en Roma era permitido que las controversias surgidas entre las partes se resolvieran por árbitros designados por ellas mismas y no por la autoridad judicial. Sin embargo, esto no obligaba al cumplimiento de la decisión, y para que fuera eficaz se recurría a varios medios, como la promesa mutua de pagar cierta cantidad para quien no acatara la decisión del árbitro, lo que constituía de alguna manera un compromiso para ambas partes.

El acuerdo arbitral se puede definir como un contrato de voluntades de las partes, por medio del cual se acuerda que una controversia presente o futura se resolverá mediante un proceso arbitral, acto que a su vez implica la renuncia del derecho de acudir ante los tribunales jurisdiccionales estatales para dirimir la controversia, lo que en la doctrina se llama “convenio arbitral”.<sup>45</sup>

El Código de Comercio, en el artículo 1416, dispone que “El acuerdo de arbitraje, es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”. Esta definición no hace distinción entre cláusula compromisoria y compromiso, lo que no significa la imposibilidad de convenir un acuerdo arbitral después de que surge un conflicto.<sup>46</sup> Cabe señalar que también es posible, en cualquier momento, renunciar al arbitraje si las partes así lo desean.

Por su lado, en la Convención de Nueva York, en el artículo II, se establece lo siguiente:

Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada

<sup>45</sup> Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 2008, p. 514.

<sup>46</sup> Péreznieto Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 81.

relación jurídica, contractual o no contractual, concierne a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.<sup>47</sup>

Dada la importancia del medio arbitral comercial internacional, el incumplimiento frecuente y los problemas de la interpretación de los contratos internacionales, actualmente el 80% de estos instrumentos contienen una cláusula compromisoria.<sup>48</sup> En este sentido, la definición establecida en el Código de Comercio, en el artículo 1416, y en la Ley Modelo de la UNCITRAL, en el artículo 7o. destaca que “El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. De la misma manera, en la Convención de Nueva York se le reconoce al acuerdo arbitral como un acuerdo de efectos legales reales y eficacia extraterritorial, y el artículo 2o. especifica que “la expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en el contrato o un compromiso firmado por las partes o el contenido en un canje de cartas o telegramas”. La exigencia del escrito está impuesta para evitar un litigio que cuestione la presencia del acuerdo, y constituye el arranque del procedimiento arbitral; su función es organizar el marco jurídico para la solución del litigio, y por tanto, es la piedra angular sobre la que hay que poner la máxima atención.<sup>49</sup>

En el caso de México, la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial indica en su reglamento que el acuerdo arbitral puede constar en un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. De cualquier modo, parecería que el acuerdo tendría que ser trasladado a un soporte escrito, ya sea mediante una constancia en una audiencia específica o en un acta misión, porque de lo contrario pueden surgir obstáculos para la

---

<sup>47</sup> Los procedimientos arbitrales son vistos como una expresión de la voluntad de las partes basada en la autonomía de cada una de ellas, una vez que han dado válidamente su consentimiento para someterse al arbitraje, el cual no puede ser retirado unilateralmente. Aun cuando el acuerdo arbitral forme parte del contrato principal entre las partes y éste llegue a su conclusión, la obligación de someterse al arbitraje subsiste. Es una obligación independiente separable al resto del contrato.

<sup>48</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2004, p. 117.

<sup>49</sup> Cabe señalar que no siempre se requiere la firma del acuerdo arbitral. Ante el otorgamiento de éste, se establecen dos alternativas: a) la redacción de la cláusula compromisoria en el contrato principal, o el otorgamiento de un acuerdo específico separado del mismo (compromiso arbitral), en cuyo caso, el convenio debe ser firmado por las partes, al igual que cuando la cláusula se pacta a través de cartas, y b) consiste en un acuerdo escrito que puede estar contenido en un canje de telegramas, situación en la que es indispensable la firma de las partes. Santos Belandro, Rubén, *op. cit.*, p. 56.

ejecución del laudo en el extranjero ya que el ganador del pleito debe mostrar una copia del acuerdo para que sea efectivo. Además, en cuanto a su validez, el acuerdo arbitral tiene su propio principio de validez y el *pacta sunt servanda* es su fundamento, en la medida en que esté fundamentado en el derecho nacional (las reglas del derecho común mexicano sobre la capacidad y el poder de contratar rigen el acuerdo arbitral). En la esfera internacional, en todo acto jurídico se debe determinar la ley aplicable, ya sea de acuerdo con lo previsto en las convenciones internacionales o en el derecho común, y posteriormente definir las normas sustantivas que rigen la capacidad en el derecho interno estatal de que se trate.

En lo que respecta a la tipología o clasificación del acuerdo arbitral, conforme a las distintas perspectivas de los juristas, aquél tiene básicamente dos presentaciones: el acuerdo preliminar (de carácter preparatorio y compromisorio o arbitral) y el acuerdo definitivo o compromiso arbitral (para litigios no resueltos, y para litigios que judicialmente ya fueron resueltos). Los tipos de acuerdos se clasifican por el momento en que se concreta el litigio y por el origen del litigio. En el primer caso, puede ser preliminar o definitivo (compromiso arbitral). El acuerdo preliminar prevé la existencia del litigio, se determina de manera genérica el objeto del arbitraje, es anterior al acuerdo definitivo y no se agota en un solo juicio; es decir, subsiste mientras perdure la posibilidad de que surjan litigios futuros; existen dos tipos de acuerdos preliminares: la cláusula, que forma parte física del contrato principal, y el contrato preliminar, que no figura en ningún contrato principal, pues posee autonomía y está documentado por separado.<sup>50</sup>

Conforme al objeto o materia especificada, la cláusula asume dos formas: preparatoria y arbitral o compromisoria. La primera, es simplemente una promesa para celebrar el compromiso arbitral (es una especie de contrato preparatorio preliminar), y está reconocida, pero no tiene “fuerza ejecutiva por los tribunales, a menos que las partes convengan nuevamente someter la controversia al arbitraje, lo cual se haría referencia al compromiso”.<sup>51</sup> La segunda, por el contrario, no es una promesa de celebrar un compromiso arbitral, pues está en el propio acuerdo del arbitraje; se considera como cláusula preliminar con relación al momento en que surge el litigio por resolver, pero es definitiva cuando la diferenciamos de la cláu-

<sup>50</sup> La cláusula difiere del contrato preliminar, porque en la primera el acuerdo está en una de las cláusulas de un contrato principal, mientras que en la segunda es un acuerdo por separado del contrato principal. Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 62.

<sup>51</sup> Siqueiros Prieto, José Luis, “El arbitraje comercial en Latinoamérica. La perspectiva mexicana”, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 1989, t. II, p. 1365.

sula preparatoria, y en la actualidad es la de uso más común y frecuente en el medio arbitral comercial internacional. De su lado, en el *acuerdo definitivo* o *compromiso arbitral*, el litigio está presente, ya es un hecho, y por tanto se específica, es posterior al preliminar y se extingue cuando el litigio concreto y específico queda resuelto.<sup>52</sup>

En cuanto a la clasificación de los acuerdos por el origen del litigio, que puede surgir del cumplimiento de una relación contractual o de otra fuente de las obligaciones, el medio arbitral puede ser *contractual* o *no contractual*. Dentro de la Convención de Nueva York se reconocen ambas relaciones jurídicas, mientras que en la Convención de Panamá la relación contractual es denominada “negocio jurídico”. El arbitraje del primer tipo puede establecerse en un testamento, en las capitulaciones matrimoniales, en los estatutos de una sociedad, en un acuerdo para definir la propiedad de una patente, etcétera, de manera que cuando surja el litigio se dará paso al proceso arbitral. El segundo, no tiene mayor explicación, sólo que en los casos no derivados de una relación contractual no existe aún litigio concreto o específico, limitadamente se ha establecido el arbitraje para un litigio futuro.

Una vez establecida la definición y los tipos de acuerdo arbitral, es necesario conocer en sus rasgos generales los elementos que lo conforman, el cual debe ser examinado por sus *elementos de existencia y validez*, por un lado, y por la *arbitrariedad del litigio*, por el otro. Los elementos de existencia son dos: el *objeto que pueda ser esencia de contrato* y el *consentimiento*, ya que sin éstos el acto jurídico no existiría. El objeto consiste tanto en la expresión del deseo de someterse al proceso arbitral para solucionar la controversia, presente o futura, así como la forma de solucionarlo; el litigio por resolver debe ser posible, además que implica la renuncia del proceso jurisdiccional estatal.<sup>53</sup> El consentimiento es el acuerdo de voluntades entre las partes sobre la producción de derechos y/u obligaciones, como el sometimiento al arbitraje de

---

<sup>52</sup> Briseño Sierra, Humberto, “Consideraciones sobre el arbitraje”, *Estudios de derecho procesal civil*, México, Cárdenas, 1980, t. II, p. 652.

<sup>53</sup> En el acuerdo arbitral entre las partes se designa el negocio que será sometido a juicio arbitral; de lo contrario, el acuerdo arbitral resultará nulo de pleno derecho. Este litigio tiene que ser determinado, así como la constitución del órgano, las normas aplicables y los procedimientos que se atenderán. En este caso no es necesario renunciar expresamente a la participación de los órganos estatales. Hay dos tipos de objetos según el acuerdo: *a)* en la cláusula preparatoria, el objeto se orientará a establecer a futuro el acuerdo para resolver las controversias especificadas mediante el proceso arbitral (el acuerdo no produce sometimiento al tribunal arbitral, pero sí origina el derecho y obligación de cada parte de sujetarse al arbitraje), y *b)* en la cláusula compromisoria o en el acuerdo definitivo, el objeto consiste en señalar el proceso arbitral como el medio de resolución del litigio (pueden establecerse los procedimientos y los órganos por cuyo conducto se resolverá).

una controversia presente o futura; existe cuando aquéllas están conformes con el objeto, además de que debe ser claro, sin suposiciones, debido a que hay una renuncia clara y expresa a los tribunales estatales para la solución de una controversia.<sup>54</sup> Sobre los elementos de validez, están la forma, el objeto, el motivo o el fin lícito, la ausencia de los vicios de la voluntad y la capacidad de los comprometientes. La forma constituye el conjunto de requisitos que la expresión de la voluntad debe reunir en su manifestación exterior para que el derecho le dé efectos jurídicos (por ejemplo, formulación por escrito, aunque la aceptación pueda ser no escrita).

Según el objeto, motivo o fin lícito, el acuerdo arbitral debe referirse a la legalidad de arbitrar el litigio que *in genere*<sup>55</sup> se establece en el mismo (en México se adopta el medio arbitral, pero en determinados litigios no se permite su solución por esta vía). La ausencia de vicios de la voluntad implica que al formular el acuerdo arbitral, las partes deben estar conscientes de lo que hacen y pactarlo libremente. La capacidad de las partes implica que el acuerdo arbitral es válido sólo cuando éstas son capaces de pactarlo y poseen facultades para comprometerse sobre la materia u objeto litigioso, entendiendo que en el ámbito objetivo tendrán la capacidad para elaborar un acuerdo arbitral sólo quienes puedan disponer de la materia litigiosa.<sup>56</sup> También conviene abordar el rol que juega la *autonomía* del acuerdo arbitral, que se puede entender en dos aspectos: la autonomía de la voluntad de los comprometientes frente al Estado y a la autonomía del acuerdo arbitral

---

<sup>54</sup> Existen diversas formas de expresar el consentimiento, y como tales son objeto de derechos y obligaciones. En su artículo 1423, el Código de Comercio de México señala: “El acuerdo del arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes... u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo... La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga la cláusula compromisoria constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forme parte del contrato”.

<sup>55</sup> Este principio implica que el Estado, a través de sus distintas autoridades, sólo debe realizar lo que el orden jurídico general le faculta hacer, sin que a ningún funcionario público u órgano con poder autoritario le sea posible llevar a cabo actos cuya comisión no le esté expresamente otorgada por la ley y ésta debe regular el ejercicio de la facultad concedida. Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2010, p. 204.

<sup>56</sup> El Código de Comercio, hasta antes de su reforma en 1993, parecía exigir que los comprometientes fueran comerciantes, excluyendo al resto de los involucrados, lo cual, afortunadamente cambió al eliminarse esta restricción. Cabe señalar que la ley aplicable a la validez del acuerdo del arbitraje será la ley a la cual las partes han sometido el arbitraje, y a falta de elección se apegará a la ley del país en la que se haya dictado la sentencia.

frente al contrato principal.<sup>57</sup> Y en lo tocante a los *efectos* del acuerdo arbitral, el principal es obligar a las partes a recurrir al arbitraje para resolver todas sus diferencias, resaltando dos aspectos: el positivo, en tanto da lugar al diferimiento al arbitraje de la controversia o el litigio dando jurisdicción al tribunal arbitral; y el negativo, en tanto excluye la jurisdicción de los jueces estatales en el tratamiento de dicha controversia, imponiéndoles a éstos el deber de actuar en ausencia del acuerdo arbitral.<sup>58</sup>

## 2. *La cláusula arbitral*

Ya se dijo que la cláusula arbitral es el elemento más importante dentro del arbitraje comercial, se pacta dentro del acuerdo arbitral y forma parte de éste; facilita el arbitraje en cuanto se forma en el momento más adecuado para convenir, pues las partes no conocen el carácter exacto del litigio futuro, y evita disuadir a los interesados con la determinación minuciosa de los requisitos y circunstancias restantes del arbitraje, que en ese momento sólo es una posibilidad.<sup>59</sup> Las características y los efectos que genera la suscripción de una cláusula arbitral o compromisoria son, *grosso modo*, que es un pacto por el cual las partes acuerdan sustraerse de la intervención del Poder Judicial; en este pacto no se fijan los extremos de la controversia (porque no existe conflicto en este momento), sino que sólo se identifica de manera precisa la relación jurídica respecto de la cual los futuros e inciertos conflictos serán resueltos por la vía arbitral, y su suscripción obliga a las partes a que al surgir la controversia, deban otorgar un nuevo contrato denominado “compromiso arbitral”.

No se olvide que existe una diferencia sustancial entre la cláusula compromisoria y la cláusula de compromiso arbitral, pues mientras que al momento de suscribirse una cláusula compromisoria no existe conflicto, cuando se celebra un compromiso arbitral ya existe una controversia entre las partes.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> El contrato principal puede existir con o sin cláusula arbitral, y, de la misma manera, la cláusula arbitral puede estar dentro del contrato o fuera de él, ya que ésta es independiente. De ahí que, si se alega nulidad del contrato principal, ello no impedirá que el árbitro conozca el asunto y resuelva sobre la existencia o inexistencia, validez o invalidez del contrato.

<sup>58</sup> Convención de Nueva York, artículo 2o., párrafo 3.

<sup>59</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 43.

<sup>60</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Bogotá, Legis, 1996, p. 78.

La experiencia demuestra que un buen arbitraje depende de una cláusula arbitral de calidad, la cual debe ser breve para que un procedimiento se desarrolle con fluidez, pues una elaboración compleja por lo general tiene el efecto contrario. Entre los elementos básicos que debe contener están: las reglas aplicables que regirán el procedimiento arbitral; el número de árbitros; el derecho que será aplicado al fondo del litigio; el lugar o la sede del arbitraje, y el idioma del arbitraje. La cláusula modelo del CAM es un claro ejemplo de cómo debe ser redactada una cláusula compromisoria: “Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del CAM, por uno o más árbitros nombrados conforme a dichas reglas”.<sup>61</sup> También es importante la elaboración del clausulado del acuerdo arbitral que debe ser muy preciso, medido y lo más claro, de manera que el contenido cubra necesidades pretendidas por las partes contratantes.

Conforme al Código de Comercio de México, existen tres tipos de cláusulas del acuerdo arbitral: *a*) necesarias o indispensables (indican la designación precisa del litigio que será objeto del arbitraje); *b*) opcionales o facultativas,<sup>62</sup> y *c*) prohibidas o exclusivas (comprende los litigios que la ley considera inarbitrables, los cuales concuerdan con los que sólo los tribunales

---

<sup>61</sup> Disponible en: [www.camex.com.mx](http://www.camex.com.mx) (fecha de consulta: 28 de abril de 2019). Conforme a la experiencia del Centro de Arbitraje de México, CAM, hay errores comunes que deben evitarse al momento de redactar una cláusula arbitral: falta de intención clara de someterse al arbitraje; incorrecta identificación del nombre de la institución administradora o las reglas de arbitraje que regirán el procedimiento; señalamiento de excesivos requisitos o calidades de los árbitros o en el procedimiento; pacto de diversos tipos de arbitraje en contratos relacionados, y falta de los elementos esenciales que debe contener toda cláusula, como las reglas, la sede, el idioma o el número de árbitros.

<sup>62</sup> El artículo 1423 del Código de Comercio establece cuáles son estas cláusulas: 1) nombre del árbitro o árbitros y de sus sustitutos (cuando no se especifica los nombres y/o el número de los árbitros, podrá recurrirse a los tribunales judiciales para su designación; de lo contrario, lo hará el administrador de arbitraje); 2) número de árbitros (uno o tres); 3) procedimientos para la designación de los árbitros, o para su sustitución, incluido el nombramiento del árbitro tercero (a falta del procedimiento convencional, se recurrirá al establecido en la ley interna o si es el caso en las reglas de procedimiento del centro administrador de arbitraje correspondiente); 4) lugar donde se desarrollará el proceso arbitral (sede, incluyendo país y ciudad); 5) idioma o idiomas a utilizar (Si el proceso es en México, el idioma a utilizar será el español, a menos que las partes determinen lo contrario, esto es más claro en el artículo 1432); 6) normas aplicables al fondo del negocio; 7) normas de procedimiento por seguir (tanto las normas aplicables al fondo como al procedimiento puede convenirse que algún organismo encargado de administrar arbitrajes escoja las normas, e incluso que el árbitro o árbitros adopten las más adecuadas); 8) tipos de fallo elegido, y 9) plazo de duración del proceso arbitral.

del Estado pueden resolver y las cláusulas que impiden el derecho de defensa o audiencia).

Asimismo, es interesante la llamada cláusula arbitral tipo o modelo, por su uso cada vez más frecuente en las relaciones privadas internacionales. Con base en la autonomía de la voluntad y las prácticas comerciales nacionales e internacionales, particularmente de la *lex mercatoria*, diversos centros de arbitraje han sugerido la redacción de esta figura, con la idea de reemplazar las cláusulas opcionales o facultativas, ya expuestas por las partes, lo que facilita el medio arbitral. Las cláusulas tipo resultan de la experiencia de las administradoras de arbitraje, por lo que suelen ser bastante efectivas. Con lo antes expuesto, se demuestra el gran peso y la importancia que tiene la cláusula compromisoria en el acuerdo arbitral, ya que de ésta depende el desarrollo del proceso del arbitraje.

### 3. *Constitución del tribunal arbitral*

El tribunal arbitral es muy distinto al tribunal judicial, tiene carácter autónomo e independiente respecto de éste y capacidad de aplicar las leyes, si bien se le considera parte de los administradores de justicia y no como auxiliar. Para que sus determinaciones no se tomen como opiniones particulares, requieren apoyo y auxilio de la autoridad judicial. De acuerdo con el artículo 5o. de la Convención de Nueva York, la constitución del tribunal arbitral se regula por la ley establecida en el acuerdo arbitral, o, a falta de ella, por la del lugar donde se realiza el arbitraje. Los comprometedores pueden elegir una sola ley aplicable o desmembrarla en secciones o instituciones, con la indicación de diversos ordenamientos para cada etapa. En la formación y funcionamiento del tribunal arbitral, la voluntad de las partes les permite, entre otras acciones, definir el tipo de tribunal arbitral, el número de árbitros, el lugar, los actos por realizar y el plazo. La ley aplicable en su constitución será señalada por las partes o con base en el reglamento de cualquier administradora del arbitraje que ellas elijan. De igual forma, dicha constitución puede dividirse en el nombramiento y sustitución de árbitros y por su independencia, imparcialidad y recusación.<sup>63</sup>

La competencia del tribunal arbitral está definida en el Código de Comercio, así como en los reglamentos arbitrales de las instituciones de arbitraje. El derecho arbitral mexicano otorga al tribunal arbitral no sólo una competencia obligatoria para las partes, sino también le da la facultad de la

---

<sup>63</sup> Perezniecto Castro, Leonel, *op. cit.*, p. 35.

*kompetenz-kompetenz*, es decir, el poder de pronunciarse sobre su propia competencia. En el artículo 1432 del Código de Comercio se le faculta para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.<sup>64</sup> La competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega la existencia de un vacío de la voluntad en el acto que se otorga competencia al árbitro, la acción de la nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional.<sup>65</sup> En cuanto a las reglas para la constitución del tribunal arbitral, se hallan establecidas en el título cuarto, libro quinto, del Código de Comercio, el cual está basado en la Ley Modelo de la UNCTRAL y rige a la legislación mexicana; y conforme a las mismas, una de las mejores opciones para dicha constitución es la utilización de una institución administradora; sin embargo, es primordial que las partes tengan plena libertad en la decisión en un árbitro único o en un tribunal arbitral para que el procedimiento se desarrolle con eficiencia.

En el tópico relativo a la competencia del tribunal arbitral, ésta corresponde al límite en que puede ejercerse su función, y en este sentido no es lo mismo competencia que función jurisdiccional. Dos fuentes delimitan la competencia del tribunal arbitral: por un lado, la que se deriva de la normatividad del tribunal y la convencional internacional, y por el otro, la que proviene de la voluntad de las partes establecida en el acuerdo. De conformidad con las leyes y tratados, la competencia del tribunal arbitral comprende lo siguiente: el reconocimiento y la decisión del juicio o proceso principal; el conocimiento de los incidentes derivados del proceso principal; la capacidad de competencia para dirigirse a los tribunales del Estado, a los cuales se puede pedir o exigir cooperación y auxilio a fin de garantizar el éxito del proceso arbitral; el conocimiento de las excepciones definitivas, menos la recomendación, salvo lo acordado en el acuerdo arbitral, y el conocimiento de los datos que puedan llevar a la condena.<sup>66</sup>

Respecto a la competencia exclusiva del tribunal arbitral, se considera en dos niveles: el establecido en las leyes y en los tratados internacionales, y la competencia señalada por las partes en su laudo arbitral. Las modalidades de la competencia exclusiva establecida en las leyes y tratados interna-

---

<sup>64</sup> En ciertas ocasiones, los tribunales federales han llegado a establecer que los árbitros pueden únicamente pronunciarse sobre su competencia si las partes expresamente lo han pactado de esa manera. Boggiano, *op. cit.*, p. 941.

<sup>65</sup> Perezniето Castro, Leonel, *op. cit.*, p. 138.

<sup>66</sup> Por los criterios de atribuciones de competencia del tribunal arbitral, se determina su jerarquía, por lo que los criterios generales de la atribución de competencia, como el territorio o la persona, no poseen importancia vital en el arbitraje internacional. *Ibidem*, p. 114.

cionales son: *a*) la competencia jurisdiccional estatal exclusiva, que implica que únicamente los tribunales jurisdiccionales del Estado podrán conocer de los litigios que ellos atienden, con lo que se excluye que éstos puedan llevarse a un tribunal no judicial del Estado, y *b*) la competencia jurisdiccional que, aun cuando sea exclusiva del Estado, pueda compartirse por los tribunales nacionales, del Poder Judicial o arbitral (exclusiva para un país, pero concurrente o compartida entre los tribunales estatales y los arbitrales del mismo territorio). En México se admite la arbitrabilidad de un litigio en el extranjero, salvo que la ley considere tal asunto competencia exclusiva de las autoridades nacionales; así, el artículo 1347 del Código de Comercio establece que “Las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen ciertas condiciones”.<sup>67</sup> En el caso de la competencia delimitada por el acuerdo entre los comprometedores, también se observan dos modalidades: la competencia negativa y la competencia positiva.

Sobre la materia objeto de la competencia del tribunal arbitral, es sabido que comprende el conocimiento y la resolución del litigio interpartes, propio del proceso arbitral, y ha sido aplicada en las leyes extranjeras, en la jurisprudencia y en los reglamentos de las instituciones administradoras de arbitraje. Esta aplicación comprende el conocimiento y la resolución de objeciones sobre la competencia del tribunal, la existencia o validez del acuerdo. Por lo general, es el propio tribunal arbitral el que decidirá previamente las objeciones de su competencia. En la mayoría de las legislaciones nacionales se asume con frecuencia que sea el propio tribunal de arbitraje el que decida sobre su propia competencia, a menos que se oponga a ello una norma imperativa especial.<sup>68</sup>

## V. PROBLEMÁTICA Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DEL MEDIO ARBITRAL INTERNACIONAL

Una de las reglas elementales del proceso arbitral es la igualdad de las partes y que éstas deberán brindar plena oportunidad de hacer valer sus derechos, de tal manera que ni los árbitros ni las partes de común acuerdo pueden invalidarlo.<sup>69</sup> También es básico que “el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, ya sea el procedimiento ante

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>68</sup> Boggiano, *op. cit.*, p. 943.

<sup>69</sup> Código de Comercio, artículo 1434.

tribunales o el procedimiento arbitral”; por lo tanto, el procedimiento arbitral escogido por las partes es excluyente de la jurisdicción judicial.<sup>70</sup> El que el tribunal otorgue a la partes la plena oportunidad de hacer valer sus derechos, esto no significa que se deba poner en riesgo la eficiencia del procedimiento para dar gusto a las solicitudes procesales que resulten evidentemente improcedentes. En el Código de Comercio se dice que las partes podrán modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente la alteración de que se trate en razón de la demora con que se haya hecho. Esto de alguna manera limita a las partes la posibilidad de interrumpir el procedimiento. El tribunal arbitral debe ajustar sus actuaciones procesales a los términos que convengan las partes, y el procedimiento deberá cumplir con las reglas obligatorias de la ley del lugar de arbitraje, así como con el orden público de dicho lugar.

En el procedimiento arbitral, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes ha sido ampliamente aceptado por la mayoría de las legislaciones nacionales e instituciones internacionales en la materia, pues les brinda a aquéllas la posibilidad de elegir los métodos para conducir el arbitraje de acuerdo con sus necesidades; además, les permite posterior al contrato la ley aplicable que lo regule; sin embargo, también existen restricciones sobre esta autonomía, como la de que las partes deberán ser tratadas con igualdad, y se le debe dar a cada una de ellas la oportunidad de hacer valer sus derechos, y en este sentido el tribunal no debe otorgar privilegios a alguna en particular.

Hoy se sigue considerando el principio de la voluntad de las partes como el más difícil para el derecho internacional, y se ha expresado de diferentes formas, dependiendo del sistema jurídico que lo haya adoptado, lo que demuestra que esta libertad no es independiente, sino que se trata de un poder otorgado que ejerce condiciones y límites que otorgan seguridad jurídica dentro de las propias necesidades de las relaciones privadas internacionales en materia comercial. Si al acuerdo de voluntades se le llama “consentimiento”, la formación de éste se funda en la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de la misma, por lo que será un elemento esencial e indispensable de un contrato, y operará como presupuesto de su validez, ya que se entiende que ante la ausencia de consentimiento no habrá contrato, y los actos realizados son considerados nulos de pleno derecho.

Es voluntad de las partes consentir en la designación del árbitro, una persona física sin cuya presencia no puede funcionar el tribunal arbitral, y, en consecuencia, el arbitraje comercial internacional. Para representar a

<sup>70</sup> *Ibidem*, artículo 1051.

este órgano, el árbitro necesita capacidad personal y adquisición del cargo (capacidad en abstracto), además de tener conciencia del ejercicio de su función sobre el caso específico (capacidad en concreto), lo cual significa que el árbitro debe reunir los requisitos necesarios para representar al tribunal arbitral y resolver sin impedimentos el caso específico.

Sobre la capacidad en abstracto, algunas convenciones internacionales, como las de Nueva York y la de Panamá, prevén algunas disposiciones, como que debe tratarse de un profesional del derecho, contar con determinada experiencia profesional, tener idoneidad y poseer cierta nacionalidad o domicilio.<sup>71</sup> Para la capacidad en concreto, no basta que el árbitro haya reunido todos los requisitos señalados, sino tener la actitud de conocer y resolver sobre un asunto específico, lo cual se logra cuando se es imparcial y hábil, ya que de forma contraria esto representa un grave riesgo para la solución de litigios.<sup>72</sup>

Otra de las libertades que tienen las partes es la designación de árbitros que integrarán el tribunal arbitral, o simplemente al árbitro, en el caso de que las partes decidieran llevar a cabo el litigio utilizando uno solo; también pueden nombrar a los árbitros de manera directa o pueden delegar su nombramiento a un tercero cuando exista un desacuerdo. En el ámbito internacional se establece que el nombramiento del árbitro se hará en la forma convenida por las partes, y su designación podrá delegarse a un tercero. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad considerarán las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y

---

<sup>71</sup> Algunas cualidades que deben caracterizar a un árbitro no son del todo sencillas; por ejemplo: *a)* tener cierto sentido de aislamiento en torno de los argumentos emocionales; *b)* pensar lógicamente y poder investigar los hechos que el caso represente para llegar a una conclusión razonable; *c)* ser objetivo y liberarse de prejuicios; *d)* ser receptor de nuevos argumentos; *e)* ser capaz de establecer prioridades sobre la relevancia de la información; *f)* no ser tan firme para dominar el procedimiento, pero ejercerá control sobre la dirección y los actos del mismo; *g)* ser paciente y mantenerse tranquilo en el desahogo de un testimonio; *h)* estar familiarizado con los procedimientos jurídicos; *i)* tener una experiencia sólida; *j)* no depender del arbitraje para subsistir. Señalamientos del profesor James J. Hearly, citado en Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 127.

<sup>72</sup> Cuando se aplican las reglas de arbitraje de algún centro administrador no se establecen requisitos ni capacidades concretas, sólo se limitan a exigir que el árbitro sea imparcial e independiente. La legislación mexicana no establece ningún requisito para ser árbitro y prevé expresamente la posibilidad para las partes de poder nombrar como árbitro a extranjeros. Sin embargo, la legislación nacional prohíbe a los servidores públicos, en particular a los jueces y magistrados, actuar como árbitros durante el desempeño de sus cargos sin excepción alguna. Artículo 1427 del Código de Comercio y artículo 149 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Citado en Perezniето Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 149.

tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.<sup>73</sup> Cabe destacar que la autoridad del árbitro se deriva del acuerdo arbitral y no es delegable ni transferible, aunado a que sus determinaciones son resoluciones.

Por otro lado, toda vez que en el medio arbitral comercial internacional el lugar del proceso es en la mayoría de los casos un sitio neutral, es frecuente que la ley aplicable al procedimiento arbitral sea diferente a la ley aplicable para la interpretación de las cuestiones de fondo del conflicto. Independientemente de la variación de las legislaciones, es posible que en relación con los arbitrajes las leyes procesales se refieran a cuestiones de indudable interés e importancia. También debe señalarse que la comunicación entre los árbitros y entre las partes no siempre se lleva a cabo en un mismo idioma, por lo que éstas deben elegirlo, aunque en ocasiones se omite tal acuerdo. En algunos reglamentos, como el de la ICC, se establece que si las partes no fijaron el idioma en el acuerdo o al presentar la demanda y contestación, el tribunal lo fijará.<sup>74</sup> De igual modo, como lo dispone el artículo 1436 del Código de Comercio, los comprometedores pueden definir libremente el lugar del arbitraje, o en su defecto lo hará el tribunal arbitral, atendiendo a las circunstancias del caso, incluso lo que convenga a las partes.<sup>75</sup>

Para elegir o determinar el lugar del arbitraje es necesario tomar en cuenta al menos tres circunstancias: que los tribunales que tengan jurisdicción en ese territorio estén capacitados para llevar adecuadamente el procedimiento; que el Estado que se elija sea parte de la Convención de Nueva York, ya que con base en ésta se dictará el laudo, y que el derecho arbitral

---

<sup>73</sup> Ley Modelo Uncitral, Naciones Unidas, artículo 11, 2008, p. 6.

<sup>74</sup> Cuando el idioma es establecido por el tribunal, éste debe tener en consideración: a) el idioma con el que se redactó la cláusula arbitral o el convenio arbitral; b) el natal de las partes; c) el del lugar donde se encuentra alguno de los establecimientos que son parte; d) el del lugar o sede del arbitraje; e) el del sitio en donde se realizarán las audiencias arbitrales, y f) el que sea mundialmente aceptado, como el inglés, francés y español. Rodríguez González, Carlos, *México ante el arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa, 1999, pp. 96 y 97.

<sup>75</sup> En la práctica, se prevén tres principales factores para fijar la sede: la neutralidad del lugar, la *lex arbitri* que resulta de la elección de la sede, así como la conveniencia en relación con los desplazamientos de las partes y los árbitros, además del acceso a las pruebas, e incluso las facilidades logísticas con que se cuenta en el lugar escogido por las partes, tales como las salas de conferencias, las traducciones simultáneas o la transcripción de las audiencias. CIADI, "Decisión sobre el lugar de arbitraje", *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, núm. ARB (AF)/00/3, 26/9/01.

de la sede del arbitraje se adapte a las necesidades de las partes y esté actualizado para cumplir con las formalidades del lugar.<sup>76</sup>

Generalmente se ha aceptado que el arbitraje comercial internacional se rija por la ley del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje. Pese a que es frecuente que las partes inserten en sus contratos una cláusula que establezca cuál es la ley aplicable para la interpretación del mismo, es poco común encontrar cláusulas en las que se incluya una elección de la ley aplicable al procedimiento o en la que específicamente se adopte la ley procesal del lugar del arbitraje para que rija el procedimiento; bajo estas circunstancias, el árbitro se encuentra en la situación de interpretar la intención de las partes en el sentido de que al haber elegido el lugar del arbitraje han querido elegir la ley de dicho lugar como ley procesal aplicable. En suma, existen varias alternativas para la fijación de las reglas de procedimiento a seguir, entre las que destacan las siguientes:

- a) conforme a las partes: entre las libertades que éstas tienen en el desarrollo del arbitraje comercial está la libertad de determinar las reglas o normas conforme a las cuales se llevará a cabo el procedimiento arbitral (principio se ha incorporado al Código de Comercio dentro del artículo 1435);
- b) conforme al Código: prevé la utilización del Código de Comercio, el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal o de cualquier otro estado;<sup>77</sup>
- c) conforme a reglas de arbitraje previamente establecidas: las partes pueden pactar que el arbitraje se desarrolle conforme a un cuerpo de reglas de arbitraje, como las reglas de la UNCITRAL, elaboradas para llevar a cabo el arbitraje comercial en todo el mundo (muy usuales para los arbitraje *ad hoc*);
- d) conforme a reglas elaboradas para un caso concreto: como las reglas que los abogados redactan para el caso específico de una controversia que se pudiera derivar de la relación contractual (poco conve-

---

<sup>76</sup> En el caso del arbitraje *ad hoc*, las partes indican el lugar en el acuerdo arbitral, y cuando esto no sucede, entonces es el tribunal arbitral quien lo decide, siempre considerando las necesidades de las partes. Mientras que en el arbitraje institucional, cuando las partes no establecen el lugar, la institución generalmente designa el lugar de la sede de la institución como lugar donde se lleva a cabo el proceso arbitral. González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia (coords.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa, 2007, p. 95.

<sup>77</sup> Este tipo de procedimiento es poco frecuente, debido a que al apegarse a un código de procedimiento ya establecido, lo hace más formal, quitándole esa flexibilidad que proporciona el arbitraje comercial con la elección de otro procedimiento.

- nientes, porque pueden contener errores que deriven en complicaciones en el desarrollo del proceso);
- e) conforme a reglas de una institución arbitral: donde los árbitros deberán manejar el procedimiento conforme a dichas reglas, y en caso de haber lagunas aquéllos se conducirán como lo juzguen pertinente o con base en otro procedimiento;<sup>78</sup>
  - f) conforme a los lineamientos que fije el árbitro: es utilizado en el arbitraje *ad hoc*, donde las partes podrán pactar que el arbitraje se lleve a cabo conforme a lo que determine el propio tribunal arbitral, sin olvidar que la libertad de las partes de establecer el procedimiento del arbitraje comercial también tiene limitantes, como las referentes a las normas de orden público, es decir, no pueden acordar reglas que vayan en contra de dichas normas;<sup>79</sup>
  - g) conforme al propio arbitraje *ad hoc*: cuando las partes determinan el procedimiento del arbitraje, los árbitros se apegan a dichas normas; empero, cuando no existe la determinación de un procedimiento por las partes, los árbitros señalarán el desarrollo del procedimiento, es decir, por las características que tiene esta modalidad, los árbitros, por un lado, se adaptan al deseo de la partes, y, por el otro, toman decisiones con relación al procedimiento de su tradición jurídica, amén de que cuando el arbitraje *ad hoc* se apega a un código de procedimiento no hay otra opción, sólo la de llevar el mismo apegado a las normas de dicho código.

Ahora bien, en relación con el importante aspecto de las *medidas cautelares* o *providencias precautorias*, las partes involucradas en un procedimiento arbitral están facultadas para solicitarlas a un tribunal arbitral o a uno judi-

---

<sup>78</sup> Expertos, como el profesor Claus von Wobeser, señalan que esta es sin duda la alternativa más utilizada y la más adecuada, ya que las partes y los árbitros cuentan con reglas elaboradas cuidadosamente por las instituciones y asimismo cuentan con el apoyo de éstas en el desarrollo del procedimiento. Generalmente, las reglas de las instituciones son sencillas y le dan gran importancia a la autonomía de las partes para que pacten lo que juzguen conveniente en relación con el desarrollo del procedimiento, y por otro lado, le dan autoridad al árbitro para que lleve a cabo el procedimiento en la forma que mejor juzgue, salvo que las partes establezcan lo contrario. Pereznieta Castro, Leonel, *op. cit.*, p. 102.

<sup>79</sup> El artículo 1445 del Código de Comercio prescribe que “El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indicaran la ley que debe regir el fondo de litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable”.

cial, lo cual es necesario para preservar sus derechos o conservar el objeto de litigio hasta que se dicte una resolución sobre el fondo del asunto. Al respecto, la mayoría de los sistemas procesales han incorporado procedimientos rápidos y eficaces que permiten que antes, al comienzo, o durante el curso del proceso se dicten medidas cautelares por el juzgador que contrarresten actos que se justifiquen como inadecuados, los cuales empero pueden afectar los derechos fundamentales de la contraparte, por lo que los procesos deben ser rigurosos y precisos, solicitando al denunciante pruebas que constituyan la afectación grave del derecho que reclama.

Otro aspecto que no puede pasarse por alto en el procedimiento arbitral es el relativo a la *recusación* de árbitros, la cual se basa, en primera instancia, en la declaración de independencia que el árbitro debe entregar para ser designado. En este sentido, las partes tienen pleno derecho de recusar a los árbitros; empero, deben señalar objetivamente las causales en el escrito de la misma; para tal efecto, el Código de Comercio menciona en el artículo 1428, que:

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.<sup>80</sup>

También es importante referir al *acta de misión* arbitral, que es un documento en el cual se exponen las pretensiones de las partes, se identifican los puntos sobre los cuales el tribunal tiene que pronunciarse, así como las principales reglas que regirán al procedimiento.<sup>81</sup> Su origen se encuentra en la práctica del compromiso confirmativo, un sistema en el que se requería que el consentimiento fuera expresado en la cláusula compromiso, una vez que el litigio hubiera surgido, pero en virtud de que estos requisitos legales ya no existen, algunos autores afirman que ha perdido su utilidad; sin embargo, otra parte de la doctrina señala que en la práctica se puede constatar que el documento ayuda a clasificar las pretensiones, resolver algunas cuestiones importantes relacionadas con el procedimiento, permite hacer los primeros contactos entre las partes que pueden resultar en una transacción,

---

<sup>80</sup> Código de Comercio, México, artículo 1428.

<sup>81</sup> Esta acta fue adoptada por la CCI, y por el CAM; sin embargo, la Canaco prefirió no introducirla en su reglamento, por lo cual, debe analizarse su utilidad y naturaleza jurídica. PERNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James A., *op. cit.*, p. 185.

precisando que el rechazo de una de ellas de participar en la elaboración del acta misión no afecta la validez del laudo.

Por último, respecto a la *intervención de los tribunales estatales* en el procedimiento arbitral, la eficacia de este medio radica por lo habitual en el apoyo de la judicatura. González de Cossío hace referencia a la deslocalización del arbitraje, es decir, que éste debería apegarse a las normas transnacionales con su característica de internacionalización y no mantener una dependencia de legislaciones y tribunales nacionales; sin embargo, también reconoce que el arbitraje necesita determinada intervención de los mismos para lograr sus fines. En términos llanos, coincido con él por cuanto la naturaleza de la intervención judicial en el medio arbitral es una relación tanto de asistencia o cooperación como de control; en el primer caso, para remisión al arbitraje, constitución del tribunal arbitral, y reconocimiento y ejecución del laudo; en el segundo, para recusación, costos y nulidad del laudo.<sup>82</sup> Igualmente, es claro que esta relación dual complementa la función del arbitraje con el papel que desempeña el juez nacional (quien es parte del orden jurídico interno), lo que le brinda un alto nivel de eficiencia, pues se establece un vínculo de retroalimentación, siempre respetando el principio de no intervención. Con ello, el medio arbitral comercial obtiene fuerza y funcionalidad en los planos nacional e internacional, afianzando las ventajas y beneficios que brinda para la solución de controversias.<sup>83</sup>

## VI. EJECUCIÓN DEL LAUDO O SENTENCIA ARBITRAL EN LAS RELACIONES PRIVADAS NACIONALES E INTERNACIONALES

El laudo arbitral es el producto final, la razón de ser y la decisión que da término al procedimiento de arbitraje; es la decisión terminal que concluye el juicio arbitral, dictada por los árbitros nombrados para casos determinados o

---

<sup>82</sup> González de Cossío, Francisco, “Relación entre judicatura y arbitraje”, *Centro de Arbitraje de México*, México, abril de 2009, pp. 8-11.

<sup>83</sup> En el artículo 1422 del Código de Comercio se establece la posibilidad para que las partes acudan al juez estatal, con el fin de apoyarles en las dificultades que se presenten en el procedimiento arbitral, condicionando en todo momento su competencia. Tanto este numeral como el 1415 estipulan la competencia del juez mexicano a condición de que la sede jurídica del arbitraje se encuentre en territorio nacional, no permitiendo esta aplicación a los arbitrajes que se encuentren fuera del territorio nacional, de tal forma que los tribunales mexicanos en el extranjero sólo son competentes para la ejecución y reconocimiento del laudo. Sin embargo, afortunadamente, se realizó una importante reforma al título cuarto del libro quinto, en el sentido de que las disposiciones aquí contenidas se aplicarán tanto al medio arbitral nacional como al internacional.

por órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido, si el arbitraje hubiera tenido lugar en otro de los lugares partes.<sup>84</sup> Formalmente no hay una definición internacionalmente aceptada del laudo arbitral; sin embargo, hay acepciones generales que lo sintetizan como la decisión o fallo que indican los árbitros al resolver una controversia a su consideración,<sup>85</sup> entendiendo que el proceso arbitral culmina con la decisión de la autoridad que analizó la controversia. En mi opinión, se le puede comprender como una resolución dictada por un árbitro o un amigable componedor que permite dirimir un conflicto entre dos o más partes, que no se fundamenta obligadamente en el derecho, por cuanto los comprometidos pueden acordar previamente que el medio arbitral se centre en criterios de equidad, más allá de lo estrictamente jurídico. En la escuela privatista argentina se le explica como una “resolución de la controversia existente entre las partes por el tribunal arbitral, en virtud del poder de resolución que le ha otorgado la cláusula compromisoria”.<sup>86</sup> Y es dable encontrar definiciones un tanto más abigarradas como la que proporciona Francisco González de Cossío.<sup>87</sup>

### 1. Caracterización, principios y recursos aplicables al laudo

A partir de su definición se deducen algunas particularidades del laudo: está hecho por árbitros, resuelve una controversia, es una decisión vinculatoria, y puede ser parcial; además de tener algunas consecuencias: tienen que respetarse las formalidades aplicables a la emisión del laudo, tienen que seguirse los pasos que el reglamento arbitral establezca como necesaria para su emisión, es obligatorio a las partes, tiene la fuerza de cosa juzgada, empieza a correr el tiempo para su impugnación, y sólo un laudo puede

---

<sup>84</sup> Silva, Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 21.

<sup>85</sup> Palomar de Miguel, citado por Rodríguez González, Carlos, *op. cit.*, p. 29.

<sup>86</sup> Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1995, p. 613. Este civilista argentino señala que el equivalente al laudo es el poder de jurisdicción de la sentencia que dicta un juez, y cuya diferencia radica en que, mientras que la jurisdicción del juez viene marcada por la ley, la jurisdicción del árbitro viene dictada por la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo tanto, el arbitraje debe ser aceptado por éstas, ya sea de forma previa a través de un contrato o de posteriormente, cuando ya ha surgido el conflicto como forma de resolver el litigio.

<sup>87</sup> “Es una resolución final que dispone de todos los puntos legales controvertidos sometidos al tribunal arbitral y cualquier otra decisión del tribunal que determine en forma definitiva cualquier cuestión, sustancia de su competencia o procesal, siempre y cuando en el último caso, el tribunal arbitral califique su decisión como laudo”. González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Jus, 2001, p. 179.

ser reconocido y ejecutado bajo las convenciones internacionales.<sup>88</sup> Adicionalmente, el laudo se caracteriza por la definitividad y la ejecutoriedad: la primera se refiere a que se trata de una decisión final y obligatoria, donde las partes decidieron su controversia por medio del arbitraje renunciando a cualquier otro medio de solución (empero, se puede declarar la ilegalidad del acuerdo arbitral si éste no se llevó a cabo conforme a los lineamientos en él convenidos); la segunda significa que las partes se obligan a ejecutar y cumplir sin demoras el laudo o sentencia, ya que la demora puede considerarse como pretexto de una de las partes para prolongar en demasía el cumplimiento del laudo o no cumplirlo.<sup>89</sup>

En otra arista, existen varios tipos de laudo, según se atenga a sus particularidades y características, siendo los más comunes: *a)* el laudo sobre competencia, donde el tribunal admite o rechaza su competencia; *b)* laudo incidental, cuando gira sobre un punto que no pone fin al procedimiento, también llamado preliminar, cuando aborda aspectos sustantivos del caso; *c)* laudo parcial, que aborda una parte del litigio, es decir, sobre un punto de la demanda; *d)* laudo final, el que decide, por un lado, sobre todas las pretensiones sometidas por las partes, finalizando el procedimiento arbitral, y, por el otro, sobre el final del asunto en la medida en que tiene fuerza de cosa juzgada y vincula a los árbitros y a las partes (aspecto que distingue al laudo de la orden procesal que es revocable); *e)* laudo en rebeldía, aquel en que una de las partes se rehúsa a participar en el procedimiento y el tribunal arbitral se ve en la necesidad de proseguir sin la participación activa de una de las partes en rebeldía, y *f)* laudo consentido, que tiene por objetivo elevar a laudo una transacción en donde intervienen las partes, para brindar a ésta un título ejecutivo bajo las leyes arbitrales,<sup>90</sup> pero condicionado a que sea una solicitud conjunta por ambas partes. El árbitro no está obligado a controlar el contenido de la transacción sometida a su elevación a laudo, pero le permite el no presentarse a formalizar acuerdos abusivos e ilegales. En el caso de México, no se hace mención más que para el laudo definitivo,

<sup>88</sup> González de Cossío, Francisco, “Relación entre...”, *cit.*, pp. 283 y 284.

<sup>89</sup> Desde la adopción de la Convención de Nueva York se evitó la confirmación del laudo ante los tribunales estatales para darle el valor de “definitivo”. Sólo los laudos extranjeros tienen que pasar por la homologación, para ser ejecutados, es decir, que en el procedimiento de *exequátur* el juez tiene que aprobar la decisión extranjera en vista de las normas mexicanas antes de ordenar su ejecución.

<sup>90</sup> Ley Modelo Uncitral, artículo 34, párrafo 1: “Si antes de que se dicte el laudo, las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará una orden de conclusión del procedimiento o, si lo piden ambas partes y el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado”.

que da por concluido el procedimiento arbitral; ante la omisión, los árbitros pueden emitir laudos incidentales, preliminares o parciales si las partes no lo han excluido.

En el mismo orden, el laudo arbitral debe regirse por *principios*, los cuales le brindan mayor peso tanto en esencia como para su ejecución. La *congruencia* exige que las pretensiones que se resuelvan en el laudo sean las planteadas en el enjuiciamiento, pues es un tanto ilógico pretender resolver algo no planteado; comprende la correlación entre las pretensiones deducidas en el juicio y el laudo, como entre el acuerdo arbitral y el laudo (artículo 1457 del Código de Comercio). La *exhaustividad* consiste en la resolución en el laudo de todas las pretensiones planteadas en el enjuiciamiento; el litigio debe resolverse tanto en la demanda como en la contestación.<sup>91</sup> La *fundamentación* y *motivación*, refiriéndose la primera a las normas legales de sustentación, y la segunda, a los elementos reales (en el derecho arbitral se manejan los dos principios como motivación o razonamiento). La motivación del laudo se recomienda en dos casos: a) cuando no se renunció a los recursos contra el laudo, y b) cuando el Estado correspondiente al territorio donde se pretenda que se reconozca y ejecute el laudo disponga la revisión del fondo de éste.<sup>92</sup>

Por cuanto corresponde a la *revisión* del laudo, varias instituciones observan la práctica de revisar el proyecto de laudo antes de que los árbitros lo firmen y rindan, con la idea de tener la certeza de que no existe ninguna falla, ya sea de forma o de fondo en el documento, y así garantizar su mejor calidad y ejecución. El proceso de revisión tiene el apoyo de los tribunales estatales, y en el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, ésta no tiene ningún poder jurisdiccional, y en ese sentido sus decisiones tienen un carácter administrativo. Al contrario del reglamento de la CCI, la práctica de la revisión del laudo en la CAM es sólo facultativa, por lo que tiene la posibilidad de excluir el procedimiento si tal es su deseo. En lo relativo a las observaciones sobre la *forma*, pueden corresponder a errores tipográficos o de cálculo, elementos que faltan, pero que deben ser incluidos en el laudo según la *lex sitae arbitri*; y respecto al *fondo*, si es cierto que el reglamento de la CCI enuncia: “respecto a la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar la atención sobre puntos relacionados con el fondo de la

---

<sup>91</sup> Este principio no figura literalmente en las convenciones, pero subyace en el artículo 37 de la Ley Modelo, y hace referencia al laudo adicional, permitiendo rectificar cualquier reclamación durante el procedimiento. Un laudo incompleto puede ser ejecutable pero sólo en la porción resuelta, hasta que se solucione la omitida, y si está incompleto deberá pedirse al tribunal arbitral que lo complete con un *laudo adicional*.

<sup>92</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 219.

controversia”,<sup>93</sup> un centro de arbitraje puede revisar aspectos de fondo del laudo que considere confusos, insuficientemente razonados, incoherentes o contrarios a las disposiciones de la ley aplicable.

Otra parte importante en el tema corresponde a los *recursos* aplicables al laudo. Al respecto, por lo habitual los litigantes acuerdan que el laudo final tenga un carácter de “definitivo, inapelable y obligatorio para las partes”; sin embargo, aun cuando se haya firmado este pacto, el fallo puede ser objeto de recursos: nulidad, reconocimiento y ejecución, los cuales son diferentes a la apelación y al amparo por su naturaleza,<sup>94</sup> y son cada vez más utilizados, con el fin de retrasar la ejecución del laudo. En este sentido, los tribunales mexicanos han decidido que un recurso abusivo puede ser considerado como una violación al principio de confidencialidad que las partes han pactado al inicio del procedimiento arbitral, abriendo así la posibilidad de que la contraparte inicie una demanda de indemnización por daños en contra de la parte que haya intentado el recurso en esos términos expuestos.<sup>95</sup>

Ante todo, el laudo es una resolución dictada por el árbitro que dirime la diferencia suscitada entre las partes, con calidad de cosa juzgada, y por tanto motiva ejecución, teniendo además atributos como inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad, mismos que buscan evitar la utilización del recurso de apelación; sin embargo, se puede impugnar en cuanto a su reconocimiento y ejecución, observando las causas que están definidas en la legislación mexicana y que están consignadas en la Convención de Nueva York y en la Ley Modelo de la CNUDMI.<sup>96</sup> En el derecho positivo mexicano los laudos de árbitros privados son considerados en la actualidad como actos de particulares.

En cuanto a los recursos de nulidad, reconocimiento y ejecución, el órgano competente tiene una jurisdicción limitada, ya que sólo le corresponde analizar la presencia de una de las causales de nulidad o no ejecución, es decir, sólo determina si se ha presentado un vicio en la manifestación del laudo

---

<sup>93</sup> Deranis, Yves y Schwartz, Eric A., *El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, Oxford, 2001, p. 354.

<sup>94</sup> La apelación y el amparo son dos recursos que no son considerados dentro del derecho del medio arbitral, es decir, son inexistentes. Sánchez, Maldonado, *op. cit.*, p. 142.

<sup>95</sup> Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 269.

<sup>96</sup> El laudo arbitral no se encuentra sujeto a revisión constitucional; empero, ésta puede tener lugar respecto a la resolución de homologación emitida por un órgano judicial estatal, la que se limita al resultado del análisis de la debida composición del tribunal del arbitraje, del debido procedimiento, de la manifestación de la voluntad de las partes, de la materia del mismo y de los demás elementos establecidos en el artículo 1462 del Código de Comercio, supuestos que sólo contemplan cuestiones de forma y no de fondo, por lo que por vía del amparo sólo podrán alegarse esas cuestiones.

que justifique su invalidez. Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad, cuyo objetivo es precisamente anular el laudo cuando existe una de las causales de ley, y que de proceder, harían que el laudo quedara sin ningún efecto a partir de la fecha declarada por el juez competente, sujeto a los términos de la resolución de nulidad.<sup>97</sup> Respecto al reconocimiento, que se entiende como el acto formal de declarar que un laudo es final y obligatorio sobre todos los puntos de controversia entre las partes, consiste en darle efectos jurídicos a los resolutivos de un laudo, aunque ello no involucre su ejecución activa; sin dejar de advertir que es diferente a la ejecución, y de ahí que un laudo puede ser reconocido sin ser ejecutado.

## 2. Ejecución, reconocimiento y homologación del laudo arbitral

En la *ejecución* de un laudo, se le da efectos a lo resuelto en este mismo, aun en contra de la voluntad de una de las partes, y constituye el mecanismo por virtud del cual, mediante la intervención judicial y con el posible uso de la fuerza pública, se cumplen coactivamente los resolutivos del laudo arbitral. Cuando un laudo es ejecutado, necesariamente se tuvo que reconocer. Sin embargo, constituyen actos separados; esto es, para obtener la ejecución de un fallo que determina la jurisdicción competente, los litigantes tendrán que sujetarse a los procedimientos previstos y, si fuera necesario, utilizar los recursos disponibles contra la decisión de ejecución.<sup>98</sup> La finalidad de la ejecución es darle fuerza ejecutoria de la que carece la sentencia por su doble calidad extranjera y arbitral. En México, el juez competente para reconocer o ejecutar es el juez de primera instancia federal o del orden común del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.<sup>99</sup>

Ahora bien, el procedimiento o procedimientos orientados a que se reconozca el laudo extranjero para que, tras esto, se ordene la ejecución, se conoce como *exequatur*; y la vía necesaria para hacer cumplir y ejecutar el fallo se conoce como “procedimiento de ejecución”. La mayoría de los

---

<sup>97</sup> Según la doctrina actual, el laudo puede ser *ineficaz* o *inaplicable*. En el primer supuesto, existe algún motivo por el que el laudo no puede producir efectos; en el segundo, porque es imposible aplicar el convenio de arbitraje cuando su redacción es errónea o no clara, de tal suerte que no sea posible extraer de él ninguna directiva consecuente con su finalidad. Gómez Jene, Miguel, *Arbitraje comercial internacional*, Navarra, Civitas, 2018, p. 345.

<sup>98</sup> Perezniato Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 311.

<sup>99</sup> Este dispositivo consigna que “Conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado, en su defecto, el de la ubicación de los bienes”. Código de Comercio, artículo 1422.

privatistas internacionales identifican el *exequatur* con la homologación; por ejemplo, José Luis Siqueiros lo define como las formalidades exigidas para otorgar fuerza de ejecución al fallo, mientras que Adolfo Miaja de la Muela lo explica como la resolución que atribuye fuerza a la sentencia. Otros autores, como Silva Silva, Gómez Jene, Sánchez Maldonado y quien esto escribe, entendemos *exequatur* y homologación como dos conceptos distintos, es decir, el primero es el procedimiento de reconocimiento, mientras que la segunda viene a ser el resultado. En ese contexto, el principio de *exequatur* se refiere al conjunto de reglas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si una sentencia judicial emanada de un país extranjero reúne o no los requisitos que permiten su homologación en tal Estado. Así, laudo y *exequatur* son complementarios, dos aspectos de un sólo acto jurídico, donde uno es el elemento lógico que prepara la declaración de la voluntad de la ley que ha de aplicarse en el caso concreto, y el otro consiste en esa voluntad, formulada por el funcionario provisto de jurisdicción.

En México, la ejecución de un laudo en territorio extranjero tiene que pasar por el procedimiento del *exequatur* y ser homologado conforme a las formalidades establecidas en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual se refiere a los incidentes. Dentro de la tramitación de este incidente no deberá admitirse ningún recurso de apelación, en virtud de que la resolución final del incidente no es apelable, por lo cual tampoco deben serlo las resoluciones que se dicten en el transcurso del mismo. El juez para resolver sobre la ejecución o no ejecución del laudo, debe evitar entrar a juzgar sobre el fondo de la controversia, sino únicamente deberá revisar de manera estricta si se dan las causas de no ejecución que limitativamente establece el Código, y en caso de que no se den, ordenar la ejecución del mismo laudo sin ulterior recurso. Por lo que concierne al laudo privado o a la sentencia judicial pronunciada en un país o foro distinto, el procedimiento de ejecución no se produce de inmediato, sino que deben realizarse algunos trámites que permitan que la sentencia o laudo extranjero se reconozcan por la autoridad judicial que los ejecutará.

Es de hacer notar que el derecho mexicano no define el concepto de homologación, pero se puede inferir que homologar significa refrendar el valor de un documento, que puede ser una sentencia o un laudo, para darle efectos dentro del sistema judicial nacional.<sup>100</sup> Dentro de las convenciones internacionales en la materia no se habla de homologación, sólo de ejecución del laudo; sin embargo, en nuestra legislación la homologación se da en dos casos distintos: por un lado, los laudos pronunciados en el país, y

<sup>100</sup> Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 315.

por el otro, los pronunciados en el exterior. En el caso de los primeros, se entiende que un laudo rendido en territorio nacional tiene carácter de cosa juzgada, por lo que no requiere homologación para tener efectos jurídicos, y generalmente todos los reglamentos arbitrales establecen el carácter de definitivo, final y obligatorio del laudo; y en los segundos, se requiere de un procedimiento de homologación, de acuerdo con las normas que lo regulan, a saber: los artículos 1461, 1416, 1423 y 1463 del Código de Comercio sobre la ejecución, además del artículo 360 de Código Federal de Procedimientos Civiles. Con estas bases es imposible confundir la homologación como la revisión del laudo.<sup>101</sup>

Para finalizar este apartado y el capítulo, es conveniente hacer algunas reflexiones en torno a la experiencia del Estado mexicano en el ámbito arbitral internacional. En primer término, así como se han reconocido logros en este medio, también se ha puesto en tela de juicio su eficacia, sobre todo por la forma en que se ha utilizado, entendido esto en dos sentidos: por la participación del autor y por la objetividad que brinda el despersonalizar un problema. En efecto, algunos de los casos dentro de la experiencia nacional han presentado algunos inconvenientes, como: 1) laudo anulado o una cláusula arbitral que no probó ser efectiva al no lograr canalizar todas las controversias de una relación jurídica determinada al foro arbitral, y 2) intervenciones judiciales que han entorpecido el procedimiento arbitral. Y aunque también existe la posibilidad de que otras áreas del proceso arbitral generen problemas, es evidente la necesidad de sopesar los resultados del caso para determinar si realmente son eficaces o deficientes. En varios casos que han devenido fracasos, por lo general se han presentado dos circunstancias: el acuerdo arbitral no tuvo efectos, o bien fue imposible obligar a la parte a quien el laudo hace una condena, a que la cumpliera.

En tal virtud, es presumible que el cuestionamiento sobre la eficacia del arbitraje se basa en la existencia de fracasos; sin embargo, hay otros criterios, como el que expresa el jurista Zepeda Lecuona, en el sentido de que debido al análisis de los principios del derecho tanto nacional como internacional y sus obligaciones, los Estados tienden a juzgar la efectividad jurídica, y en esa lógica se afirma que el derecho arbitral mexicano es efi-

---

<sup>101</sup> El juez tiene sólo la facultad de analizar la legalidad de laudo con respecto a los puntos mencionados en la legislación aplicable; de ninguna manera puede operar *ex officio* o a solicitud de una parte aceptar otras causas de nulidad que las previstas, así como una revisión sobre el fondo del asunto (es decir, juzgar si el tribunal arbitral trabajó bien o mal el caso). Las causas para denegar el reconocimiento (homologación) de un laudo son las mismas que para oponerse a la ejecución de la sentencia arbitral. *Idem*.

caz y útil.<sup>102</sup> La evidencia real apunta a que, por un lado, la mayoría de las personas que acuden al medio arbitral obedecen por lo general casi todas las obligaciones derivadas de un acuerdo o laudo arbitral, mientras que los casos desafortunados siguen siendo excepcionales, y por el otro, el arbitraje ha sido utilizado con frecuencia en la práctica mexicana en diferentes materias, lo cual también comprueba su funcionamiento, amén de que su evolución se ha plasmado en la legislación nacional, cimentando las bases para que el país tenga una mayor proyección y participación en la esfera arbitral internacional.

El recordado maestro José Luis Siqueiros realizó un interesante estudio sobre los primeros fallos favorables y desfavorables que había emitido el Poder Judicial de México en torno al arbitraje a partir de la reforma del Código de Comercio en 1993,<sup>103</sup> donde advierte que, en ocasiones, el desconocimiento o falta de información sobre la naturaleza del arbitraje ha propiciado ejecutorias de los tribunales colegiados que han recogido la errónea premisa de que la función jurisdiccional es privativa del Estado, y que sólo los funcionarios expresamente autorizados por la ley, es decir, los jueces y magistrados judiciales, pueden impartir la justicia, y agrega, con razón, que esta situación se presentaba debido a la poca experiencia del país en el medio arbitral comercial, pues es a partir de 1993, cuando despega en serio y muestra una mayor operatividad en los planos nacional e internacional. En las casi tres décadas transcurridas, se observa que varios tribunales colegiados de circuito han sido bastante más proclives a sustentar la validez del procedimiento arbitral,<sup>104</sup> y que en resoluciones posteriores a la reforma de 1993, han sido cada vez más acertados en cuanto al análisis y estudio de los casos arbitrales.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Fondo de Cultura Económica-CIDAC, 2002, p. 281.

<sup>103</sup> Siqueiros Prieto, José Luis, *op. cit.*, p. 123.

<sup>104</sup> Uno de los casos favorables que Siqueiros menciona es el de una sentencia de marzo de 1996 dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en la que se resolvió: “los jueces no están autorizados para revisar los laudos de manera completa, pues equivaldría a revisar si en las cuestiones de fondo el árbitro aplicó correctamente el Derecho en el caso sometido a su decisión, por lo que, al no vulnerarse ningún precepto de orden público, no había razón legal para que el *ad quem* no otorgara al laudo arbitral el carácter de ejecutivo”, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo V (mayo de 1997). Quejosa, Magaluf, S. A. de C. V. DC-1664/96, amparo directo.

<sup>105</sup> Para que el medio arbitral tenga una resolución útil y eficiente, se deben considerar los siguientes puntos: una buena cláusula arbitral, un buen laudo, y un buen tribunal arbitral. Carter lo resume así: “Tanto vale el arbitraje como el árbitro, y los tres temas más importantes en el medio arbitral internacional son los árbitros, los árbitros y los árbitros”. Carter,

## VII. REFLEXIONES FINALES

En las relaciones privadas internacionales de la actualidad, el medio arbitral comercial internacional constituye un mecanismo alternativo para la solución de controversias, caracterizado por su flexibilidad, rapidez y especialización, donde las partes tienen la opción de elegir y controlar al tribunal arbitral, seleccionar el lugar del arbitraje, el derecho aplicable, además de garantizar confidencialidad, imparcialidad, buena administración económica y la posibilidad de obligar coercitivamente al cumplimiento del laudo, lo que lo diferencia de la mediación y la conciliación, y permite tener mayores ventajas frente a otros sistemas de solución controversial. Su naturaleza se orienta hacia dos vertientes: la contractual y la jurisdiccional, aunque en la práctica se ha demostrado que lo correcto es visualizarlo de forma mixta o dual, es decir, contractual desde la perspectiva del acuerdo arbitral y jurisdiccional por su finalidad de resolver las diferencias con un grado de obligatoriedad.

México ha fundamentado el medio arbitral comercial internacional en tres niveles: el del derecho convencional, integrado por convenios y tratados internacionales de los que el país forma parte, el de la codificación, que agrupa los códigos que plasman el marco regulatorio del arbitraje comercial de forma interna o local, y el de la autonomía de la voluntad de las partes, que determina el procedimiento del arbitraje y las reglas conforme a las cuales se resolverán las controversias.

El desarrollo de este mecanismo se concretiza con su codificación a nivel nacional e internacional a través de la adopción de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, y cobra fuerza con la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo y logra su mayor avance con la recepción de la Ley Modelo de la UNCITRAL y su implementación por el orden jurídico interno, abriendo así un campo de acción relevante del medio arbitral que afianzará su práctica y actualización a partir de las reformas al Código de Comercio de 1993. Asimismo, las instituciones arbitrales administradoras, creadas por empresas nacionales e internacionales de la iniciativa privada, han jugado un papel destacable en su impulso como un medio idóneo y reconocido para la solución útil, pronta y eficaz de las desavenencias, lo que permite una adecuada dinámica regulatoria bajo sus propias normas enmarcadas en la legislación interna e internacional.

---

J. H., "The Selection of Arbitrators", *The American Review of International Arbitration*, vol. 5, núms. 1-4, 1994, p. 84.

Con esta base, y conforme a las características del medio arbitral comercial se establece la tipología de éste, lo cual se determina específicamente por las partes intervinientes, por su normatividad, origen, formación, o incluso por las particularidades de los árbitros. Es un hecho que el medio acelera los resultados de resolución de disputas, además de permitir la posibilidad de elegir un espacio neutro para ello, haciendo prevalecer en todo momento la autonomía de la voluntad de las partes, quienes marcan el camino a seguir en el proceso arbitral, siempre que se mantengan apegadas a la legislación elegida.

El acuerdo arbitral es el fundamento del procedimiento en la materia, ya que en él las partes tienen la oportunidad de diseñarlo y señalar las leyes que intervendrán, de tal manera que excluye la jurisdicción estatal para la solución de controversias. Además, el acuerdo debe cumplir con dos elementos indisociables: el objetivo o esencia del contrato, que consiste en establecer el deseo y la forma de solucionar la diferencia, renunciando al proceso jurisdiccional estatal, y el consentimiento, que es la parte donde se producen los derechos y obligaciones de las partes de someter al arbitraje cualquier desencuentro que surja entre ellas. La cláusula arbitral es otro elemento importante, donde específicamente se renuncia a la intervención del Poder Judicial estatal, y contiene las reglas aplicables del procedimiento arbitral, el número de árbitros, derecho aplicable, lugar o sede del arbitraje e idioma. El tribunal arbitral es autónomo e independiente del Poder Judicial, está conformado por las partes y se conducirá bajo las reglas orientadoras de la Ley Modelo de la UNCITRAL, considerando que las partes pueden recurrir a las instituciones administradoras de arbitraje que cuentan con propuestas ya definidas.

Otro de los elementos de mucho peso en el medio lo constituye el laudo arbitral, que debe ser reconocido y ejecutado en el Estado donde se debe llevar a cabo, y para ello se requiere de dos procedimientos: la homologación, que se refiere al reconocimiento de la autoridad judicial de la sentencia extranjera, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos de la ley, y el *exequatur*, que es el mandato que hace la autoridad para hacer cumplir la sentencia. Cuando se dicta ésta, se puede interponer algún recurso contra la misma sentencia, sólo si las partes acordaron esa posibilidad, en cuyo caso el juicio de amparo no procede contra el laudo arbitral, puesto que tiene carácter definitivo; sin embargo, sólo será determinado como fallo judicial hasta que es reconocido por los tribunales judiciales nacionales. Sólo en el caso que se demuestre que durante el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral se cometieron violaciones que afecten a alguna de las partes puede interponerse el juicio de amparo, debiendo señalarse que en este caso

se obstaculizan los beneficios del arbitraje al someter la controversia a un juicio arbitral.

Como la mayor parte de las legislaciones de los Estados que contienen *corpus* normativos elaborados para garantizar tanto el cumplimiento del acuerdo celebrado entre las partes como el carácter definitivo de los laudos arbitrales, México se ha preocupado por reglamentar el procedimiento de arbitraje y unificarlo en lo posible conforme al marco regulatorio internacional vigente, por lo que a partir de la adopción de las convenciones internacionales sustantivas, la Ley Modelo de la UNCITRAL y la firma de varios tratados internacionales, como el TLCAN (hoy T-MEC) o el mismo TLCUEM (recientemente ajustado), nuestro país cuenta con una legislación completa y moderna sobre el medio arbitral comercial internacional, mientras en el plano interno tiene las disposiciones específicas contenidas en la Constitución Política, el Código de Comercio y el Código de Procedimientos Civiles, todas de buen peso, que le han ganado reconocimiento en los ambientes interno y externo.

En los círculos de expertos hay plena certeza en que el derecho arbitral mexicano es actual, eficaz y útil, pues la mayoría de los casos resueltos hasta ahora son afortunados, y los dudosos, realmente excepcionales, amén de que el medio arbitral ha sido utilizado con frecuencia en la práctica mexicana en diferentes materias, lo cual también comprueba su funcionamiento.

Con el paso del tiempo, a lo largo de las tres últimas décadas, México ha logrado experiencia con la aplicación sistemática del método, logrando con ello posicionarse como un centro importante de arbitraje en América Latina, una posición lograda gracias al respeto de los acuerdos arbitrales y al buen entendimiento y ejecución de las normas jurídicas aplicables, y aunque no todo el panorama ha sido del todo positivo, la balanza se inclina a favor de la confianza internacional hacia el marco jurídico mexicano y sus instituciones especializadas, que han demostrado apego, apertura y conocimiento del medio arbitral y han otorgado seguridad jurídica a las partes en conflicto.

En añadidura, la apertura comercial del Estado mexicano ha obligado a estudiar y desarrollar la legislación nacional e internacional sobre el medio arbitral comercial, no sólo como una herramienta eficaz en la solución de controversias, sino complementaria y necesaria para la modernización de la economía y la inserción soberana en los mercados y las relaciones privadas comerciales internacionales.

En estos momentos, el compromiso es continuar difundiendo las bondades que aportan los métodos alternativos o autocompositivos de solución de controversias, con objeto de que empresarios, comerciantes, legisladores,

juristas y abogados, y los internacionalistas, tomemos conciencia de los beneficios del medio arbitral, y se afiance la resolución de las desavenencias comerciales fuera de los tribunales judiciales. Para ello es importante que se continúe ampliando y especializando la legislación nacional e internacional en el rubro, junto con su aplicación y experiencia operativa, ya que de ello depende la participación eficiente de los sectores comerciales privados nacionales y extranjeros, ofreciendo así una buena alternativa de inversión y comercialización para fortalecer el desarrollo económico nacional.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ASPECTOS PROCEDIMENTALES EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

#### I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO ARBITRAL INTERNACIONAL

El proceso judicial y arbitral internacional se basa en una serie de principios generales del derecho “reconocidos por las naciones civilizadas”. Dichos principios cardinales constituyen “estándares procesales mínimos”, “principios del proceso internacional”, “normas procesales fundamentales” o “principios de justicia procesal”.<sup>1</sup> Para los propósitos limitados de la presente investigación, se analizarán cuatro principios generales del derecho aplicables en los procedimientos iniciados ante órganos judiciales y arbitrales internacionales: el principio *compétence de la compétence*, el principio *iura novit curia*, el principio *nemo iudex in causa sua* y el principio *res iudicata*.<sup>2</sup>

Un órgano judicial o arbitral (interno o internacional) es autorizado a pronunciarse, por su propia iniciativa, sobre su competencia para resolver los casos que le son sometidos. Dicho poder se basa en la aplicación de un principio general del derecho, común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la comunidad internacional. El principio *compétence de la compétence* (en francés) o *kompetenz-kompetenz* (en alemán) se basa en la teoría del

---

<sup>1</sup> Gaffney, John P., “Due Process in the World Trade Organization, the Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System”, *American University International Law Review*, 1999, vol. 14, p. 1179.

<sup>2</sup> Para más detalles acerca de la aplicación de estos principios ante los tribunales internacionales, véase Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 171-307.

Estado,<sup>3</sup> y permite evitar la paradoja de una sentencia de incompetencia.<sup>4</sup> Asimismo, dicho principio constituye una base necesaria para la buena impartición de la justicia en el ámbito internacional. Si un órgano judicial o arbitral internacional no se pudiera pronunciar competente, *motu proprio*, se correría el riesgo de paralizar el arreglo pacífico de las controversias internacionales.

El principio *compétence de la compétence* se aplica en el proceso arbitral internacional y garantiza la eficacia en la impartición de la justicia por parte de los órganos arbitrales internacionales. El derecho aplicable al arbitraje internacional y los laudos de los órganos arbitrales internacionales reconocen la vigencia e importancia de dicho principio para el funcionamiento de este medio pacífico de solución de las controversias.

Así, por ejemplo, el principio *compétence de la compétence* se encuentra “cristalizado” en el artículo 16-1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.<sup>5</sup> Lo establecido en dicha disposición es retomado casi literalmente en el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.<sup>6</sup>

En el famoso caso *Charming Betsey*, que resolvió la primera comisión arbitral, establecida según las reglas del Tratado Jay en 1797,<sup>7</sup> uno de los

---

<sup>3</sup> Una de las teorías centrales de la ciencia y filosofía política postula que el Estado, como ente soberano, es dotado de la competencia de su competencia. El Estado es un ente soberano y autosuficiente, porque es libre de pronunciarse, por su propia iniciativa, sobre su propia competencia.

<sup>4</sup> Si un tribunal que se declara incompetente, es, en realidad, competente, la validez de la sentencia sería afectada por el error en la apreciación de la competencia. Si, en cambio, la jurisdicción se declara incompetente porque en realidad lo es, entonces, la sentencia que determine dicha incompetencia no sería válida, porque sería pronunciada por una jurisdicción incompetente. Por lo tanto, el órgano judicial no podría, en ningún caso, declararse incompetente.

<sup>5</sup> De conformidad con dicha disposición: “1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

<sup>6</sup> Según el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como acerca de toda excepción relativa a la existencia o a la validez de un acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

<sup>7</sup> La controversia en el caso *Betsey* de 1797 se originaba en una sentencia de una Corte inglesa. En particular, se contestaba el carácter definitivo de dicha sentencia y la competen-

comisarios señaló que “el poder de decidir si una petición particular entra en la competencia de este órgano, me parece inherente a su propia constitución e indispensable para el cumplimiento de cualquiera de sus deberes...”<sup>8</sup> El principio *compétence de la compétence* fue aplicado en términos similares por otros tribunales arbitrales de principios del siglo XX. Así, por ejemplo, en el caso *Dreyffus Frères et Cie et al.*, de 1900,<sup>9</sup> el tribunal arbitral consideró que la doctrina y la jurisprudencia son unánimes para admitir que las jurisdicciones internacionales determinan por sí mismas su propia competencia.<sup>10</sup>

La aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* en el arbitraje internacional se refuerza por la regla de separabilidad de la cláusula compromisoria del acuerdo arbitral en el cual se inserta. De conformidad con dicha regla, la invalidez del acuerdo arbitral (un contrato entre partes privadas o un tratado entre Estados, por ejemplo) no implica, *ipso iure*, la nulidad de la cláusula compromisoria. Por ende, aun en caso de dudas sobre la validez del acuerdo arbitral, la separabilidad de la cláusula compromisoria permite al tribunal arbitral internacional determinar su propia competencia.<sup>11</sup> No obstante, en algunos casos los tribunales internos de los Estados se han pronunciado en contra de la competencia de un órgano arbitral internacional para pronunciarse, *motu proprio*, sobre su competencia en casos de dudas sobre la validez del acuerdo arbitral.

Así, por ejemplo, en la *contradicción de tesis 51/2005-PS*,<sup>12</sup> la SCJN consideró que en caso de disputa sobre la validez de una cláusula compromisoria, les correspondía a los tribunales internos y no al tribunal arbitral internacional pronunciarse sobre dicha cuestión. De igual modo, en Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia, en el caso *BG Group vs. Argentina*<sup>13</sup> estimó que los tribunales estadounidenses y no los árbitros internacionales son competentes para decidir sobre cuestiones referentes a la validez de la cláusula compromisoria.<sup>14</sup>

---

cia de la Comisión arbitral internacional para pronunciarse sobre un caso ya resuelto por un tribunal inglés interno. Cheng, Bing, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1951, p. 275.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> *Dreyffus Frères y Cie et al.*, Francia c. Chile, 1900.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>11</sup> Landolt, Philipp, “The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz”, *Journal of International Arbitration*, 2013, vol. 30, p. 512.

<sup>12</sup> SCJN, Tesis jurisprudencial 25/2006; SCJN, Contradicción de tesis 51/2005-PS.

<sup>13</sup> *BG Group, PLC v. Republic of Argentina*, 24 de diciembre de 2007.

<sup>14</sup> Uwem, Ndifreke, “A Reiteration of Undesired Complexity for a Simple Principle: Kompetenz-Kompetenz under the FAA and the UNCITRAL Model Law”, *University of Miami International and Comparative Law Review*, 2018, vol. 25, p. 448.

La aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* en el arbitraje internacional puede ser sujeta a un control por parte de los tribunales internos de los Estados. Dicho control se ejerce después de la determinación de la competencia del tribunal arbitral y/o una vez que éste haya dictado el laudo arbitral. Como se dijo con anterioridad, la incompetencia del tribunal arbitral internacional es uno de los motivos establecidos en la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros para la denegación del exequátur o para la anulación del laudo arbitral por parte de los tribunales internos.

Así, por ejemplo, en el caso *Dallah vs. Government of Pakistan*,<sup>15</sup> un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la CCI de París invocó el principio *compétence de la compétence* (*kompetenz-kompetenz*) para considerarse competente para resolver una controversia entre el demandante y el gobierno de Pakistán en materia de inversiones. Posteriormente, dicha decisión fue controlada por la Suprema Corte del Reino Unido —país donde se solicitaba la ejecución del laudo arbitral ante tribunales internos—. Según la House of Lords, el tribunal arbitral era competente para determinar su competencia para resolver la controversia, pero la determinación podría ser sujeta a control por parte de los órganos judiciales del Reino Unido. De igual modo, en el caso *Devas v. Antrix*,<sup>16</sup> otro tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la CCI de París determinó que, de conformidad con el principio *compétence de la compétence*, le correspondía determinar su propia competencia para resolver la controversia entre las partes. Una de las partes solicitó la intervención de la Corte Suprema de India para pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral. El tribunal interno consideró que una vez constituido el tribunal arbitral, le correspondía determinar su propia competencia, sin que la determinación pudiera ser controlada por la Corte en esta fase específica del procedimiento.<sup>17</sup>

El control judicial respecto a la aplicación del principio *compétence de la compétence* por parte de los órganos arbitrales internacionales solamente ocurre en escenarios “patológicos”, es decir, cuando una de las partes decide recurrir en contra de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia o en contra de la obligatoriedad y ejecutoriedad de un laudo arbitral. Si ambas partes deciden someterse al procedimiento arbitral y aceptan cumplir con lo establecido en el laudo dictado al término de dicho procedimiento, la

<sup>15</sup> UK Supreme Court, *Dallah vs. Government of Pakistan*, 3 de noviembre de 2010.

<sup>16</sup> *Devas vs. Antrix (ICC Case No. 18051/ CYK)*, 1o. de julio de 2011.

<sup>17</sup> *Antrix vs. Devas*, Supreme Court of India, 10 de mayo de 2013.

decisión del tribunal arbitral sobre la aplicación del principio *compétence de la compétence* queda desprovista de todo tipo de control.

*Iura novit curia* (el juez conoce el derecho) o *iura novit arbiter* constituye un adagio latín que reenvía a prácticas muy antiguas del derecho romano, relativas a la determinación de la función del juzgador y de las partes en la resolución de las controversias. Según este principio, el juzgador es el encargado de conocer o saber el derecho, y las partes son responsables de demostrarle los hechos.<sup>18</sup> Esta repartición se expresa, además, en otro adagio del derecho romano: *damni factum, dabo tibi ius* (“dame los hechos y yo te daré el derecho”). Es necesario que los juzgadores conozcan el derecho, porque si no lo conocieran dependerían por completo de lo que las partes determinen como “derecho”. La ausencia de derecho determinado por las partes impediría a los jueces y árbitros ejercer su función; asimismo, las partes, de común acuerdo, podrían “deformar” el derecho para “hacerlo decir” lo que más les convenga.<sup>19</sup>

El principio *iura novit arbiter* se reconoce en distintos instrumentos jurídicos aplicables al arbitraje internacional.

Así, por ejemplo, en las Recomendaciones de la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) respecto a la Determinación del Contenido del Derecho Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional<sup>20</sup> se establece que en cualquier momento del procedimiento los árbitros deben identificar el derecho aplicable y determinar sus alcances.<sup>21</sup> Al determinar los alcances del derecho aplicable al asunto, los árbitros podrán basarse en todas las fuentes apropiadas (incluyendo legislación, jurisprudencia, alegatos de los abogados de las partes, opiniones de expertos, trabajos académicos, entre otros).<sup>22</sup> El principio *iura novit arbiter* se reconoce también en algunos reglamentos de arbitraje.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Verhoeven, Joe, “Juris novit curia et le juge international”, disponible en: [http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Verhoeven\\_CT\\_video\\_1.html](http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Verhoeven_CT_video_1.html).

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> *ILA Recommendations on Ascertainaing the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*.

<sup>21</sup> 1a. Consideración.

<sup>22</sup> 9a. Consideración.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, en virtud del artículo 22-1 c) del Reglamento Internacional de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres: “Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes en cualquier momento, el Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de parte, y, en cualquier caso, previa audiencia de las partes, estará facultado para: (c) realizar las indagaciones urgentes o necesarias —según el Tribunal Arbitral— y determinar y delimitar la autorización del Tribunal Arbitral para identificar de oficio los hechos, leyes y normas aplicables relevantes para el arbitraje, para el fondo del asunto y para el convenio

Dicho principio permite a los árbitros internacionales resolver una controversia aun si las reglas del derecho aplicable no fueron correctamente invocadas por las partes. De igual modo, de conformidad con el principio *iura novit curia*, los árbitros son competentes para realizar una calificación jurídica y derivar efectos jurídicos de los hechos presentados por las partes. Si las partes no han determinado el derecho aplicable al arbitraje (tanto la *lex arbitrii* como la *lex causae*), esta determinación será realizada por los árbitros una vez que se constituya el tribunal arbitral internacional. Los miembros de dicho tribunal tienen la obligación de invocar *sua sponte* normas jurídicas relativas a la protección del orden público.<sup>24</sup>

De ahí que el principio *iura novit arbiter* resulta indispensable para el ejercicio de la función arbitral internacional. Como lo señalaron los árbitros en el caso *Duke Energy International Peru Investments No. 1 v. Republic of Peru*,<sup>25</sup> el funcionamiento eficaz del arbitraje sería afectado si los árbitros no tuvieran la libertad de pronunciarse sobre el derecho aplicable a la controversia que les es sometida.

El principio general *nemo iudex in causa sua* proviene del adagio latín *nemo debet esse iudex in propria causa sua, quia no potest case iudex et pars* (“nadie debe ser juez de su propia causa, porque no se puede ser (a la vez) juez y parte”). Otras dos versiones de dicho principio se expresan en las máximas *ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat* (“nadie debe examinar su propia causa como un juez o hacerse un juicio a sí mismo”) y *nemo potest esse simul actor et iudex* (“nadie puede ser parte y juez al mismo tiempo”).<sup>26</sup> El objetivo principal de estas tres máximas consiste en subrayar el rechazo de toda asimilación entre los juzgadores y las partes en un juicio. En los sistemas pertenecientes a la familia jurídica romano-germánica el principio *nemo iudex in causa sua* forma parte de las reglas que gobiernan el ejercicio mismo de la función judicial

---

arbitral”. En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 14.2 de dicho Reglamento: “Salvo acuerdo por escrito de las partes en contrario al amparo del Artículo 14.1., el Tribunal Arbitral estará dotado de la más amplia discreción para el ejercicio de las funciones legalmente previstas por las leyes o normas que el Tribunal Arbitral estime aplicables. En todo caso, las partes harán todo lo posible para la equitativa, efectiva y rápida instrucción del procedimiento”.

<sup>24</sup> Lew, Julian, “Iura novit curia and due process”, *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper*, núm. 72/2010, p. 14.

<sup>25</sup> *Duke Energy International Peru Investments No. 1 v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, 1o. de marzo de 2011, párr. 96.

<sup>26</sup> Swartzenberger, Georg, “The *Nemo Iudex in Sua Causa* Maxim In International Judicial Practice”, *Anglo-American Law Review*, 1972, p. 482.

y arbitral. En los órdenes jurídicos de *common law*, dicho principio es uno de los componentes básicos de la doctrina de justicia natural (*natural justice*).<sup>27</sup>

El principio *nemo iudex in causa sua* fundamenta dos requerimientos imperativos, inherentes a la noción misma de derecho y de justicia: la independencia y la imparcialidad del juzgador. El derecho a un tribunal independiente e imparcial constituye, además, un derecho humano garantizado en todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.<sup>28</sup>

Resulta difícil distinguir la independencia de la imparcialidad de un juzgador. En términos generales, tanto la independencia como la imparcialidad permiten al juez o árbitro definirse como un “tercero” respecto a las partes y respecto a la controversia que se le somete. Si el juzgador no es parte, entonces no será parcial (*partial* en inglés y en francés), sino imparcial (*impartial* en inglés y en francés). De igual modo, si el juez o árbitro es un “tercero”, éste no debe ser dependiente de influencias o tentativas de subordinación externas.<sup>29</sup>

En general, la independencia se refiere a la ausencia de influencias provenientes del exterior. La independencia garantiza así un “libre juicio”, indispensable a la buena impartición de la justicia.<sup>30</sup> Por su parte, la imparcialidad se refiere a los prejuicios o tendencias que un juez o árbitro puede tener respecto a una de las partes en un caso concreto. En el *Dictionnaire de droit international public* se enuncia que la imparcialidad de los jueces, árbitros,

---

<sup>27</sup> Dicha doctrina se refiere a la necesidad de impartir la justicia de manera natural, es decir, conforme con los principios de la naturaleza, basados en la igualdad y la equidad. La *natural justice* se basa en dos máximas del derecho romano: *nemo iudex in causa sua* (“nadie debe ser juez en su propia causa”) y *audi alteram partem* (“nadie debe ser condenado sin ser escuchado previamente”).

<sup>28</sup> Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. De la misma manera, el artículo 6-1 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley...”. El mismo derecho protegido por el artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8o. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 7o. de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>29</sup> Jouannet, Emmanuelle, “Actualité des questions d’indépendance et impartialité des juridictions internationales: la consolidation d’un tiers pouvoir international?”, *Indépendance et impartialité des juridictions internationales*, Pedone, 2003, p. 273.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 283.

expertos o cualquier otra persona que desempeña una función similar significa “no tomar partido, no tener prejuicios ni conflictos de interés” respecto a las partes o respecto a la cuestión jurídica que se debe resolver.<sup>31</sup>

El respeto del principio *nemo iudex in causa sua* garantiza la credibilidad moral, la legitimidad y la confianza de las partes<sup>32</sup> en el arbitraje internacional.<sup>33</sup>

La mayoría de los reglamentos de arbitraje contienen disposiciones expresas relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros internacionales. Así, por ejemplo, dichos requisitos se reconocen en el artículo 7(1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI,<sup>34</sup> en el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI<sup>35</sup> y en el artículo 17-1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Estocolmo.<sup>36</sup> Es de señalarse que las Reglas de Arbitraje del CIADI guardan silencio respecto a la necesaria independencia e imparcialidad de los árbitros.<sup>37</sup> Esta laguna del

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>32</sup> Manzanares Bastida, Bruno, “The Independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration”, *Revist@ E-Mercatoria*, 2007, vol. 6, p. 3.

<sup>33</sup> González de Cossío, Francisco, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2002, núm. 32.

<sup>34</sup> En virtud de dicha disposición: “Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje”. Según el artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional: “(1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas”.

<sup>35</sup> En virtud de dicho artículo: “Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya les hubiere informado al respecto”.

<sup>36</sup> Según esta disposición: “El árbitro deberá ser imparcial e independiente”. De igual modo, según el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Estocolmo: “(2) La persona a quien se solicite aceptar el nombramiento de árbitro, deberá revelar cualquier circunstancia que pueda originar dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia. Si, a pesar de ello, fuese nombrado, deberá inmediatamente, mediante declaración por escrito, hacer la misma revelación a las partes y a los otros árbitros. (3) El árbitro que se entere, en el curso del procedimiento arbitral, de cualquier circunstancia que pueda descalificarlo, deberá informarlo inmediatamente, por escrito, a las partes y a los otros árbitros”.

<sup>37</sup> Esta cuestión se aborda únicamente en el artículo 57 del Convenio de Washington. En virtud de dicha disposición: “Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión

Reglamento del CIADI ha sido muy criticada; por ende, se ha propuesto la inclusión de una disposición similar a la contenida en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI respecto a la posibilidad de recusar los árbitros ante cualquier duda razonable en torno a su independencia e imparcialidad.<sup>38</sup>

Los requerimientos de independencia e imparcialidad de los árbitros también se establecen en los derechos internos de los Estados.<sup>39</sup> Adicionalmente, se han adoptado importantes instrumentos de *soft law* que precisan el contenido de dichos requerimientos.<sup>40</sup> Así, por ejemplo, en virtud de las Líneas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, “Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios”.

Las exigencias de imparcialidad e independencia constituyen una de las principales causas de las solicitudes de recusación de los árbitros internacionales. Asimismo, de conformidad con la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, la ausencia de independencia e imparcialidad de los árbitros es una de las causas de

---

o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV”.

<sup>38</sup> Prundaru, Ana, “Will Proposed ICSID Arbitration Rule 23 put an End to Legitimacy Concerns of Arbitrator Disqualifications?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019, disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/06/will-proposed-icsid-arbitration-rule-23-put-an-end-to-legitimacy-concerns-of-arbitrator-dis-qualifications/?doing\\_wp\\_cron=1596208942.3510820865631103515625](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/06/will-proposed-icsid-arbitration-rule-23-put-an-end-to-legitimacy-concerns-of-arbitrator-dis-qualifications/?doing_wp_cron=1596208942.3510820865631103515625).

<sup>39</sup> En este sentido, el artículo 1427 del Código de Comercio Mexicano establece que “... V. Al nombrar un árbitro, el juez tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas estipuladas en el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tomará en cuenta asimismo, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes”. Según el artículo 1428 del Código de Comercio Mexicano: “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento”.

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, dichas obligaciones figuran en los Principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional. De igual modo, en 1987, la *International Bar Association* adoptó el Código de Ética para Árbitros (*IBA Rules of Ethics*) y, en 2004, la misma institución publicó las Líneas Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration*).

anulación de un laudo arbitral por parte de un tribunal interno. Existen varios casos concretos de la práctica arbitral internacional que ejemplifican dichos supuestos.

Así, por ejemplo, en el caso *Laker Airways Inc. v. FLS Aerospace LTD*,<sup>41</sup> una de las partes demandó la recusación de un árbitro por pertenecer a la misma asociación de abogados (Chamber of Barristers) que la otra parte. En el caso del *buque Catalina*,<sup>42</sup> se solicitó la recusación de un árbitro que había dicho que “todos los portugueses son mentirosos”. En el asunto *Buraimi Oasis*,<sup>43</sup> se cuestionaba la independencia e imparcialidad de uno de los árbitros por haber sido anteriormente consejero del Estado parte en la controversia. En el caso *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*,<sup>44</sup> uno de los árbitros fue culpado de imparcialidad por haber fungido, antes de la constitución del tribunal arbitral, como jurisconsulto de una de las partes. En el caso *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers*,<sup>45</sup> se demandó la recusación de un árbitro que se había reunido previamente con la parte que lo había designado. *A contrario*, en un caso reciente, la Corte Suprema de Justicia de Perú<sup>46</sup> se negó a anular un laudo arbitral extranjero sólo porque un árbitro conocía a los abogados de una de las partes y había fungido como coárbitro con uno de ellos en otro tribunal arbitral internacional. En el caso *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) vs. Argentina*,<sup>47</sup> resuelto con aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se decidió la recusación de un árbitro porque éste había sido abogado de una de las partes en el anterior caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi S.A. v. Argentine Republic*.<sup>48</sup> En el caso *EDF International S.A. vs. Argentina*,<sup>49</sup> resuelto bajo los auspicios del CIADI, se demandó la recusación de la profesora

<sup>41</sup> England and Wales High Court, *Laker Airways Inc. v. FLS Aerospace*, 20 de abril de 1999.

<sup>42</sup> *The Owners of the Steamship “Catalina” and Others vs. The Owners of the Motor Vessel “Norma”*, 29 de julio de 1938.

<sup>43</sup> *Buraimi Oasis*, 30 de octubre de 1954.

<sup>44</sup> Supreme Court of the United States, *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 18 de noviembre de 1968.

<sup>45</sup> United States Court of Appeal, *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers*, 30 de diciembre de 1993.

<sup>46</sup> Suprema Corte de Perú, Casación No. 2267-2017.

<sup>47</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited v. The Republic of Argentina*, Decision on challenge to Mr. Stanimir A. Alexandror, 17 de diciembre de 2017.

<sup>48</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

<sup>49</sup> *EDF International S.A. SAUR International S.A. León Participaciones Argentinas S.A. (Claimants) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler.

suiiza y famosa árbitra Gabrielle Kaufmann-Kohler por su nombramiento como miembro del directorio de un consorcio bancario suiizo que mantenía negocios comunes con la compañía EDF. No obstante, la recusación fue rechazada, porque se consideró que la resolución de la controversia entre EDF y Argentina tendría un impacto *de minimis* sobre el bienestar económico, emocional y psicológico de la profesora Kaufmann-Kohler.<sup>50</sup> En un caso entre Croacia y Eslovenia, resuelto bajo los auspicios de la CPA, un árbitro tuvo que renunciar por haber sostenido una conversación telefónica con la abogada de Eslovenia, durante la cual se discutieron cuestiones relativas al procedimiento y a la resolución de la controversia interestatal.<sup>51</sup>

El principio *res iudicata* (“autoridad de la cosa juzgada”) tiene su origen en el derecho romano,<sup>52</sup> y se relaciona con dos importantes máximas: *interest reipublicae ut sit finis litium* (“el interés público exige que haya un fin a la litigación”) y *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (“nadie debe actuar dos veces para la misma causa”).

Ese principio general del derecho tiene dos efectos: un efecto positivo y un efecto negativo. Su efecto negativo se refiere a la imposibilidad de relitigar un mismo caso una vez que éste haya sido resuelto por una sentencia definitiva. En este primer aspecto, el principio *res iudicata* se expresa en las máximas *non bis in idem* (“no dos veces por la misma cosa”) o *bis de eadem re non sit actio* (“no debe repetirse la acción relativa a un mismo acto”).<sup>53</sup> Dicho en otros términos, una sentencia definitiva es obligatoria para las partes,<sup>54</sup> y éstas deben ejecutarla de buena fe. El efecto negativo del principio *res iudicata* concierne únicamente a las sentencias definitivas que pronuncie un determinado tribunal. Si una sentencia puede ser contestada mediante un recurso de segundo grado (apelación, revisión, etcétera), dicho principio no se le aplicaría.

El principio *res iudicata* se aplica únicamente si se reúnen tres condiciones cumulativas: identidad de partes, objeto y causa de una demanda. La

<sup>50</sup> *Ibidem*, párr. 73.

<sup>51</sup> Zivkovic, Patricia, “Severe Breaches of Duty of Confidentiality and Impartiality in the Dispute between Croatia and Slovenia: Is Arbitration Immune to such Violations”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2015, disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/29/severe-breaches-of-duty-of-confidentiality-and-impartiality-in-a-dispute-between-croatia-and-slovenia-is-arbitration-immune-to-such-violations/?doing\\_wp\\_cron=1596213804.3329749107360839843750](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/29/severe-breaches-of-duty-of-confidentiality-and-impartiality-in-a-dispute-between-croatia-and-slovenia-is-arbitration-immune-to-such-violations/?doing_wp_cron=1596213804.3329749107360839843750).

<sup>52</sup> Una referencia al principio *res iudicata* puede ser encontrada en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador bizantino justiniano (en el libro 50 del *Digesto*, capítulo 17 y en las *Institutas*, IV, 13. 5).

<sup>53</sup> Berlin Conference 2004, “Res iudicata and Arbitration”, *Report of the International Law Association*, International Commercial Arbitration, p. 2.

<sup>54</sup> Cheng, Bin, *op. cit.*, p. 337.

primera condición se expresa en la máxima *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest* (“la cosa convenida entre los unos no perjudica ni aprovecha a los otros”). La segunda condición exigida para la aplicación del principio de *res iudicata* se refiere a la identidad de la causa de la demanda, o identidad de la causa de la disputa. Una demanda puede tener otro objeto a partir del momento en el que se basa en hechos distintos y/o hace valer derechos diferentes a los invocados en el primer caso, ya juzgado por una jurisdicción internacional. La causa de la demanda se refiere, por lo general, a la violación de las normas internacionales que fundamentan el interés jurídico de la demanda.

La aplicación del principio *res iudicata* no cubre todo el contenido de una sentencia o laudo arbitral. Dicho principio concierne únicamente al dispositivo (*dispositif*) y no a los considerandos de resolución. En los considerandos (*considérants/motifs or dispositive part*) de una sentencia, los jueces y árbitros aplican e interpretan las normas y principios jurídicos aplicables a los hechos que originan el litigio entre las partes. Dichos apartados exponen la argumentación jurídica o la motivación de la sentencia. El dispositivo (parte resolutoria/*dispositif/operative part*) se enuncia, generalmente, en la última parte de una sentencia internacional para establecer las consecuencias de la existencia (o inexistencia) de una violación del derecho aplicable al caso, respecto a cada una de las partes en la controversia.

El principio *res iudicata* se revela fundamental para el funcionamiento del arbitraje internacional. En virtud de su efecto positivo, un laudo arbitral es definitivo y obligatorio para las partes. Por su naturaleza misma, el arbitraje no cuenta con un mecanismo de apelación, confiado a una jurisdicción de segundo grado. Como se dijo con anterioridad, existen mecanismos muy limitados para impugnar una sentencia arbitral o para denegar su ejecución ante los órganos judiciales internos. Una vez reconocido por los tribunales estatales, un laudo arbitral adquiere la misma autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*) que una sentencia judicial, dictada por un tribunal interno. La aplicación del efecto negativo del principio *res iudicata* en el arbitraje internacional es más problemática. En efecto, la prohibición de relitigar un caso sobre los mismos hechos y entre las mismas partes puede ser de difícil aplicación no sólo en las relaciones entre dos tribunales arbitrales internacionales, sino también en las que rigen la vinculación entre los órganos arbitrales internacionales y los tribunales internos.<sup>55</sup> Los efectos de la *res iudicata* en dichas

<sup>55</sup> Schaffstein, Silja, *The Doctrine of res iudicata before International Arbitral Tribunals*, PhD Thesis, Centre for Commercial Law Studies Queen Mary and Westfield College, University of London and at the Faculty of Law of the University of Geneva, p. 106.

relaciones han sido aclarados en el Reporte de la Asociación de Derecho Internacional sobre la *Res Iudicata* en el Arbitraje Internacional.<sup>56</sup>

El efecto positivo del principio *res iudicata* se encuentra cristalizado en numerosos instrumentos jurídicos aplicables al arbitraje internacional. Así, por ejemplo, en virtud del artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: “1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36”. De igual modo, dicho efecto se establece en numerosos reglamentos de arbitraje.<sup>57</sup> El efecto positivo del principio *res iudicata* se reconoce, además, en algunos tratados aplicables al arbitraje internacional.<sup>58</sup>

Los tribunales arbitrales internacionales han aceptado excepciones a la aplicación del efecto positivo del principio *res iudicata* en muy limitadas circunstancias. Así, por ejemplo, el caso *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd (MDCL) v Ghana Investments Centre (GIC) and the Government of Ghana*,<sup>59</sup> los árbitros aceptaron reexaminar un laudo arbitral definitivo porque éste

---

<sup>56</sup> *ILA Report on Res Iudicata in International Arbitration*.

<sup>57</sup> De conformidad con el artículo 34-2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “2. Todos los laudos se dictarán por escrito y serán definitivos y obligatorios para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora”. Según el artículo 26-9 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres: “Todos los laudos serán definitivos y vinculantes para las partes. Las partes, sometiéndose a arbitraje bajo los auspicios de este Reglamento, se comprometen a ejecutar inmediatamente y sin demora cualquier laudo (condicionado sólo por el artículo 27). Las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia puede ser válidamente realizada”. En virtud del artículo 34-6 del Reglamento de arbitraje de la CCI de París: “Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”.

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, según el artículo III de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros: “cada parte contratante se compromete en reconocer el carácter obligatorio de los laudos arbitrales”. El artículo 4o. de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que “Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales”.

<sup>59</sup> UNCITRAL, *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, 27 de octubre de 1989.

había sido obtenido por medios fraudulentos (en particular, era basado en falsos testimonios).

El efecto negativo del principio *res iudicata* no está expresamente establecido en el marco normativo del arbitraje internacional. No obstante, dicho efecto se considera como aceptado y obligatorio para las partes en este medio de solución de litigios.<sup>60</sup> Además, se puede hallar referencias al efecto negativo del principio *res iudicata* en algunos instrumentos de *soft law* aplicables en el arbitraje comercial internacional.<sup>61</sup>

Las condiciones para la aplicación del principio *res iudicata* han sido aclaradas en numerosos casos de la práctica arbitral internacional.

Así, por ejemplo, en el caso *Channel Arbitration*<sup>62</sup> entre el Reino Unido y Francia, la CPA consideró que “es generalmente reconocido que la autoridad de *res iudicata*, es decir la fuerza vinculante de una sentencia, se aplica sólo al dispositivo y no a la motivación de la misma” (sus considerandos). En el caso *número 8023* de 1995, un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la CCI de París estimó que la *res iudicata* de un laudo arbitral solamente se aplica al dispositivo, mas no a los considerandos del mismo.<sup>63</sup> En el caso *Trail Smelter*, el tribunal arbitral aplicó el principio *res iudicata* y estimó que los tres elementos requeridos para su aplicación en dicho asunto (identidad de partes, objeto y causa de la controversia) no eran reunidos.<sup>64</sup> Las condiciones para la aplicación del principio *res iudicata* también fueron apreciadas en el caso *número 6293* de 1990, resuelto por un tribunal arbitral de la CCI de París.<sup>65</sup> En el caso *CME vs. Czech Republic*, el tribunal arbitral constituido en materia de inversiones con aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tuvo que determinar si un caso previo resuelto entre Roland Lauder —el socio principal de la empresa CME— y la República Checa constituía *res iudicata* para la controversia sometida ante su foro.

<sup>60</sup> Schaffstein, Silja, *op. cit.*, p. 134.

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, en virtud del principio 28 de los Principios ALI/UNIDROIT sobre Proceso Civil Transnacional: “28.1 Al aplicar las normas sobre litispendencia, el objeto del proceso queda determinado por las pretensiones de las partes contenidas en los escritos iniciales y en sus modificaciones. 28.2 Al aplicar las normas sobre la cosa juzgada, su alcance queda determinado por referencia a las pretensiones y defensas de las partes en los escritos iniciales, inclusive sus modificaciones, y por la parte dispositiva y fundamentos de la sentencia. 28.3 El concepto de cosa juzgada parcial referido a una cuestión de hecho o a la aplicación de la ley a los hechos deberá aplicarse sólo para prevenir una injusticia grave”.

<sup>62</sup> CPA, *Case Concerning the Delimitation of the Continental Shelf Between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic*, 14 de marzo de 1978, p. 295.

<sup>63</sup> ICC, *Case Number 8023*, 27 de noviembre de 1995.

<sup>64</sup> *Trail Smelter Case*, United States vs. Canada, 16 de abril de 1938.

<sup>65</sup> ICC, *Case Number 6293*, 1990.

El tribunal rechazó la aplicación del principio *res iudicata*<sup>66</sup> y consideró que las partes en los dos casos eran distintas, y que la causa de la demanda en ambas controversias se basaba en diferentes TBI. En el mismo sentido, en el caso *Smithkline Beecham Biologicals, S.A. v Biogen, Inc.*,<sup>67</sup> resuelto bajo los auspicios de la Asociación Americana de Arbitraje, el órgano arbitral internacional aceptó resolver una controversia entre las partes, aunque ya existía un laudo arbitral previo entre ellas, adoptado por la Corte de Arbitraje de Londres, argumentando que el segundo procedimiento arbitral era iniciado sobre la base de otro contrato vigente entre las partes y, por ende, el objeto de la demanda era distinto. En el reciente caso *Helnan International Hotels vs. Egypt*,<sup>68</sup> un tribunal arbitral del CIADI fue llevado a pronunciarse sobre un caso ya resuelto por un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de una institución egipcia de arbitraje (*Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*). El órgano arbitral del CIADI estimó que las tres condiciones cumulativas para la aplicación del principio *res iudicata* no estaban reunidas. En el caso *Amco vs. Indonesia*,<sup>69</sup> un tribunal arbitral del CIADI examinó un caso resuelto por otro órgano arbitral de la misma institución. Algunas partes del laudo arbitral previo habían sido sujetas a un procedimiento de reexamen y anuladas por el Comité *ad hoc* del Centro. El segundo tribunal arbitral consideró que la decisión del Comité *ad hoc* sobre la anulación del primer laudo arbitral no constituía *res iudicata*. En el mismo sentido, en el caso *Aipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*,<sup>70</sup> un tribunal arbitral del CIADI reconoció la *res iudicata* de un laudo arbitral previo, aun si éste había sido anulado por tribunales internos. En el caso *Gavazzi vs. Romania*,<sup>71</sup> un órgano arbitral de la misma institución aceptó pronunciarse sobre una controversia, que ya estaba resuelta por un tribunal rumano interno, y estimó que las tres condiciones para la aplicación del principio *res iudicata* no se cumplían, porque la sentencia interna no tenía ni el mismo objeto ni la misma causa.

<sup>66</sup> UNCITRAL, *CME Czech Republic BV v The Czech Republic*, 14 de marzo de 2003, párrs. 435 y ss.

<sup>67</sup> TJUE, *Smithkline Beecham Biologicals, S.A. vs Biogen, Inc.*, Case C-181/95.

<sup>68</sup> *Helnan's International Hotels vs. Egypt*, ICSID Case No. 05/19.

<sup>69</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, párr. 32.

<sup>70</sup> *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07.

<sup>71</sup> *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25.

## II. LA PARTICIPACIÓN DE EXPERTOS EN LOS PROCESOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Como se mencionó anteriormente, los jueces y árbitros internacionales conocen el derecho y son los únicos responsables de su interpretación y aplicación en los casos concretos que les son sometidos. No obstante, el principio *iura novit curia* no los convierte en entes omnisapientes, capaces de estudiar y conocer la resolución de todos los problemas fácticos, susceptibles de presentarse en las circunstancias específicas de un caso contencioso. Consecuentemente, los órganos judiciales y arbitrales internacionales suelen recurrir a expertos externos para cumplir con su función jurisdiccional.<sup>72</sup>

El peritaje (*expertise*) es una medida de instrucción, consistente en encargar a una o varias personas competentes, denominadas expertos (o peritos), la realización de un examen técnico y/o científico y la elaboración de un reporte sobre determinados problemas que se presentan en la resolución de una controversia internacional.<sup>73</sup> El término “experto” se refiere a las personas encargadas de realizar un peritaje debido a sus conocimientos, su experiencia o su formación particular.<sup>74</sup>

La consulta de expertos se limita, en principio, a cuestiones relativas a la determinación de los hechos y no a las normas que deben fundamentar su calificación jurídica. Dicho en otros términos, los expertos pueden pronunciarse únicamente sobre los problemas fácticos de una controversia internacional; los problemas jurídicos quedan reservados al conocimiento exclusivo del juzgador (*iura novit curia/arbitrator*).<sup>75</sup>

En el arbitraje internacional, el peritaje concierne la “descodificación” por parte de los árbitros, de ámbitos técnicos y científicos pertenecientes a diferentes saberes (entre otros, economía, ciencias ambientales, ingeniería, contaduría, biología, química, etcétera).

En primer lugar, las partes pueden designar a árbitros que son expertos en relación con la naturaleza específica de la controversia (así, por ejemplo, si es un arbitraje en materia de construcción, las partes designarán como árbitros a arquitectos o ingenieros, y si es un arbitraje médico, a médicos). Aunque la mayoría de las personas nombradas árbitros en los tribunales

---

<sup>72</sup> Savadogo, Louis, “Le recours des juridictions internationales à des experts”, *Annuaire français de droit international*, 2004, vol. 50, p. 231.

<sup>73</sup> *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 483 y 484.

<sup>74</sup> Artículo 1o. del Acuerdo del 14 de diciembre de 2004, celebrado entre el TIDM y Alemania, relativo a la sede del Tribunal.

<sup>75</sup> Savadogo, Louis, *op. cit.*, p. 231.

arbitrales internacionales son expertos en derecho, existen numerosos casos resueltos por árbitros que no son abogados.

En segundo lugar, los expertos en el arbitraje internacional pueden ser designados por las partes en la controversia o por los propios árbitros. Esta posibilidad se reconoce en la mayoría de los reglamentos de arbitraje.<sup>76</sup>

Cuando los expertos son designados por las partes, éstos comparecen en la calidad de testigos, y su testimonio cobra la forma de una “opinión de expertos”. Dichas opiniones frecuentemente se presentan por escrito, y posteriormente se exponen en las fases orales del procedimiento arbitral. En algunos casos, los expertos presentados por ambas partes comparecen juntos, con el objetivo de contrastar y confrontar sus distintos puntos de vista. Las opiniones escritas de los expertos se incluyen en un informe, frecuentemente voluminoso, que examina a detalle cada uno de los elementos fácticos invocados por las partes.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Así, por ejemplo, dicha posibilidad se establece en el artículo 29-1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en los siguientes términos: “1. Previa consulta con las partes, el tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos independientes para que le informen, por escrito, sobre las materias concretas que determine el tribunal. Se comunicará a las partes una copia del mandato dado al perito por el tribunal arbitral”. De conformidad con el artículo 27-2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “2. Podrá actuar como testigo, inclusive como perito, cualquier persona designada por una parte que testifique ante el tribunal sobre cualquier cuestión de hecho o que pertenezca a su ámbito de competencia como perito, y su testimonio podrá ser admitido por el tribunal arbitral, aunque esa persona sea parte en el arbitraje o esté relacionada de algún modo con una parte. A menos que el tribunal arbitral disponga otra cosa, las declaraciones de los testigos, incluidos los peritos, podrán presentarse por escrito, en cuyo caso deberán ir firmadas por ellos”. Según el artículo 25-3 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de París: “3 El tribunal arbitral podrá decidir la audición de testigos, peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia siempre y cuando éstas hayan sido debidamente convocadas”. De igual modo, según el artículo 25-4 de dicho reglamento: “4 El tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes. A petición de cualquiera de ellas, las partes tendrán la oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito así nombrado”. El artículo 31.15 de las Reglas de Arbitraje del CIADI prevé la posibilidad para los panelistas de nombrar expertos en los siguientes términos: “A solicitud de una Parte contendiente, o por iniciativa propia, el panel podrá recabar información y asesoría técnica de una persona u organismo que considere apropiado, siempre que las Partes contendientes así lo acuerden y sujeto a cualesquiera términos y condiciones decididos por las Partes contendientes. Las Partes contendientes tendrán una oportunidad para comentar sobre la información o asesoría obtenida conforme a este Artículo”.

<sup>77</sup> Schneider, Michael, “Technical Experts in International Arbitration, Introductory Comments to the Materials from Arbitration Practice”, *ASA Bulletin*, 1993, vol. 11, pp. 446-465.

Las pruebas aportadas por los expertos desarrollan una función significativa en la resolución de las controversias por medio del arbitraje internacional.<sup>78</sup> En efecto, en algunos supuestos, los árbitros solicitan a los expertos no sólo presentar y exponer determinadas pruebas, sino también evaluar el valor de las pruebas presentadas por las partes. En esos casos, la frontera entre el peritaje y la función arbitral se vuelve muy delgada.<sup>79</sup>

Es de señalarse que se han adoptado instrumentos de *soft-law* respecto a la valoración, por parte de los árbitros internacionales, de las pruebas presentadas por expertos. Unos de los instrumentos más utilizados en la práctica arbitral internacional son las Líneas Directrices sobre Expertos Designados por las Partes y por los Árbitros del *Chartered Institute of Arbitrators*<sup>80</sup> y las Reglas de la IBA sobre la Obtención de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional.<sup>81</sup>

El peritaje ha sido muy utilizado en el arbitraje internacional interestatal.<sup>82</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Lac Lanoux*, los árbitros nombraron expertos para determinar los efectos ambientales de la desviación de las aguas de un lago.<sup>83</sup> En el caso *Fonderie de Trail*, los peritos designados por los árbitros

<sup>78</sup> Swineheart, “Matthew, Reliability of Expert Evidence in International Disputes”, *Michigan Journal of International Law*, 2017, vol. 38, p. 288.

<sup>79</sup> *Rockwell International Systems vs. Iran*, Iran-US Claims Commissions, 1989, párr. 150.

<sup>80</sup> De conformidad con el artículo 1o. de dichas líneas, los árbitros deben determinar si las pruebas aportadas por expertos son admisibles de conformidad con el acuerdo de arbitraje o con cualesquiera normas internas aplicables al caso. Asimismo, los árbitros son competentes para nombrar expertos al inicio del procedimiento arbitral o en cualquiera de sus fases posteriores. Los árbitros deben determinar los mecanismos para la obtención y la exposición de las pruebas por parte de los expertos en una orden procesal específica. Asimismo, los miembros del tribunal arbitral internacional han de aclarar los motivos por los cuales decidieron basarse en las pruebas presentadas por los expertos. *Chartered Institute of Arbitrators*, “Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts”, *International Arbitration Practice Guideline*, disponible en: <https://www.ciarb.org/media/4200/guideline-7-party-appointed-and-tribunal-appointed-expert-witnesses-in-international-arbitration-2015.pdf>.

<sup>81</sup> Según el artículo 5o. de dichas Reglas: “1. Las Partes podrán apoyarse en Peritos designados por ellas como medio de prueba para materias concretas. El Perito designado por una Parte presentará su Dictamen dentro del término fijado por el Tribunal Arbitral”. De igual modo, en virtud del artículo 6o. de las Reglas: “1. El Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar uno o más Peritos independientes para que le informen sobre materias concretas determinadas por el Tribunal Arbitral”. Dicho instrumento busca, además, promover la cooperación entre los peritos designados por las partes, estableciendo posibles encuentros en éstos y la adopción de acuerdos sobre los asuntos en los cuales se presenten diferencias de opinión”.

<sup>82</sup> Tribolo, Julie, “L’expertise dans les arbitrages internationaux”, en Truilhé-Marengo, Eve (coord.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Bruylant, 2011, pp. 213-227.

<sup>83</sup> *Lago Lanoux*, España c. Francia, 16 de noviembre de 1957.

determinaron los efectos de la contaminación atmosférica transfronteriza resultante de la emisión de gases tóxicos. En los asuntos *OSPAR* ante la CPA,<sup>84</sup> *MOX Plant*<sup>85</sup> y *Reclamaciones de Singapur sobre el Estrecho de Johor*<sup>86</sup> ante órganos arbitrales constituidos con base en las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los árbitros designaron peritos para aclarar cuestiones técnicas relativas a la protección internacional del medio marino.

La comparecencia de expertos en el arbitraje internacional de inversiones se ha vuelto casi rutinaria. Así, por ejemplo, en el caso *Santa Elena vs. Costa Rica*,<sup>87</sup> un tribunal arbitral del CIADI fijó el monto de la indemnización debida al inversionista extranjero en función de las estimaciones presentadas por los expertos de ambas partes.<sup>88</sup> En el caso *Methanex Corp. v. United States*,<sup>89</sup> un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios del TLCAN citó a expertos para resolver un asunto relativo a la regulación de los aditivos a los combustibles. En el caso *Philip Morris vs. Uruguay*,<sup>90</sup> un tribunal arbitral del CIADI tuvo que pronunciarse sobre reglas de empaquetado de cigarrillos. En el caso *Azurix vs. Argentina*,<sup>91</sup> resuelto por medio de un arbitraje CIADI, los peritos se pronunciaron sobre cuestiones de contaminación de agua potable, y en el caso *Chemtura Corp. v. Canada*,<sup>92</sup> un tribunal arbitral internacional, constituido con base en el artículo XI del TLCAN, nombró a peritos para aclarar problemas derivados del uso de pesticidas.

<sup>84</sup> *Arbitrage OSPAR*, minutes orales des audiences des 21, 22, 23 et 24 octobre 2002, Irlande c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

<sup>85</sup> *Usine Mox*, minutes orales des audiences des 10, 18, 20 et 21 juin 2003, Irlande c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

<sup>86</sup> Réclamation territoriale de Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor, Malaisie c. Singapour, 1 de septembre de 2005.

<sup>87</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, párrs. 93-95.

<sup>88</sup> Entre otros: *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, pp. 150 y 151; *Saghi v. Islamic Republic of Iran, Award*, Iran-U.S. Claims Tribunal, 1993, párr. 104; *Starrett Housing*, Iran-U.S. Claims Tribunal, párrs. 337-343; *Venezuela Holdings B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, párr. 360-368.

<sup>89</sup> *Methanex Corp. v. United States*, párr. 101, NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 2005.

<sup>90</sup> *Philip Morris Brands v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

<sup>91</sup> *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12.

<sup>92</sup> *Chemtura Corp. v. Canada*, NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 2010.

### III. EL *AMICUS CURIAE* ANTE LOS ÓRGANOS ARBITRALES INTERNACIONALES

La institución del *amicus curiae* se origina en el derecho romano<sup>93</sup> y se aplica en los mecanismos de impartición de justicia tanto en el plano interno como en el internacional. Como lo afirmó un tribunal arbitral del CIADI, “el *amicus curiae* es un amigo de la Corte —un tercero (no parte) en la controversia—, que ofrece presentar al tribunal sus argumentos, su perspectiva especial o su peritaje sobre la controversia en la forma de observaciones escritas (*briefs or submission*)”.<sup>94</sup>

La intervención de *amicus curiae* ante los tribunales arbitrales internacionales suele relacionarse con asuntos de interés general, como la protección del medio ambiente, la salud, los derechos económicos, sociales o culturales o la lucha contra la corrupción.<sup>95</sup> Al mejorar la transparencia y la participación de actores de la sociedad civil en la resolución de las controversias por medio de arbitraje, los *amici curiae* refuerzan la credibilidad y legitimidad de este mecanismo de arreglo de litigios.<sup>96</sup> Sin embargo, la participación de *amicus curiae* también es susceptible de perjudicar la naturaleza consensual del arbitraje, en especial si las partes no han autorizado expresamente la presentación de observaciones de esta naturaleza. La presentación de observaciones de *amicus curiae* también es susceptible de incrementar las costas del arbitraje, privar el procedimiento arbitral de confidencialidad y ocasionar retrasos en las diligencias procesales.<sup>97</sup>

La intervención de *amicus curiae* ha sido más frecuente en el arbitraje internacional de inversiones.

Así, por ejemplo, en el caso *Methanex*,<sup>98</sup> un tribunal arbitral del TLCAN admitió observaciones de *amicus curiae* presentadas por algunas ONG com-

---

<sup>93</sup> En el derecho romano, los abogados eran consultados por los jueces (*iudex*) para recibir de ellos una ayuda o consejo en la solución de un caso. A comienzos del siglo IX, esta institución se incorporó a la práctica judicial en países de tradición anglosajona (*common law*). Defensoría del Pueblo, *El amicus curiae. ¿Qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2008, p. 20.

<sup>94</sup> *Aguas Argentinas S.A and Others v. Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae*, ICSID case No. ARB/03.

<sup>95</sup> Fach Gómez, Katia, “Rethinking the Role of *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest”, *Fordham International Law Journal*, 2012, vol. 35, p. 544.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 549.

<sup>97</sup> *Ibidem*, pp. 548-554.

<sup>98</sup> *Methanex Corp. v. United States*, NAFTA Arb. 2005, párr. 1.

petentes en materia de protección del medio ambiente.<sup>99</sup> En el caso *United Parcel Service of America, Inc. v. Canada*,<sup>100</sup> se admitieron observaciones de esta índole sobre la base de lo establecido al respecto en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En el caso *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*,<sup>101</sup> un tribunal del CIADI<sup>102</sup> consideró que no era competente para permitir la participación de *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales. En el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A v. Argentine Republic*,<sup>103</sup> otro tribunal arbitral del CIADI aceptó intervenciones de *amicus curiae* y consideró que para valorar su admisibilidad debía tomarse en consideración su utilidad para la resolución de la controversia particular. Las mismas consideraciones fueron reiteradas en laudos posteriores de tribunales arbitrales del CIADI.<sup>104</sup> En la mayoría de los casos se trató de observaciones presentadas por una o más ONG y personas privadas.<sup>105</sup> En algunos casos recientes se ha admitido la participación en los procedimientos arbitrales de órganos de las organizaciones internacionales intergubernamentales. Así, por ejemplo, en el caso *Philip Morris vs. Uruguay*<sup>106</sup> intervino, como *amicus curiae*, la Organización Mundial de la Salud.

#### IV. LA PRUEBA EN EL PROCESO ARBITRAL INTERNACIONAL

El estándar de prueba es un concepto principalmente desarrollado en los sistemas jurídicos de *common law*. Su objetivo consiste en indicar los criterios de valoración de las pruebas presentadas ante un juez y la importancia que se

<sup>99</sup> Fach Gómez, Katia, *op. cit.*, p. 535.

<sup>100</sup> *United Parcel Serv. of Am., Inc. v. Canada, Decision on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae*, NAFTA Arb. 2001, párr. 63.

<sup>101</sup> *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3.

<sup>102</sup> Fach Gómez, Katia, *op. cit.*, p. 537.

<sup>103</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. & Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, párr. 1.

<sup>104</sup> *Biwater Gauff (Tanz.) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, párr. 55, *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, párr. 50, *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, párr. 39, *Piero Foresti v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, párr. 55.

<sup>105</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Ups vs. Canada* intervinieron dos ONG canadienses (*Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians*); en el caso *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/14/21), presentaron observaciones *amicus curiae* una ONG (*Association of Human Rights and the Environment-PULNO*) y el señor Carlos López.

<sup>106</sup> *Philip Morris Brands Sarl and Others v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

atribuye a cada uno de los indicios probatorios. Se distinguen tres principales estándares de prueba que dependen del grado de evidencia requerida: “equilibrio de probabilidades” (*balance of probabilities*), “prueba clara y convincente” (*clear and convincing*) y “prueba más allá de cualquier duda razonable” (*beyond a reasonable doubt*). El estándar de prueba exigido varía según el tipo de asuntos sometidos ante un tribunal interno. Así, por ejemplo, en materia penal se exige el más alto estándar de prueba: “más allá de cualquier duda razonable”.<sup>107</sup>

En contraste, el estándar de prueba en los sistemas de *civil law* es un concepto muy poco desarrollado. En dichos países, las pruebas buscan convencer la “conciencia personal o íntima” del juzgador acerca de la veracidad de los indicios fácticos; es decir, no se establece un estándar de prueba predefinido, y se subraya la libertad del juzgador en la valoración de las pruebas presentadas por las partes.<sup>108</sup>

Las convenciones internacionales de arbitraje, las leyes internas, los reglamentos de arbitraje y los laudos arbitrales guardan silencio acerca del estándar de prueba aplicable en los procedimientos arbitrales internacionales. Dicho estándar suele ser muy discutido en la práctica arbitral internacional, y no existen reglas generales aplicables en la materia.<sup>109</sup>

Las reglas incluidas en algunos instrumentos internacionales aplicables al arbitraje dejan una gran margen de maniobra a los árbitros en la valoración de las pruebas.<sup>110</sup> Dichas reglas se basan en el principio de libre valoración de las pruebas; es decir, para ser admitidas por el órgano arbitral internacional, las pruebas presentadas por las partes deben lograr, con “suficiente certeza”,<sup>111</sup> “la convicción íntima” de los árbitros.<sup>112</sup>

En algunos casos, los árbitros internacionales se han referido a la noción de “equilibrio de probabilidades”,<sup>113</sup> que ha sido aplicada dependiendo de

<sup>107</sup> Aimoré Carreteiro, Mateus, “Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Guidelines for Promoting Predictability”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XIII, núm. 49, 2016, p. 88.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>109</sup> Aimoré Carreteiro, Mateus, *op. cit.*, p. 84.

<sup>110</sup> Así, por ejemplo, el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establece que “4. El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentada”. De igual modo, de conformidad con la Regla 34-1 de las Reglas de Procedimiento Arbitral del CIADI: “El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio”. Según el artículo 25-1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de París: “1 El tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados”.

<sup>111</sup> *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, ICSID Case núm. ARB(AF)/09/1.

<sup>112</sup> Aimoré Carreteiro, Mateus, *op. cit.*, p. 94.

<sup>113</sup> *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, ICSID Case núm. ARB(AF)/09/1.

las circunstancias de cada caso particular. En asuntos de corrupción, por ejemplo, se ha exigido un grado de evidencias “claras y convincentes”. En el caso *Oil Field of Texas, Inc. v. Iran*, los árbitros del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos consideraron que “si las dudas razonables persisten, una tal alegación no puede considerarse como comprobada”.<sup>114</sup>

La determinación de la carga de la prueba en el proceso judicial y arbitral internacional se realiza de conformidad con el principio general *actori incumbit probatio*.<sup>115</sup> En virtud de dicho principio, la parte que alega un determinado hecho debe probarlo ante el juzgador. La atribución de la carga de la prueba según este principio responde a criterios de equidad y garantiza la previsibilidad y certeza en el arreglo judicial y arbitral de las controversias internacionales.<sup>116</sup>

El principio *actori incumbit probatio* se aplica en los procedimientos iniciados ante los órganos arbitrales internacionales. Muy pocos reglamentos de arbitraje se refieren expresamente a la determinación de la carga de la prueba ante dichos órganos;<sup>117</sup> no obstante, se considera que el principio *actori incumbit probatio* constituye un principio general del derecho que no necesita ser reconocido por escrito para regir al proceso arbitral internacional. En consecuencia, dicho principio ha sido aplicado por los tribunales arbitrales internacionales sin ninguna referencia a un derecho interno o a un reglamento de arbitraje en cuanto *lex arbitrii*.

Como lo manifestó el tribunal arbitral en el caso *Azurix v. Argentina*,<sup>118</sup> “el principio general aplicable en los procedimientos del CIADI y en el arbitraje internacional, en general, es «quien alega, debe probar»; consecuentemente, la parte que alega debe obtener y presentar las evidencias necesarias para comprobar sus alegatos”. De igual modo, como lo señaló un tribunal arbitral del CIADI en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*,<sup>119</sup> “existe un principio general del derecho que atribuye la carga de la prueba... a la parte que alega el hecho”. En el caso *Tokios Tokelés v. Ukraine*,<sup>120</sup> otro

<sup>114</sup> Case No 258-43-1, Iran U.S. Claims Commissions, October 8, 1986, párr. 25.

<sup>115</sup> Aimoré Carreteiro, Mateus, *op. cit.*, p. 84.

<sup>116</sup> Si el juez debiera designar, en función de otros criterios subjetivos, cuál de las dos partes debe aportar la prueba de los hechos litigios, se correría el riesgo de que el juez perdiera su necesaria imparcialidad e independencia.

<sup>117</sup> Así, por ejemplo, en virtud del artículo 27-1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “1. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas”.

<sup>118</sup> *Azurix Corp. v. the Argentine Republic*, ICSID Case núm. ARB/01/12, párr. 215; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt*, ICSID Case núm. ARB/99/6, párrs. 89-91.

<sup>119</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/87/3, párr. 56.

<sup>120</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, párr. 121.

tribunal arbitral del CIADI estimó que “la carga de la prueba para demostrar el impacto de la medida gubernamental indiscutiblemente incumbe a la parte que lo alega”. En el asunto *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*,<sup>121</sup> el tribunal arbitral consideró que “en virtud de un principio bien establecido de derecho, le compete a la parte que alega probar los hechos sobre los cuales se basa su demanda”. En el asunto *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*,<sup>122</sup> el demandante perdió el caso, porque no había asumido la carga de la prueba que le correspondía.

## V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL INTERNACIONAL

Las medidas provisionales o cautelares constituyen un mecanismo destinado a preservar la efectividad de la resolución final de un órgano judicial o arbitral internacional y evitar que durante el curso de los procedimientos ocurran eventos que causen un perjuicio grave e irreparable para los derechos e intereses de las partes en los litigios internacionales. El objetivo principal de dichas medidas consiste en evitar el deterioro de la situación de las partes y, por ende, la agravación de la controversia.

Las medidas cautelares son un mecanismo importante para la defensa de los derechos e intereses de las partes en el arbitraje internacional. Dichas medidas tienen por objetivo facilitar el desarrollo del procedimiento arbitral (a través de medidas tendientes a preservar pruebas, inspeccionar bienes, prohibir la revelación de información confidencial, congelar cuentas bancarias, suspender obras, diferir la aplicación de medidas gubernamentales, prever garantías frente a una posible insolvencia de una de las partes, etcétera) y salvaguardar el *statu quo* de las relaciones jurídicas entre las partes hasta que el tribunal arbitral se haya pronunciado sobre el fondo de la controversia.

Los instrumentos jurídicos aplicables al procedimiento ante los órganos arbitrales internacionales incluyen disposiciones expresas respecto a la competencia de los árbitros para ordenar este tipo de medidas. Así, por ejemplo, el artículo 28-1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de París establece que “1 Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a

---

<sup>121</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case núm. ARB/03/24, párr. 249.

<sup>122</sup> *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case núm. ARB/03/24, párr. 249.

solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas”.<sup>123</sup> De conformidad con la regla 39-1 del Reglamento de Arbitraje del CIADI:

(1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

Las demás disposiciones de la regla 39 retoman, en lo esencial, lo establecido respecto a la indicación de medidas cautelares en el Reglamento de la CIJ;<sup>124</sup> asimismo, se permite que las partes soliciten la indicación de medidas cautelares a órganos judiciales internos.<sup>125</sup> Según el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “1. El tribunal arbitral podrá, a instancia de una de las partes, otorgar medidas cautelares”. Dicha disposición contiene, además, una definición precisa de “medidas cautelares”<sup>126</sup> y

---

<sup>123</sup> Según el artículo 28-2 del Reglamento: “Antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas aun después, las partes podrán solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un tribunal arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del tribunal arbitral al respecto...”.

<sup>124</sup> De conformidad con dicha disposición: “(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento. (4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones. (5) Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo (1) antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido”.

<sup>125</sup> Según la regla 39-6: “Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses”.

<sup>126</sup> Según el artículo 26-2: “2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que, por ejemplo: a) Mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia; b) Adopte medidas para impedir i) algún daño actual o inminente, o ii) el menoscabo del procedimiento arbitral, o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho

condiciones estrictas que deben cumplirse para que el tribunal otorgue medidas de esta naturaleza.<sup>127</sup> Dichas medidas pueden ser modificadas o revocadas, a demanda de una de las partes o del propio tribunal,<sup>128</sup> y es posible que una de las partes en la controversia presente una demanda de medidas cautelares ante un órgano judicial interno.<sup>129</sup>

Los tribunales arbitrales constituidos con base en dichos instrumentos internacionales han desarrollado criterios comunes en materia de otorgamiento de medidas cautelares.

En efecto, en casos que han implicado la indicación de medidas de esta naturaleza, la mayoría de órganos arbitrales internacionales han considerado que es necesario demostrar que el tribunal arbitral tiene *prima facie* competencia para resolver el asunto que le es sometido y que existe una situación de urgencia susceptible de causar un daño irreparable a los derechos e intereses de una de las partes en la controversia.<sup>130</sup> Dichas condiciones se reconocen, además, en un documento de *soft law* adoptado en 2016 por el Chartered Institute of Arbitrators.<sup>131</sup>

En el caso *Victor Pey Casado vs. Chile*,<sup>132</sup> un tribunal arbitral del CIADI consideró que para ordenar medidas cautelares consistentes en suspender un decisión ministerial en contra del demandante se tenía que establecer, en primer lugar, la competencia *prima facie* del tribunal para pronunciarse

---

daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

<sup>127</sup> Según el artículo 26-3: “3. La parte que solicite alguna medida cautelar prevista en los apartados a) a c) del párrafo 2 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) De no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser ésta otorgada; y b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal”.

<sup>128</sup> El artículo 26-5 establece que “5. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes”.

<sup>129</sup> Según el artículo 26-9: “9. La solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no será tenida por incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo”.

<sup>130</sup> Benz, Stephen, “Strengthening Interim Measures in International Arbitration”, *Georgetown Journal of International Law*, 2018, vol. 50, p. 152.

<sup>131</sup> *Chartered Institute of Arbitrator’s International Arbitration Practice Guidelines on the Application of Interim Measure*.

<sup>132</sup> *Pey Casado, President Allende Foundation v. Chile*, ICSID Case núm. ARB/98/2.

sobre el fondo de la controversia.<sup>133</sup> En el caso *Railroad Development Corp. v. Guatemala*,<sup>134</sup> un tribunal arbitral del CIADI denegó la indicación de medidas cautelares consistentes en preservar la integridad de documentos, por la falta de urgencia que justificara la demanda. En el caso *Paushok vs. Mongolia*, un tribunal arbitral constituido sobre la base de un TBI entre Rusia y Mongolia, con aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, apreció el alcance del “daño irreparable” exigido para el otorgamiento de las medidas cautelares<sup>135</sup> y ordenó suspender la aplicación de leyes internas de Mongolia respecto a una empresa rusa que explotaba una mina de oro en el territorio de dicho Estado.<sup>136</sup> Según los criterios desarrollados en el caso *Paushok*, basta con demostrar un riesgo de daño sustancial (no irreparable) y no necesariamente monetario (por ejemplo, un daño a la reputación). Otros tribunales arbitrales internacionales han exigido la demostración de un daño más serio que un simple daño sustancial. Así, por ejemplo, en el caso *Eurobalt v. Republic of Moldova*,<sup>137</sup> un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional de Estocolmo consideró que un daño a los derechos e intereses del inversionista que puede ser reparado monetariamente no justificaba el otorgamiento de medidas cautelares. En consecuencia, se puede considerar que en el arbitraje internacional no existe consenso respecto al umbral del daño exigido para el otorgamiento de medidas cautelares.<sup>138</sup>

Es de señalarse que existen controversias respecto al carácter ejecutable de las órdenes de medidas cautelares indicadas por un tribunal arbitral internacional.

En principio, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros no establece expresamente la obligación, para los tribunales internos, de ejecutar las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral internacional. Dicha cuestión se aborda únicamente en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial

<sup>133</sup> El tribunal basó dicha determinación en abundantes referencias a la jurisprudencia de la CIJ respecto al otorgamiento de medidas de esta índole. Extrajurídicamente, esto podría explicarse por el hecho de que uno de los árbitros del tribunal —el argelino Mohammed Bedjaoui— era un antiguo juez de la CIJ.

<sup>134</sup> *R.R. Dev. Corp. v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23.

<sup>135</sup> *Paushok v. Mongolia*, UNCITRAL Arbitration, 2 de septiembre de 2008, párr. 64.

<sup>136</sup> *Ibidem*, párr. 68.

<sup>137</sup> *Eurobalt LLC v. The Republic of Moldova*, Award on Emergency Measures, SCC Arbitration, 30 de mayo de 2016, párr. 52.

<sup>138</sup> Benz, Stephen, *op. cit.*, p. 158.

Internacional.<sup>139</sup> Algunos Estados han adoptado legislación interna respecto a este supuesto, y treinta países han incorporado las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI en la materia. No obstante, el contenido de dichas medidas internas varía, y no es posible identificar un estándar internacional armonizado en este ámbito.<sup>140</sup> Esto explica por qué en algunos casos las partes en las controversias sometidas a arbitraje internacional prefieran dirigirse directamente a los tribunales internos del Estado en cuyo territorio se encuentra la sede del tribunal arbitral para solicitar la adopción de medidas de esta naturaleza. De ahí que en materia de indicación de medidas cautelares se establezca una cooperación funcional muy útil entre tribunales internos y órganos arbitrales internacionales.

#### VI. LA (NO) APLICACIÓN DE LA REGLA DEL PRECEDENTE ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES

El marco normativo aplicable al arbitraje internacional no establece expresamente la obligación de los órganos arbitrales internacionales de aplicar precedentes obligatorios emanados de otros tribunales. Como se dijo con anterioridad, la mayoría de los tratados y reglamentos aplicables al arbitraje prevén que los laudos arbitrales son obligatorios para las partes, pero guardan silencio respecto al carácter vinculante de criterios establecidos en otros laudos, dictados con anterioridad.<sup>141</sup>

Existen varios factores que parecen limitar la aplicabilidad de la regla de *stare decisis* en el arbitraje internacional.

---

<sup>139</sup> De conformidad con el artículo 17-H de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: “1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I. 2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida. 3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros”.

<sup>140</sup> Castello, James y Chahine, Rami, “Enforcement of Interim Measures”, *Global Arbitration Review*, 2019, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1178692/enforcement-of%E2%80%89-interim-measures#footnote-051>.

<sup>141</sup> Así, por ejemplo, según el artículo 53 del Convenio del CIADI: “los laudos son obligatorios para las partes...”.

Como se mencionó en repetidas ocasiones, el arbitraje es una justicia privada, y la constitución de cada órgano arbitral internacional resulta del consentimiento de las partes para la resolución de una controversia particular a través de dicho medio. Por ende, a diferencia de la mayoría de los órganos judiciales internacionales, los tribunales arbitrales internacionales no son de carácter permanente, y cada tribunal, incluso en el caso del arbitraje institucional, goza, en principio, de total independencia y autonomía *vis-à-vis* de los demás. Además, las partes pueden optar por la confidencialidad de los procedimientos arbitrales, y los laudos que se dictan al término de éstos suelen permanecer secretos. No existen jurisdicciones superiores (o supremas) que puedan corregir eventuales errores de derecho en los laudos arbitrales adoptados por jurisdicciones inferiores y, de este modo, unificar y armonizar la jurisprudencia arbitral internacional. El control de las partes sobre la constitución del tribunal arbitral y sobre cada etapa del procedimiento les permite, en principio, excluir, en el acuerdo arbitral, la posibilidad para los árbitros de aplicar la regla de *stare decisis*.<sup>142</sup> De ahí que los árbitros internacionales no serían autorizados a crear nuevo derecho ni tendrían la obligación de aplicar derecho ya creado en precedentes establecidos en laudos arbitrales anteriores.

Sin embargo, a pesar de que no existe un reconocimiento formal de la aplicación de la regla de *stare decisis* en ningún sistema de arbitraje internacional, existen evidencias del recurso constante, por parte de algunas categorías de órganos arbitrales internacionales, a criterios y resoluciones adoptados en laudos arbitrales anteriores.<sup>143</sup>

Así, por ejemplo, como lo muestra el juez Guillaume, las referencias a precedentes que emanan de otros órganos arbitrales y/o judiciales internacionales son muy frecuentes en el arbitraje interestatal. Las sentencias arbitrales que resuelven controversias entre Estados son públicas, en la mayoría de los casos, y citan constantemente laudos arbitrales y sentencias judiciales pronunciados por otras jurisdicciones internacionales.<sup>144</sup>

En cambio, en el arbitraje comercial internacional entre partes privadas, exclusivamente, los laudos arbitrales suelen permanecer secretos tanto en el caso del arbitraje institucional como tratándose del arbitraje *ad hoc*.<sup>145</sup> En un estudio realizado en 2006, la profesora Kaufmann-Kohler identificó

---

<sup>142</sup> Weidemaier, Marc, "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, 2010, vol. 51, p. 1904, disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol51/iss5/5>.

<sup>143</sup> Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 14.

<sup>144</sup> *Idem*.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 15.

solamente treinta laudos arbitrales adoptados por la CCI de París (15% de los laudos publicados, en total) que contenían referencias a otras sentencias arbitrales. Respecto a los laudos arbitrales en materia de compraventa internacional de mercaderías y, en particular, en el caso de los que aplican e interpretan la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, el estudio resalta que de los cien laudos analizados en ese periodo solamente tres citaban laudos emanados de otros tribunales arbitrales internacionales.<sup>146</sup> Visto que el objetivo principal de los laudos arbitrales en materia de comercio internacional de mercaderías consiste en aportar una solución concreta y pragmática al conflicto entre las partes, los laudos no buscan desarrollar, en forma consistente y coherente, el derecho aplicable, que, en sí, no constituye una preocupación significativa de los operadores económicos que participan en las relaciones privadas internacionales.<sup>147</sup>

A diferencia del arbitraje comercial internacional, el arbitraje mixto en materia de inversiones, en particular el que se lleva a cabo bajo los auspicios del CIADI, presenta un carácter más “público” y más proclive al desarrollo de un sistema de precedentes.<sup>148</sup> En efecto, como se dijo con anterioridad, dicho mecanismo permite a una parte privada (inversionista extranjero) demandar a un Estado soberano ante un órgano arbitral internacional, y muchas veces implica el examen, por parte del tribunal arbitral, de medidas legislativas o administrativas adoptadas por este Estado en su ordenamiento jurídico interno. Asimismo, la gran mayoría de laudos arbitrales del CIADI se publican y son fácilmente accesibles para el público, en general. Desde una perspectiva extrajurídica, los árbitros y abogados altamente especializados que participan en los arbitrajes llevados a cabo bajo los auspicios del CIADI han formado una verdadera “elite transnacional”, que tiene un excelente conocimiento de los laudos resueltos con anterioridad y los invoca constantemente en casos posteriores.<sup>149</sup>

Para apreciar la aplicación de la regla del precedente en el arbitraje internacional de inversiones bajo los auspicios del CIADI, se debe tomar en consideración lo establecido en el artículo 53 del Convenio de Washington. En virtud de dicha disposición: “El laudo será obligatorio para las partes...”. Este reconocimiento del efecto relativo del principio *res iudicata* pa-

<sup>146</sup> Kaufmann-Kohler, Gabrielle, *op. cit.*, p. 357.

<sup>147</sup> Perret, François, “Is There a Need for Consistency in International Commercial Arbitration”, en Gaillard, Emmanuel y Bannifatemi, Yaz, *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, 2007, p. 25.

<sup>148</sup> Weidemaier, Marc, *op. cit.*, p. 1913.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 1923.

rece demostrar la no aplicación de la regla del precedente en el arbitraje CIADI. No obstante, la redacción del artículo 53 en términos generales y la ausencia de otras disposiciones al respecto,<sup>150</sup> en el marco normativo aplicable a dicho mecanismo de solución de controversias, no permite excluir con certeza la vigencia de la doctrina de *stare decisis*.

En la práctica concreta de los tribunales arbitrales del CIADI se observa la citación constante de laudos arbitrales anteriores. En un estudio realizado entre 1990 y 2006, se demostró que dichas citaciones ocurrieron en 80% de los casos y aumentaron exponencialmente a lo largo del tiempo.<sup>151</sup> Sin embargo, la postura de los distintos órganos arbitrales del CIADI respecto a la aplicación de la regla del precedente en dicho sistema arbitral ha sido muy divergente.

Según un tribunal arbitral del CIADI: “en el derecho internacional general no existe una regla del precedente; ésta tampoco existe en el sistema específico del CIADI...”.<sup>152</sup> En la opinión de los árbitros en el caso *El Paso vs. Argentina*:<sup>153</sup>

...los tribunales arbitrales del CIADI son creados *ad hoc*...; este tribunal no conoce una disposición que establezca la obligación de *stare decisis*. No obstante, existe una presunción razonable de que los tribunales arbitrales internacionales, en particular los constituidos bajo los auspicios del CIADI, generalmente toman en cuenta los precedentes... de otros tribunales arbitrales internacionales.

El tribunal arbitral, en el caso *Enron vs. Argentina*,<sup>154</sup> estimó que “los laudos del CIADI no constituyen precedentes obligatorios y cada caso debe ser examinado a la luz de sus propias circunstancias”. Los árbitros, en el caso *Amco v. Indonesia*,<sup>155</sup> consideraron que lo resuelto en el asunto *Klöckner* del Comité *ad hoc* del CIADI no constituía un precedente obligatorio para dicho órgano; no obstante, el tribunal arbitral agregó que “la ausencia de una regla de *stare decisis* en el sistema de arbitraje del CIADI no impedía

<sup>150</sup> Ni el Convenio del CIADI ni sus Reglas de Arbitraje contienen una disposición similar a las del artículo 59 del Estatuto de la CIJ, por ejemplo, que estableciera que los laudos son vinculantes sólo para las partes en cada caso particular.

<sup>151</sup> Jeffery, Peter, “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, *Journal of International Arbitration*, 2007, vol. 24, p. 129.

<sup>152</sup> CIADI, *AES Corp. vs. Argentina*, 26 de abril de 2005, párr. 23.

<sup>153</sup> *El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case ARB/03/15, párr. 39.

<sup>154</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, párr. 25.

<sup>155</sup> *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1.

que este tribunal coincidiera con la interpretación... realizada en el asunto *Klöckner*".<sup>156</sup> De manera aún más clara, el órgano arbitral en el caso *LET-CO*<sup>157</sup> afirmó que "no era obligado por los precedentes establecidos por otros tribunales del CIADI; sin embargo, podría ser instructivo (*instructive*) para este tribunal tomar en consideración sus interpretaciones". Los árbitros en el caso *SGS v. Philippines* señalaron que

...a pesar de que los distintos tribunales arbitrales constituidos bajo los auspicios del CIADI buscan actuar en forma consistente..., es posible que cada tribunal ejerza su propia competencia de conformidad con el derecho aplicable al caso... Además, no existe en el derecho internacional una doctrina de precedentes, si por regla de precedente se entiende el carácter vinculante de una única sentencia. No hay una jerarquía entre los tribunales internacionales, y aunque hubiera, no habría motivo para permitir que un tribunal internacional resuelva un asunto hacia el futuro para todos los demás órganos arbitrales y judiciales internacionales.<sup>158</sup>

En vista de lo anterior, es posible concluir que en el arbitraje internacional no se aplica una regla formal de *stare decisis*, y los laudos arbitrales no constituyen precedentes obligatorios, dotados de un valor normativo, en la resolución de casos futuros con hechos idénticos o similares. No obstante, como en el caso de los tribunales internacionales, existe una clara tendencia, por parte de los órganos arbitrales internacionales, de tomar en consideración lo resuelto en casos anteriores que versen sobre la misma problemática. Aunque no existe una obligación de seguir lo resuelto en laudos anteriores, en la mayoría de los casos los órganos arbitrales internacionales adoptan sentencias que convergen con lo establecido en casos con hechos similares resueltos por otros tribunales arbitrales internacionales.<sup>159</sup> En todo caso, dichos precedentes poseen un valor informativo o persuasivo que puede resultar útil para los propósitos demostrativos del tribunal que se refiere a los mismos.<sup>160</sup> El otorgamiento de una autoridad meramente persuasiva a lo resuelto en laudos arbitrales previos maximiza la posibilidad, para los árbitros, de mostrar que sus decisiones se insertan correctamente en el desarro-

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> *LET-CO v. Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2.

<sup>158</sup> *GS v. Philippines*, *cit.*, parr. 97.

<sup>159</sup> Reinisch, August, "The Use and Limits of Res Iudicata and Lis Pendens as Procedural Tool to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 3, 2004, p. 13.

<sup>160</sup> Weidemaier, Marc, *op. cit.*, p. 1934.

llo preexistente de las normas jurídicas aplicables al caso. Al mismo tiempo, la autoridad persuasiva, más no normativa, de los laudos arbitrales previos aumenta la credibilidad y legitimidad de los laudos arbitrales y promueve su posterior ejecución por las partes en la controversia.<sup>161</sup> Desde esta perspectiva, aun si no tienen la obligación jurídicamente vinculante de referirse a laudos arbitrales previos, los órganos arbitrales internacionales han asumido una “obligación moral al respecto”: la de crear un ambiente normativo previsible para la resolución de las controversias por medio del arbitraje.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 1936.

<sup>162</sup> Kauffmann-Kohler, Gabrielle, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?: The 2006 Freshfields Lecture”, *Arbitration International*, vol. 23, 2007, p. 374.

## CAPÍTULO TERCERO

### PERSPECTIVAS Y PROSPECTIVAS DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO EN LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

Adelina QUINTERO SÁNCHEZ

#### I. INTRODUCCIÓN

Un aspecto total y sumamente controvertido dentro de los acuerdos para la inversión extranjera es el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, el cual permite al inversionista extranjero demandar al país anfitrión en un tribunal de arbitraje internacional sin necesidad de mediación de su Estado matriz. Este mecanismo ha beneficiado en gran medida a los inversionistas, pero en muchos casos ha acarreado consecuencias nefastas para los países anfitriones. Este sistema nace con la intención de proteger a las empresas que invierten en países extranjeros de medidas corruptas o procedimientos viciados en el caso de presentarse una controversia; no obstante, ha evolucionado para ser un mecanismo que pone a los intereses de las corporaciones transnacionales por encima del propio interés nacional de los países donde se ubican. Asimismo, es imperante mencionar que el mecanismo de solución de controversias propio de los tratados bilaterales de inversión (BIT, por sus siglas en inglés) a partir de algunas décadas es parte recurrente en los tratados de libre comercio de nueva generación, que son una versión moderna y sofisticada de los antiguos acuerdos de amistad, comercio y navegación, más aún cuando las partes cuentan con grados de desarrollo asimétricos.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) fue pionero en incluir la denominada mancuerna inversión-comercio dentro de un tratado comercial, creando una nueva generación de acuerdos comerciales que incluían aspectos más allá del libre comercio, como inversiones. A partir de esto, el “modelo TLCAN” se expandió y ha servido de inspiración

para la mayoría de acuerdos que le sucedieron, y ha suscitado una homologación de contenidos y reglas internacionales para la inversión. No obstante, uno de los puntos que han generado más inconformidad y desacuerdo es el concerniente a la resolución de controversias inversionista-Estado, de ahí que el Acuerdo Comercial entre México, Estados Unidos y Canadá, mejor conocido como T-MEC, que a partir del 1o. de julio de 2020 sustituyó al TLCAN, haya incorporado la experiencia vertida por su antecesor en relación con el proceso arbitral entre inversionistas y Estados y lo haya acotado, modificado y sofisticado.

Hoy en día se puede argumentar la existencia de un régimen internacional para la inversión extranjera, es decir, un cúmulo de reglas, procedimientos y normas para la inversión extranjera emanado de acuerdos sobre la inversión. La homologación de las regulaciones para la inversión existentes en los diferentes acuerdos en materia de inversión, que son prácticamente BIT y tratados de libre comercio (TLC), es lo que ha permitido conformar este régimen. De ahí se desprende que los acuerdos de inversión en general cuenten con una estructura que incluye aspectos que van desde el ámbito de aplicación hasta la solución de controversias. Sin embargo, hay reformas que se están implementado en los acuerdos de inversión recientes para el arbitraje internacional, que podrían marcar un nuevo rumbo para dicho instrumento.

Para fines de esta investigación, nos concentraremos esencialmente en los mecanismos de solución de controversias, y en particular en el de inversionista-Estado. El objetivo principal es analizar las implicaciones del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado como parte de los capítulos dedicados a inversión dentro de los tratados de libre comercio. Para ello se parte de la hipótesis de que la inclusión del arbitraje internacional dentro de los TLC, en su momento, le otorgó una dimensión diferente al amalgamar contenidos de comercio con inversión e incidió en que se utilizara en mayor medida, dejando vislumbrar a través de su aplicación reiterada su potencial nocivo, hecho que ha motivado en parte a la reforma que actualmente está transitando.

## II. LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN COMO PRECURSORES DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

En el marco de la segunda posguerra mundial es donde comienzan a surgir las iniciativas para crear reglas multilaterales para la regulación de la inver-

sión extranjera. No obstante, a diferencia de otros aspectos, no se crea un organismo multilateral de Naciones Unidas para la inversión, por lo que trata de regularse a través de la Carta de La Habana de 1948, que sería el sustento de la Organización Internacional del Comercio (OIC), la cual, dada la negativa del Congreso estadounidense para ratificarla, nunca se creó. El artículo 12 de la Carta de La Habana concerniente a inversión extranjera ya establece ciertos lineamientos de protección para los capitales foráneos en sintonía con la no discriminación y la seguridad. La reflexión general de la Carta en torno a las inversiones es que para que los países puedan captar y retener la inversión extranjera precisan un marco regulatorio que ofrezca seguridad y certidumbre a las inversiones.<sup>1</sup>

Al no ratificarse el instrumento para crear la OIC, lo único que se firmó fue el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), que como su nombre lo expresa es sólo un acuerdo y no una organización internacional, el cual se concentró en el retiro de aranceles y relegó el tema de las inversiones para un momento posterior. Sin embargo, las reglas para la inversión se expandieron a través de su inclusión como parte de los denominados Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación, que aunque nacen a finales del siglo XVIII, se firman principalmente en el transcurso del siglo XIX, primero solamente enfocados en propiciar el libre comercio y la reciprocidad en derechos de navegación y después evolucionan a incluir otros aspectos.<sup>2</sup>

Es a partir de 1945 cuando Estados Unidos comienza a agregar cláusulas para la protección de los capitales extranjeros, con objeto de proteger y promover las inversiones estadounidenses en el exterior, principalmente en países en vías de desarrollo.<sup>3</sup> Sin embargo, aunque Estados Unidos concluye varios de estos acuerdos de forma exitosa con países desarrollados, no logra negociarlos con los países en desarrollo, sumamente reticentes a incluir prerrogativas para la apertura a las inversiones y empresas estadounidenses. De hecho, en los acuerdos de comercio, amistad y navegación que firmó Es-

---

<sup>1</sup> Gutiérrez Haces, Teresa y Quintero Sánchez, Adelina, “Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera”, *Norteamérica*, año 11, núm. 2, 2016, pp. 118-120.

<sup>2</sup> Avella Alaminos, Isabel, “Dos momentos en la evolución de los tratados comerciales de México con Europa en el siglo XIX. El camino hacia la reciprocidad comercial”, *Investigación Económica*, vol. LXII, 2002, pp. 103-128.

<sup>3</sup> Fernández de Gurmendi, Silvia, “Los convenios bilaterales de protección y promoción de las inversiones extranjeras”, *Relaciones Internacionales*, año 2, núm. 3, 1992, p. 35.

tados Unidos con Togo y Tailandia se tuvieron que reducir en gran medida las garantías que requerían los estadounidenses para las inversiones.<sup>4</sup>

Estos acuerdos de amistad, comercio y navegación son un precedente fundamental para la fórmula comercio-inversión dentro de los TLC, ya que reflejan la política pragmática estadounidense, que amalgama temas como el comercio y la inversión extranjera, que tradicionalmente se negociaban por separado.

Más tarde, Alemania inauguró los tratados bilaterales de promoción y protección de las inversiones, al firmar el primero en 1959 con Pakistán. Este tipo de tratados en la parte de protección, responden en mayor medida a la preocupación de los países exportadores de capital de ser víctimas de políticas injustas y discriminatorias por parte de los países anfitriones en desarrollo, así como de expropiaciones abusivas, sin contar con un marco regulatorio justo, por lo que pugnaban por un método para sobrepasar la jurisdicción nacional para la solución de controversias. Mientras que en menor medida, en la parte de promoción, daban respuesta a las preocupaciones expresadas por los países en vías de desarrollo, que deseaban protegerse de invasiones, agresiones o amenazas de potencias extranjeras sustentadas por reclamaciones de daños a sus connacionales dentro de sus territorios o de la explotación de sus recursos nacionales sin beneficio más que para las empresas extranjeras, como históricamente lo habían experimentado.

Así, el contenido clásico de los BIT se estructura sobre los pilares de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida, en complemento con el nivel mínimo de trato justo y equitativo acorde a los parámetros del derecho internacional, que limitan la expropiación, asegurando una pronta y justa compensación e incluyen un mecanismo de solución de controversias Estado-Estado, y en algunos casos inversionista-Estado.<sup>5</sup> Una exigencia recurrente por parte de los países exportadores de capital en consonancia con las elites corporativas era contar con un mecanismo de solución de controversias donde los inversionistas privados pudieran autorrepresentarse frente a un Estado,<sup>6</sup> por lo que en 1965 el Banco Mundial, a través de la Convención para Resolución de Disputas en Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, creó el Centro Internacional para Arreglo de Disputas

---

<sup>4</sup> Dolzer, Rudolf y Magrete, Stevens, *Bilateral investment Treaties*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 3 y 4.

<sup>5</sup> UNCTAD, *International Investment Rule-making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, United Nations, Ginebra, 2008, p. 12.

<sup>6</sup> Nassar, 1994.

sobre Inversiones (CIADI), con la finalidad de solucionar las controversias entre inversionistas y Estados a través de la conciliación o el arbitraje.<sup>7</sup>

El CIADI, al constituirse como un foro exclusivo y hasta ese momento único, de corte supranacional, institucionalizó una forma de arbitraje internacional sui géneris, donde una de las partes es un Estado, y la otra, una empresa privada.<sup>8</sup> Ni siquiera es requisito ser parte firmante del convenio, ya que el Mecanismo Complementario del CIADI acoge demandas de países no miembros. Este hecho es un punto toral para la generalización del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado dentro de los acuerdos de inversión, ya que al vincularlos con el CIADI hace factible el proceso de demanda fuera de las instancias nacionales en un espacio aparentemente neutral.

Hay dos particularidades del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en comparación con la costumbre en derecho internacional. En primera instancia, permiten a un particular, en este caso a un inversionista, demandar en pie de igualdad a un Estado, sin mediación por parte de su país. En otras instancias (por ejemplo, la OMC), sólo los Estados pueden acceder a los paneles para solución de controversias. Y, en segunda instancia, generalmente no se condiciona al inversionista extranjero al previo agotamiento de los recursos internos en el Estado demandado, al contrario de lo estipulado por instrumentos como la Cláusula Calvo, que tiene como principios rectores la igualdad soberana, la no intervención en los asuntos internos de los Estados y el trato igualitario entre extranjeros y nacionales.<sup>9</sup> En algunos de los primeros BIT firmados por países latinoamericanos, como los de Uruguay y los de Perú se exigía como condición *sine qua non* el agotar los recursos internos del país, para poder solicitar el arbi-

---

<sup>7</sup> La creación del CIADI fue fundamental para institucionalizar el arbitraje entre inversionista y Estado, así como para la sofisticación del procedimiento para su implementación. Aparte de este organismo existen otros, donde se pueden dirimir las controversias en materia de inversiones, como la Corte Permanente de Arbitraje, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, entre otras instancias de arbitraje *ad hoc*. Bas Vilizzio, Magdalena, “Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, núm. 5, 2015, p. 235.

<sup>8</sup> Gutiérrez Haces, Teresa y Quintero Sánchez, Adelina, “Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera”, *Norteamérica*, año 11, núm. 2, 2016, p. 121.

<sup>9</sup> La Cláusula Calvo, elaborada en 1968 por el jurista argentino Carlos Calvo, respondió a la búsqueda de defensa por parte de los países en desarrollo a las intervenciones extranjeras, y consagra el derecho soberano de éstos a imponer su interés nacional en sus respectivos territorios. Es por eso que no sólo sirvió de inspiración a diferentes convenios internacionales, sino que fue recogida en varias Constituciones latinoamericanas.

traje internacional de solución de controversias por parte del inversionista extranjero.<sup>10</sup>

Un punto para considerar en este sentido es que el CIADI no es un tribunal arbitral permanente, sino una organización que maneja una lista de árbitros, y para cada caso concreto construye un mecanismo *ad hoc*. El tribunal para cada caso es formado por tres árbitros, cada parte elige uno y el tercero lo denomina el Centro. Asimismo, para que el CIADI pueda dirimir una controversia, ésta debe ser de naturaleza jurídica, y debe existir el consentimiento de las partes a presentar su controversia en este foro. Estas condiciones fueron subsanadas de forma excelente por los BIT, ya que, en su mayoría, en la parte de solución de controversias inversionista-Estado incluyen al CIADI y a su mecanismo complementario como foros válidos para dirimir las disputas.

En sincronía con la creación del CIADI, rápidamente la utilización de los BIT se expandió a toda Europa; principalmente los países exportadores de capital los comenzaron a firmar con sus excolonias africanas o con países en desarrollo, como los asiáticos.<sup>11</sup> Entre 1959 y 1969 ya se habían firmado setenta y dos BIT.<sup>12</sup>

Para los setenta, los BIT ya eran un requisito común de protección de capitales en países con bajo nivel de desarrollo, siendo las partes típicas un país industrializado y uno en vías de desarrollo. En esa década, Suecia y Gran Bretaña ya habían concluido sesenta acuerdos, Francia 48, Holanda 44 y Bélgica-Luxemburgo 34. En suma, los países escandinavos habían concluido setenta acuerdos, e Italia y Austria treinta y dieciséis, respectivamente. Mientras en el otro lado del continente Canadá ya había firmado once.<sup>13</sup>

A finales de los años ochenta, con la expansión de la globalización económica y la caída del muro de Berlín, que representó el finiquito del sistema socialista, nuevos países se insertaron al modelo capitalista neoliberal, como los latinoamericanos y los de Europa del este. Aunado al *boom* de las empresas transnacionales, principalmente de origen estadounidense, no tardó mucho el que dichos países se incorporaran al entramado de la red de BIT, salvo contadas excepciones, aunado a lo cual, varios países inauguraron su propio modelo de BIT, donde Estados Unidos fue el principal artífice, aprovechando su hegemonía y como respuesta al poco éxito obtenido a través de los acuerdos de amistad, comercio y navegación. El modelo estadounidense

<sup>10</sup> Bas Vilizzio, Magdalena, *op. cit.*, pp. 235 y 236.

<sup>11</sup> Fernández de Gurmendi, Silvia, *op. cit.*, p. 37.

<sup>12</sup> UNCTAD, 2008, *op. cit.*, p. 12.

<sup>13</sup> Dolzer, Rudolf y Magrete, Stevens, *op. cit.*, p. 3.

de tratado bilateral de inversiones revolucionó el modelo europeo previo, al adicionar nuevas disposiciones, como la protección al preestablecimiento de la inversión, la prohibición de los requisitos de desempeño<sup>14</sup> y la popularización del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, que pasó de ser la excepción a la regla: sumado a la eliminación de mecanismos encaminados a la promoción del desarrollo a través de la inversión, como la transferencia de tecnología y los procesos de cooperación económica.<sup>15</sup>

Así, el modelo de BIT de Estados Unidos, principal país exportador de capitales y casa matriz de las mayores empresas transnacionales de la época, en el marco de cambio de modelo económico de muchos países en desarrollo que pasaban de economías proteccionistas, como los latinoamericanos, o de modelos socialistas a los de libre mercado, se convirtió en el nuevo estándar. En suma, al hecho de que la etapa en que el financiamiento internacional se daba a partir de préstamos había concluido con la moratoria de la deuda latinoamericana y que no había liquidez por parte de las instituciones financieras internacionales, la inversión extranjera se convirtió en la fuente de capitales por excelencia. Este tipo de acuerdos maximizó la protección a las inversiones, al tiempo que limitó la capacidad de los países receptores para poder controlarlas o vincularlas con su proceso de desarrollo.<sup>16</sup>

A partir de la creación del modelo estadounidense de BIT se aceleró la firma de éstos; aunque Estados Unidos no firmó muchos al principio, en la década de los noventa incrementó su participación en la negociación y conclusión de éstos. Así, mientras en la década de los setenta se firmaron 166 acuerdos de este tipo; es decir, el doble que en la década previa; para la década de los ochenta se habían firmado 386 acuerdos bilaterales de inversión y la mayoría fueron posteriores al fin de la Guerra Fría.<sup>17</sup>

Al inicio del nuevo milenio, más del 90% del espectro de países tanto exportadores como receptores de capitales habían firmado acuerdos bilaterales de inversión. Los países africanos y latinoamericanos, así como los de Medio Oriente, en su mayoría, han sido partícipes en gran medida, mien-

---

<sup>14</sup> Los requisitos de desempeño se refieren a todas las posibles condiciones que un Estado pueda solicitar a las inversiones extranjeras para su establecimiento, desenvolvimiento o salida del país. Estos incluyen desde transferencia de tecnología, contratación de nacionales, encadenamientos productivos con empresas nacionales, entre otros.

<sup>15</sup> UNCTAD 2008, *op. cit.*, pp. 13-19.

<sup>16</sup> Quintero Sánchez, Adelina, "La regulación internacional de la inversión extranjera directa durante la administración de Donald Trump. Una visión histórica", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, 2020, México, pp. 559-589.

<sup>17</sup> UNCTAD, 2008, *op. cit.*, pp. 13-20.

tras los asiáticos se han ido incorporando paulatinamente.<sup>18</sup> En el periodo que va de 1989 al 2000, se firmaron y ratificaron más de dos mil acuerdos en materia de inversión extranjera, entre tratados bilaterales y TLC.<sup>19</sup> No obstante, también hay muchos países, como Sudáfrica, Ecuador, Brasil e India, que comenzaron a poner en duda el equilibrio dentro de los acuerdos, así como sus posibles beneficios, en especial, cuestionando la inclusión y el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

El caso de China es sumamente interesante, ya que dado su modelo socialista se abstuvo mucho tiempo de ser parte del mundo de los BIT, pero después de las reformas de 1978 se convirtió en uno de los países más activos dentro del régimen internacional para la inversión extranjera. En poco más de cuatro décadas China se posicionó como el segundo país con más BIT, únicamente tras Alemania, los cuales ascienden a 129 tratados bilaterales de inversión y diecinueve instrumentos internacionales para regular la inversión, entre los que la mayoría son tratados de libre comercio.<sup>20</sup>

China ha mantenido una actitud crítica frente a algunos aspectos de los BIT, principalmente ante el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado,<sup>21</sup> a pesar de lo cual, muchos de los acuerdos que ha concluido guardan una similitud impresionante con el modelo estadounidense, incluyendo dicho mecanismo.<sup>22</sup>

No obstante, ha desarrollado un modelo más flexible, donde se limita y condiciona el uso del mecanismo de solución de controversias, el cual aplica con sus vecinos y principales socios, especialmente los que son parte de la Asociación de Naciones de Sudeste Asiático.

---

<sup>18</sup> Dolzer, Rudolf y Magrete, Stevens, *op. cit.*, pp. 4-6.

<sup>19</sup> Los BIT pasaron de menos de cuatrocientos antes de los noventa a más de 2,000 al principio del siglo XXI, pues de acuerdo con cifras de la UNCTAD, para 2005 ya se habían firmado 2,392. Además de que en los noventa se registraron cambios en las legislaciones de más de sesenta estados en materia de IE, de los que el 94% estaban encaminadas a favorecerla. UNCTAD, 2008, *op. cit.*, pp. 20-22.

<sup>20</sup> El primer país con más BIT en vigor es Alemania, con 135, el segundo China con 129, y el tercer puesto lo ocupa Suiza, con 114, seguido muy de cerca por Gran Bretaña y Francia con 106 y 104, respectivamente. UNCTAD (2019a), *World Investment Report 2019*, United Nations, Ginebra.

<sup>21</sup> Talavera, Luis Daniel y Fontoura Costa, José Augusto (2016), “Repúblicas bolivarianas e o ICSID: será que o inimigo não é outro?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 189-212.

<sup>22</sup> Sauvart, Karl P. y Nolan, Michael D., “China’s Outward Foreign Direct Investment and International Investment Law”, *Journal of International Economic Law*, Oxford, 2015.

Un punto relevante en otro espacio geográfico, América Latina, es que existía una larga tradición de oposición hacia las normas internacionales para la protección de la inversión extranjera, consecuencia de las intervenciones sufridas en sus territorios por parte de las potencias en busca de reclamos sustentado en pérdidas económicas, por lo que en consonancia con la Cláusula Calvo los países latinoamericanos intentaron crear normas internacionales que minimizaran la posible intromisión en sus asuntos internos. La inclusión de las regulaciones para la inversión extranjera como parte de los acuerdos de libre comercio fue un punto crucial para cambiar esa tendencia, aunado a la transición de modelo económico a uno más neoliberal, por parte de muchos países.

Países, como Argentina, firmaron múltiples acuerdos para la inversión extranjera en la década de los noventa, a pesar de los cual, posteriormente diversos Estados latinoamericanos han cuestionado estas acciones y tomado medidas para revertirlas, en algunos casos extremas, como las de Bolivia, de Ecuador y de Venezuela, que se retiraron del CIADI y denunciaron una gran cantidad de BIT.

### III. DEL CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE AL XIV DEL TRATADO ENTRE MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ. DETONADOR PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El TLCAN se inspiró en las negociaciones y resultados de la Ronda de Uruguay, que dio origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC), que siguiendo el espíritu de los Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación incluyeron tres acuerdos que relacionan al comercio con los mecanismos de protección a la inversión extranjera, donde el más importante es el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionados con el Comercio (TRIM, por sus siglas en inglés). Estos acuerdos son muy relevantes en el sentido que llevan a un nivel multilateral la mancuerna comercio-inversión y reconocen el papel protagónico de las empresas transnacionales como vehículos por excelencia del capital internacional.

Asimismo, el TLCAN retomó y absorbió al Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALCCEU) de 1989, que aunque ya contenía un capítulo para inversiones no contaba con un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

La culminación del TLCAN en 1994 constituyó un parteaguas en la historia de los acuerdos internacionales comerciales, al revolucionar no sólo su

contenido, sino también el tipo de miembros que lo signaron. Fue el primer TLC en la historia que se negoció con miembros totalmente asimétricos en sus niveles de desarrollo en pie de igualdad e incorporó los denominados temas conexos a la inversión, como propiedad intelectual, compras del sector gubernamental e inversiones, aunado al hecho de que incluyó un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado propio únicamente de los BIT. Así, el TLCAN se convirtió en un tratado pionero e inédito, al incluir este mecanismo, que permite a los inversionistas en condiciones de igualdad, autorrepresentarse y demandar directamente al Estado anfitrión, sin necesidad de la mediación de sus países y fuera de las legislaciones nacionales, aunque sin contemplar la posibilidad de que un Estado entable una demanda en contra de una empresa transnacional.<sup>23</sup> Como señala el jurista Bernardo Sepúlveda, vulnera la soberanía nacional y rompe definitivamente con los principios de la Cláusula Calvo y de la Carta de Deberes y Derechos Económicos de los Estados (1997).

Es preciso reconocer que el tratado entre los tres países norteamericanos colocó un énfasis muy marcado a las inversiones, por lo que incluyó una extensa y comprensiva regulación para la misma, superando el contenido de muchos de los BIT firmados por países latinoamericanos hasta ese momento.<sup>24</sup> Tal como enfatizan Antonio Belaurde Moreyra y Gregorio Vidal, la implicación más relevante para México al firmar el tratado fue la concerniente a inversión extranjera. Hay que recordar que México había rechazado en varias ocasiones y en diferentes momentos históricos la firma de un BIT con Estados Unidos, en respuesta a su visión nacionalista y al discurso de la elite gubernamental, que observaba a la inversión como un mecanismo de intrusión y de explotación de recursos para beneficio de los extranjeros.

Ahora bien, el capítulo XI del TLCAN reprodujo el modelo estadounidense de BIT, aunque con algunos ajustes y de modo detallado y extenso en algunos puntos. Su contenido se puede sintetizar de la siguiente manera:

- Trato a la inversión: concepto amplio de inversión, que no distingue entre inversión directa o inversión indirecta, aunado a las cláusulas de trato nacional, de nación más favorecida y de nivel mínimo de trato.
- Protección de las inversiones: prohibición de expropiación o me-

---

<sup>23</sup> Melgar Manzanilla, P. y Quintero Sánchez, A., “The impact of NAFTA Chapter XI on Mexico”, *Opción*, año 34, núm. especial 14, 2018, pp. 1655-1683.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 1663 y 1664.

didadas equivalentes, prohibición de los requisitos de desempeño y garantía de libre transferencia.

- Solución de controversias: incluye el nivel clásico de solución de controversias entre Estados y el de inversionista-Estado.

De acuerdo con el TLCAN, el espíritu del capítulo XI era brindarle certidumbre, seguridad jurídica y rendimientos a los inversionistas. Para este propósito se creó un mecanismo arbitral especial para prever y resolver las controversias entre un inversionista y un Estado parte, cuando el primero considerara que se estaban vulnerando sus derechos consagrados en este capítulo. No obstante, este mecanismo fue uno de los puntos más controvertidos dentro del tratado, desde su inclusión dentro del acuerdo hasta su funcionamiento posterior al ponerse en marcha.

El tratado otorgaba al inversionista la capacidad de elegir entre los tribunales nacionales o el arbitraje internacional, donde un método excluía al otro definitivamente. El CIADI, así como su mecanismo complementario, junto con la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), eran las instancias donde se podía presentar la demanda.

En cuanto al derecho aplicable a la controversia, el tribunal arbitral decidirá de acuerdo con el texto del TLCAN y con las disposiciones aplicables del derecho internacional. Finalmente, en lo que concierne al laudo arbitral, éste será obligatorio, y podrá considerar el pago de daños pecuniarios más los intereses correspondientes, inclusive la restitución de la propiedad; mas no podrá imponer el pago de intereses punitivos (TLCAN, artículo 1116).

Las disposiciones establecidas en el tratado trilateral constituyeron un paso más de los países poseedores del capital, por imponer condiciones a los países receptores en vías de desarrollo y resguardar los intereses de sus empresas transnacionales. De ahí que el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado haya sido un punto neurálgico. No obstante, su aplicación puso de manifiesto las lagunas en el acuerdo, así como los abusos que podía suscitar, y esto se consideró para el capítulo XIV del T-MEC.

La estructura de los diferentes capítulos del TLCAN fue estratégica, al crear una red que se comunica y se refuerza entre cada apartado para brindar protección a las empresas extranjeras y a sus inversiones desde todos los flancos. Por ejemplo, el capítulo sobre propiedad intelectual protege a la tecnología y la *know how* de las empresas transnacionales acorde con la eliminación de requisitos de desempeño, mientras el apartado de compras del sector gubernamental permite participar en compras del gobierno na-

cional sin discriminación, como establece el trato nacional. Sin embargo, todo el entramado entre capítulos y disposiciones no tendría sentido sin el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, el cual representa la piedra angular que otorga certidumbre jurídica al crear un espacio para demandar y exigir resarcimiento en caso de violaciones al acuerdo. Como señala Gustavo Vega Cánovas, el capítulo XI se sustentó en dos intereses estadounidenses: pulverizar las restricciones que pudiera haber para el establecimiento de sus inversiones tanto en territorio mexicano como canadiense y asegurar la mayor protección posible a éstas. Sin embargo, esto sólo contó con el apoyo de sus elites corporativas, en la medida en que las distintas disposiciones creadas para proteger sus intereses pudieran exigir su cumplimiento y sancionar en caso de violación, mediante un mecanismo de resolución de disputas efectivo que ellos pudieran activar directamente.<sup>25</sup>

El T-MEC que entró en vigor a partir del 1o. de julio de 2020 y reemplazó al TLCAN reproduce hasta cierto punto la estructura y los contenidos de su antecesor en materia de inversiones, aunque agrega aspectos que sofistican los contenidos, amplía la protección a los inversionistas extranjeros y limita el uso del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado. El capítulo XIV del T-MEC tiene la misma estructura temática del capítulo homólogo del TLCAN, aunque con algunos agregados, como el relacionado con la responsabilidad social corporativa, las precisiones con relación a conceptos y alcances, así como la mayor transparencia de los procesos arbitrales.

En específico, sobre el mecanismo de solución de controversias, hay dos cambios sustanciales. Uno es que las empresas propiedad del Estados son susceptibles de ser demandadas, retirando el fuero que brindaba el TLCAN, y otro es que se acotan las opciones para invocar el recurso de un tribunal *ad hoc*, a excepción de lo marcado en el anexo 14-E. El capítulo de inversiones limita el procedimiento arbitral, ya que los inversionistas podrán recurrir a un procedimiento de esta naturaleza únicamente por violaciones a las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida, salvo con respecto al establecimiento o la adquisición de una inversión, o por motivo de expropiación directa, sin contemplar la expropiación indirecta, que fue un motivo recurrente para demandas sin sustento dentro del TLCAN.<sup>26</sup> Asimismo, se precisa que ninguna reclamación será sometida a arbitraje sin que primero se haya iniciado una demanda ante un tribunal judicial o administrativo

---

<sup>25</sup> Cánovas Vega, Gustavo, XIX.

<sup>26</sup> Artículo 14.D.3).

competente de la parte demandada con relación a la presunta violación,<sup>27</sup> situación que tácitamente reconoce la jurisdicción de los tribunales nacionales y reduce la protección de las empresas extranjeras ante el país anfitrión. Sin embargo, este avance queda empañado por el anexo 14-E.

El anexo referido anteriormente crea una excepción sobre los límites del arbitraje como solución de controversias inversionista-Estado, para los contratos con empresas paraestatales, los contratos en sectores estratégicos, es decir, energía, generación de electricidad, transporte, telecomunicaciones e infraestructura, así como para las empresas involucradas en estos estratos. Así, los inversionistas en estos rubros pueden demandar a causa de violaciones a cualquier disposición dentro del capítulo sin agotar las instancias internas del país receptor. Si se considera que un alto porcentaje de demandas entabladas contra países en desarrollo caen dentro de esta categoría, este anexo representa un riesgo potencial para México de ser objeto de múltiples demandas, pues el capítulo XIV en su conjunto minimiza el riesgo de demandas en contra de Canadá y Estados Unidos.

Ahora bien, a sabiendas de los pocos beneficios que puede generar la firma de un acuerdo como el TLCAN o el T-MEC para los países en desarrollo, hay que cuestionarse qué los ha motivado a implementarlos. Al parecer, la respuesta estriba en que con tal de acceder a los grandes mercados internacionales, como el estadounidense, el europeo, o más recientemente el chino, han estado dispuestos a ofrecer toda la apertura y protección a las empresas transnacionales. Entonces, el hecho de conjuntar inversión con muchos otros temas dentro de un TLC a partir del TLCAN catapultó al mecanismo de solución de controversias a una dimensión distinta. Las suscripciones al CIADI y la utilización de su arbitraje para resolver controversias se elevaron de forma considerable a partir de 1994.<sup>28</sup>

Ahora bien, después de considerar la relevancia que la inclusión del mecanismo de solución de controversias entre inversionista y Estado revisió a partir del TLCAN, es imprescindible hacer hincapié en la experiencia que ha dejado su puesta en marcha. Los veinticuatro años de vigencia del tratado dejaron una plétora de lecciones en cuanto a los vicios, defectos y consecuencias de la aplicación del arbitraje entre empresas transnacionales y Estados, como se revisará en el siguiente apartado.

El “modelo TLCAN” que se generó tras la entrada en vigor del mismo refleja la trascendencia del tratado, al ser la base en estructura, apertura y exigencia para muchos otros acuerdos subsiguientes, principalmente, donde

<sup>27</sup> Artículo 14-D.5).

<sup>28</sup> UNGTAD (2019a), *World Investment Report 2019*, Ginebra, United Nations, p. 103.

Estados Unidos es una de las partes. No obstante, muchos de los acuerdos posteriores no reprodujeron de forma fiel los contenidos del TLCAN, sino que lo superaron, ya que retomaron la propuesta de las negociaciones fallidas de la Ronda de Singapur de la OMC en torno a los denominados “nuevos temas”, que pretendían llevar a otro nivel las regulaciones emanadas de los acuerdos previos, como los TRIM, e incluir nuevas protecciones en materia de inversión y compras del sector gubernamental.<sup>29</sup>

Por otra parte, muchos acuerdos también han tomado las lecciones emanadas de la aplicación del mecanismo de solución de controversias en el TLCAN, y ajustaron, limitaron y detallaron el mecanismo de solución de controversias, como el propio T-MEC o el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTTP, por sus siglas en inglés) en donde actualmente se encuentra suspendido.

#### IV. CASOS Y RESULTADOS DE APLICACIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

A inicios del nuevo milenio se convergió hacia una mayor homologación de los contenidos en los acuerdos para la inversión, conformando el régimen internacional de protección a la inversión extranjera, por lo que, de acuerdo con la UNCTAD, la mayoría de acuerdos prevén el arbitraje internacional del CIADI o de la CDUDMI, como forma de solución de disputas (2010).

De forma paralela al aumento de acuerdos de inversión, también se incrementaron drásticamente las controversias entre inversores y Estados. No fue hasta 1987 cuando se comenzó a utilizar en realidad el arbitraje internacional, y fue después de 1994, año de entrada en vigor del TLCAN, cuando se inició una escala vertiginosa de su aplicación, pasando de menos de diez casos a más de cincuenta a inicios del nuevo milenio. Para 2012 eran 608 casos, y para 2018 se llegó a 942 casos acumulados, que han involucrado a 117 países, y la mayoría de las demandas han sido iniciadas por empresas

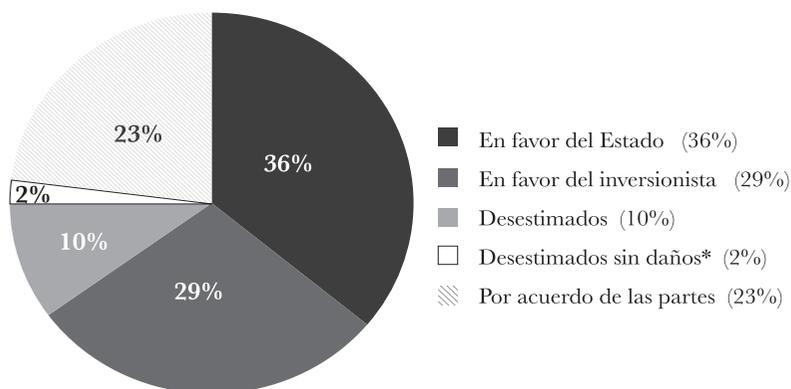
---

<sup>29</sup> En la Primera Reunión Ministerial de la OMC, celebrada en diciembre de 1996 en Singapur, ya había entrado en vigor el TLCAN, y Estados Unidos trató de extender su avance en el ámbito multilateral, por lo que a través del *green room* se colocaron en la cima de la agenda de negociación los cuatro temas que les eran prioritarios a los países desarrollados, los que desde entonces se conoce como los temas de Singapur: políticas de competencia, compras gubernamentales, inversiones y facilitación de comercio. Sin embargo, no se avanzó en ellos, ya que sólo eran reflejo de los intereses de una parte muy reducida de los miembros de la organización. Este hecho no significa que se hayan retirado de la mesa de negociación, puesto que han regresado una y otra vez, como consecuencia de la insistencia de los Estados desarrollados que los consideran fundamentales.

de países desarrollados en contra de países en vía de desarrollo, con casi la mitad de ellas en el contexto de un TLC.<sup>30</sup>

En el periodo que va de 1987 a 2018, los países más demandados han sido Argentina (60), España (49), Venezuela (47), República Checa (38), Egipto (33), México (30), Polonia (30), Canadá (28), India (24), Rusia (24), Ecuador (23) y Ucrania (23). Mientras que los países de las empresas que más han demandado son Estados Unidos (174), Países Bajos (108), Gran Bretaña (78), Alemania (62), España (50), Canadá (49), Francia (49), Luxemburgo (40), Italia (37), Turquía (33), Suecia (32) y Chipre (26) (UNCTAD, 2019c:2-3). Estos datos permiten observar que los inversionistas de los países en desarrollo son los que más demandas han interpuesto, mientras que los países menos desarrollados son los que han tenido que defenderse en los tribunales arbitrales internacionales en mayor número de ocasiones.

Resultado de casos concluidos, 1987-2018 (en porcentaje)



FUENTE: elaboración propia con datos de UNCTAD, 2019a: 104.

\* No se decidieron a favor de ninguna parte y sin costos.

No obstante que según la UNCTAD, en el 36% de los casos los resultados han favorecido al Estado demandado, es relevante observar, como muestra la anterior gráfica, que en un porcentaje muy cercano y elevado también, el 29% de las empresas han ganado las demandas, y se les ha tenido que compensar. Además, en los casos que se resolvieron a favor del Estado, aproximadamente la mitad fueron desechados por falta de jurisdicción. Al

<sup>30</sup> Sólo en 2018 se iniciaron 71 nuevos casos, siendo Colombia el más demandado, con seis casos conocidos, seguido por España con cinco, siendo las empresas que más demandaron las de origen estadounidense y ruso (UNCTAD, 2019:102 y 103).

observar la totalidad de las decisiones sobre el fondo (es decir, cuando un tribunal determinó si la medida impugnada incumplió alguna de las obligaciones sustantivas del acuerdo), aproximadamente el 60% se decidió a favor del inversor y el resto a favor del Estado.<sup>31</sup>

Así también se precisa saber, por una parte, que el porcentaje que favorece a los inversionistas va en aumento; por ejemplo, en 2018 más del 70% de los fallos arbitrales favorecieron al inversionista, y, por otra, que las compensaciones solicitadas por las empresas han aumentado considerablemente, actualmente se ubican en el rango de tres millones de dólares a quince mil millones de dólares,<sup>32</sup> mientras que en 2010 estaban en el rango de entre ocho millones de dólares a 2.5 mil millones de dólares.<sup>33</sup>

En relación con los árbitros, se observa que de las 537 personas que han participado en los 942 casos conocidos, más de la mitad han servido en más de un caso, y catorce han sido nombrados para más de treinta casos cada uno.<sup>34</sup> Esta situación refleja que no hay la suficiente rotación de árbitros para garantizar la neutralidad e imparcialidad requeridas.

El TLCAN es una referencia imperdible para determinar los resultados del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado dentro de un TLC, en principio porque fue el primero en incluirlo, y en segundo, por haber sido uno de los tratados con más demandas: 63, sin contabilizar las que se desecharon o se solucionaron por medios alternos.<sup>35</sup>

México, como el sexto país más demandado del mundo, fue llevado a arbitraje en once ocasiones en el marco del TLCAN, y ha tenido pérdidas incontables como resultado. Ejemplos de ello son el caso de la empresa Metalclad, donde el laudo fue contra el gobierno mexicano, y se le condenó a pagar 16.5 millones de dólares por daños a la empresa, derivados de la decisión del gobierno de Guadalcázar, San Luis Potosí, de cerrar un vertedero de desechos tóxicos que filtraba sus aguas subterráneas. En 2008, otros dos fallos de los árbitros ordenaron a México a pagar 58 millones de dólares a la empresa estadounidense Corn Products International, y 37 millones a Archer Daniels Midland Corporation, en ambos casos por la imposición por parte del gobierno, de impuestos a bebidas endulzadas con jarabe de

<sup>31</sup> UNCTAD (2019c), Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018, *IIA Issues Note*, United Nations, Ginebra, p. 4.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> UNCTAD (2010), *Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, Nueva York, UNCTAD, pp. 14-16.

<sup>34</sup> UNCTAD, 2019c, *op. cit.*, p. 5.

<sup>35</sup> UNCTAD, 2019a, *op. cit.*, p. 103.

maíz alto en fructuosa, relacionadas con las políticas para atacar problemas de salud derivados del aumento en la obesidad de la población y los niños.<sup>36</sup>

Otro caso en América del Norte es el de la empresa canadiense de gas y petróleo Lone Pine, que en 2013 inició una demanda contra su propio gobierno bajo el amparo del TLCAN y una sociedad pantalla en Delaware. El caso se suscitó a partir de que la provincia de Quebec aprobó la Ley 18, que revocaba los permisos para la extracción de gas y petróleo por debajo del río San Lorenzo, en consideración al impacto ambiental que estaban provocando las acciones extractivas, y en particular el *fracking*.<sup>37</sup> La empresa, alegando una revocación arbitraria, caprichosa e ilegal de sus concesiones de explotación de gas y petróleo bajo el río, aunque le faltaban aún permisos, demandó solicitando una indemnización de 109.8 millones de dólares más intereses. El caso aún se encuentra pendiente de resolución.<sup>38</sup>

*Bilcon vs Canadá* es otro caso muy ilustrador, ya que la empresa estadounidense Bilcon inició una demanda contra el gobierno canadiense argumentado discriminación y violación del principio del nivel mínimo de trato al amparo del TLCAN. Esto, después que la empresa adquiriera derechos para construir una cantera y una terminal marítima en Nueva Escocia, con la intención de extraer y triturar basalto, sin poderlo realizar, ya que la zona se encontraba en un área costera ecológicamente delicada. Después de que el proyecto fue evaluado por un panel de revisión conjunta creado por la provincia junto con el gobierno canadiense para evaluar el impacto ambiental, se determinó que era improcedente.<sup>39</sup> En 2007, tanto Nueva Escocia como Canadá rechazaron el proyecto debido a sus potenciales efectos nocivos contra el medio ambiente. Entonces Bilcon demandó al Estado en el CNUDMI y obtuvo siete millones de dólares más intereses, de los trescientos millones solicitados, ya que el tribunal falló a su favor.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Quintero Sánchez, Adelina (2017), “Retos y disyuntivas del proceso de negociación y entrada en vigor del Acuerdo de Asociación Transpacífico (ATP): un estudio crítico de caso”, en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos (coord.), *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México*, México, UNAM, pp. 313 y 314.

<sup>37</sup> Fractura hidráulica, método a través del cual se extrae petróleo superficial de la tierra por medio de grandes cantidades de agua a elevada presión. Método altamente contaminante para la tierra, el agua y los depósitos subterráneos.

<sup>38</sup> Centro de Políticas de Inversión (2019), *Lone Pine v. Canada* (caso CIADI No. UNCT/15/2), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/547/lone-pine-v-canada>.

<sup>39</sup> Canadian Centre for Policy Alternatives *et al.*, 2016, p. 31.

<sup>40</sup> Davis, Mariquita (2015), “Tribunal de la CNUDMI concluye que evaluación ambiental conducida por Canadá violó el nivel de trato mínimo conforme al derecho internacional y el estándar de trato nacional”, *Investment Treaty News*, IISD, disponible en: <https://www.iisd>.

El caso de Canadá es uno más en la lista de demandas hechas por empresas mineras, que es uno de los sectores que más demandas han entablado alrededor del mundo, siendo 52 casos los que aún tienen en proceso. De los 44 casos resueltos hasta 2016, obtuvieron indemnizaciones por un total de 53 mil millones de dólares. Negar o revocar permisos por cuestiones ambientales, violación a derechos humanos o protección de comunidades indígenas han sido detonadores de demandas en centros de arbitraje internacional. Los gobiernos de Bolivia, Indonesia, Mongolia, Perú y Sudáfrica han enfrentado costosas demandas después de tomar medidas para combatir el fraude dentro de la industria minera, hacer que las compañías mineras cumplieran con una limpieza de contaminación acordada y remediar la discriminación. Indonesia y Sudáfrica eventualmente bajaron los estándares ambientales para evitar tales demandas.<sup>41</sup>

En otro continente, un fallo reciente (2018) de un tribunal de la Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en inglés) condenó a Libia a pagar cincuenta millones de dólares a la empresa turca Cengiz por daños a sus sitios de construcción. La empresa estaba desarrollando proyectos de infraestructura que sufrieron daños por la guerra civil en Libia, y entabló una demanda en 2016 en contra del gobierno por no proteger su propiedad en el marco del BIT Turquía-Libia.<sup>42</sup>

Estos ejemplos revelan que más allá de pagar cuantiosas sumas por procedimiento arbitrales y por reparación de las empresas extranjeras, en caso de pérdida de la demanda, son instrumentos que van en contra del soberano derecho de los Estados de regular a favor del bienestar público el medio ambiente, la salud o el interés nacional, en virtud de buscar el desarrollo nacional. Asimismo, pueden sancionar al país por situaciones fuera de su alcance, como una conflagración civil. En síntesis, las medidas públicas legítimas pueden derivar en demandas y pérdidas millonarias.

En otra parte de Latinoamérica podemos citar el caso de la empresa Philip Morris contra Uruguay, que comienza cuando en 2010 el gobierno uruguayo decidió aumentar el tamaño de la fotografía en los paquetes de cigarrillos, sobre lo nocivo de fumar y restringió a las tabacaleras a vender sólo un producto por marca. Aunque estas acciones eran con la intención de internalizar los compromisos contraídos en el Acuerdo Antitabaco de la

---

*org/itn/es/2015/05/21/uncitral-tribunal-finds-canadas-environmental-assessment-breached-international-minimum-standard-of-treatment-and-national-treatment-standard-clayton-bilcon/.*

<sup>41</sup> Olivet, Cecilia et al., *Signing away sovereignty: How investments agreements threaten regulation of the mining industry in the Philippines*, Alyansa Tigil Mina, Focus on the Global South and Transnational Institute, Amsterdam-Manila, 2016, pp. 11-14.

<sup>42</sup> Award-7 Nov 2018.

Organización Mundial de la Salud, la empresa demandó bajo el amparo del BIT Suiza-Uruguay solicitando un monto de veinticinco millones de dólares por los siguientes argumentos: denegación de justicia, expropiación, violación de la cláusula de trato nacional y limitación de ganancias.<sup>43</sup> El 8 de julio de 2016, el tribunal del CIADI emitió su fallo a favor de Uruguay, obligando a la empresa a pagar los gastos del demandado y del tribunal.<sup>44</sup>

En el último caso el fallo favoreció al Estado; no obstante, existen muchos otros casos donde aunque el arbitraje no fructifique, se desestime o se arregle por convenio entre las partes, tanto el demandado como el demandante corren con los gastos invertidos en el proceso; entonces, significa que los costos por arbitraje son sumamente elevados independientemente de los resultados. Los costos de defender los reclamos de tratados presentados por los inversionistas pueden ser significativos. Los estudios han estimado que a cada parte contendiente le cuesta aproximadamente cinco millones de dólares, por caso en promedio, cubrir los honorarios legales y los costos del tribunal arbitral. Dado que se trata de cifras promedio, hay, por supuesto, ejemplos de disputas en las que los costos son más bajos y en los que son más altos. En trece de los 56 casos del CIADI concluidos entre 2011 y 2015, los gastos legales del demandado fueron inferiores a un millón de dólares, pero en algunos casos los costos han excedido ampliamente los cinco millones de dólares. En las disputas de arbitraje de Yukos, por ejemplo, los costos del Estado demandado fueron de veintisiete millones de dólares, y los costos del demandante, de aproximadamente ochenta millones. Además, en el caso de *Libananco vs Turquía*, los costos del demandado fueron de casi 36 millones de dólares, mientras que los del demandante fueron de aproximadamente veinticuatro millones de dólares.<sup>45</sup>

Todos los puntos anteriores apuntalan al hecho evidente de que los juicios por arbitraje han favorecido mayoritariamente a las empresas transnacionales, socavando el derecho soberano de los Estados y vulnerando a sus poblaciones; además de que implican costos millonarios que no favorecen a nadie, sin soslayar el hecho de que duran años en solventarse, creando una fractura insalvable entre el inversionista y el Estado receptor, contrario a lo que se desea en los objetivos de los acuerdos de inversión, situación que

---

<sup>43</sup> En el mismo sentido, y por las mismas causas, también la empresa intentó demandar al gobierno de Australia; no obstante, fue desechada por el tribunal, al considerar había existido abuso de derecho, dado que cuando la empresa invirtió en el país, aún no se había materializado el procedimiento de arbitraje (ICSID, case No. ARB/10/7).

<sup>44</sup> ICSID, case núm. ARB/10/7.

<sup>45</sup> Johnson, Lise *et al.*, *Costs and Benefits of Investment Treaties. Practical Considerations for States*, Columbia, Policy Paper March, Columbia Center of Sustainable Investment, 2018, p. 11.

muchos países de diversas latitudes han estado evaluando y han tomado en muchos casos medidas para mejorarla.

El CIADI, como principal institución donde se dirimen las controversias en materia de inversiones internacionales, ha sido sumamente criticado por sus procedimientos, sus estatutos y sus arbitrajes en general. Algunos países, como Venezuela, Ecuador y Bolivia, en algún momento lo catalogaron de antidemocrático, parcial y en contubernio con las elites empresariales. Por esta situación, tomaron acciones extremas al denunciar al organismo y dejar de ser parte de él.<sup>46</sup>

De acuerdo con la UNCTAD, desde 2012 se comenzó a hablar de la reforma del régimen de protección a la inversión extranjera, donde una parte sustancial es el arbitraje internacional. Así que se estima que, de algunos años para acá, existe una nueva generación de acuerdos de inversión, con reformas relevantes para el mecanismo de solución de controversias; mientras otros acuerdos viejos se están revisando o modificando, como puede ser el caso del TLCAN, ahora T-MEC y el TLCUEM.<sup>47</sup>

Los acuerdos de inversión recientes han implementado un gran número de reformas, donde la mayoría se concentran en el arbitraje internacional, aparte de las reformas que indirectamente repercuten en el mecanismo. Según la UNCTAD, en su mayoría las reformas pueden agruparse en cinco vertientes de transformación hacia el mecanismo de arbitraje internacional: 1) las que ya no lo incluyen, 2) las que incluyeron un tribunal permanente, 3) las que limitaron el mecanismo, 4) las que mejoraron el procedimiento y 5) las que no lo reformaron.<sup>48</sup> Los BIT entre Brasil con Etiopía, Guyana y Surinam, respectivamente, ya no cuentan con la opción al arbitraje internacional, mientras que en el CPTTP, el mecanismo se encuentra suspendido. El Acuerdo para la Protección a la Inversión (IPA, por sus siglas en inglés) entre la Unión Europea y Singapur, así como todos los demás acuerdos de inversión firmados por la Unión desde 2015, son ejemplos del caso 2, por lo que incluyen un tribunal arbitral permanente. Los BIT Argentina-Japón, Argentina-Emiratos Árabes Unidos, Armenia-Japón, Japón-Emiratos Árabes Unidos, Australia-Perú, Bielorrusia-India, Kazajistán-Singapur, entre otros, son ejemplos de acuerdos que limitan el uso del arbitraje. Existen también cuantiosos ejemplos de acuerdos que mejoraron el procedimiento, como los BIT Argentina-Japón, Argentina-Emiratos Árabes Unidos, Arme-

<sup>46</sup> Talavera, Luis y Fountoura Costa, *op. cit.*, pp. 191 y 192.

<sup>47</sup> UNCTAD, 2019a, *op. cit.*, pp. 104-115.

<sup>48</sup> UNCTAD (2019d), "Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking", *IIA Issues Note*, Ginebra, United Nations, p. 2.

nia-Japón y Bielorrusia-India. Algunos acuerdos, como el TLC entre Centroamérica y la República de Corea, el TLC Singapur-Siri Lanka y T-MEC, son ejemplos que entran tanto en categoría 3 como en la 4.<sup>49</sup> Finalmente, hay otros acuerdos de inversión recientes, donde el arbitraje permanece sin modificaciones, como el BIT Kazajistán-Emiratos Árabes Unidos y los BIT de Malí con Turquía y Emiratos Árabes Unidos, respectivamente.

El caso de la Unión Europea merece un espacio aparte, ya que en 2014 se decidió crear un sistema de tribunales de inversiones (ICS, por sus siglas en inglés), como parte de su sistema institucional supranacional, que “deja claro que los gobiernos conservan su derecho a legislar y a alcanzar objetivos legítimos en materias como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública y la promoción y protección de la diversidad cultural”. De acuerdo con la Unión Europea, el ICS se inspira en tribunales internacionales públicos, contiene un tribunal de primera instancia y uno de apelación, tiene jueces profesionales e independientes y es transparente,<sup>50</sup> aunque para algunas ONG el ICS sigue conservando espacios para la ambigüedad, como en relación con el “trato justo y equitativo”, y dejan la carga de la prueba al Estado para demostrar que sus acciones son necesarias, no discriminatorias y legítimas. Además, introduce un concepto novedoso explícito, que es de “expectativas legítimas”, que aunque se limita a las que vayan precedidas a una representación del Estado, puede ser un motivo de demandas.<sup>51</sup>

Del universo de reformas en los acuerdos de inversión en relación con el aspecto geográfico, se puede apreciar que incluyen a países de diversos grados de desarrollo y de distintas regiones del mundo. Sin embargo, más allá de eso se puede advertir que hay países, como es el caso de Emiratos Árabes Unidos o China, que firman distintos tipos de tratados, de acuerdo con la contraparte. Por ejemplo, China firma BIT que incluyen el mecanismo de arbitraje a la usanza del modelo estadounidense con países latinoamericanos y africanos, mientras firma acuerdos que limitan el arbitraje y/o lo mejoran con los países del sudeste asiático.

Para finalizar, es preciso reconocer que se han dado pasos, indiscutiblemente en el sentido de mejorar, hacer más objetivo y restarle opacidad al arbitraje internacional, pero aún hay un arduo camino por recorrer para

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 6-8.

<sup>50</sup> Comisión Europea (2019), “Comercio: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma la compatibilidad del Sistema de Tribunales de Inversiones con los Tratados de la UE”, Comunicado de prensa, Bruselas, disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_19\\_2334](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_2334).

<sup>51</sup> Canadian Centre for Policy Alternatives *et al.*, 2016.

arribar a un régimen internacional que no sólo proteja a los inversionistas, sino también a los países anfitriones, y en cierta medida coadyuve al desarrollo nacional. Se requiere un sistema de arbitraje inversionista-Estado más equilibrado, que permita también entablar demandas contra las empresas cuando violenten derechos humanos, no cumplan con las normativas ambientales o propicien movimientos políticos adversos al Estado. Asimismo, debe codificarse el derecho en un instrumento internacional como parte de algún organismo de Naciones Unidas para darle peso a un régimen internacional mejorado y universal.

## V. CONCLUSIONES

Es evidente que desde el surgimiento de los acuerdos bilaterales de inversión, hasta su tácita inclusión dentro de los tratados de libre comercio, el derecho para las inversiones ha evolucionado significativamente. Las disposiciones para regular la inversión extranjera se han sofisticado al tiempo de sistematizarse, por lo que el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado no ha sido la excepción.

La inclusión de las regulaciones para la inversión a la usanza de los BIT en los acuerdos de libre comercio a partir del TLCAN estableció un referente para futuros acuerdos y aumentó de manera considerable el universo de instrumentos internacionales para la inversión con un mecanismo de arbitraje internacional. Así, la creciente inclusión del mecanismo de solución de controversias dentro de los acuerdos en materia de inversión elevó de igual manera la cantidad de casos arbitrales presentados en foros como el CIADI, que han arrojado distintos resultados y han dejado una experiencia muy enriquecedora para poder ajustarlo, mejorarlo y volverlo más justo y diáfano para las partes.

El arbitraje internacional en muchas ocasiones se ha convertido en un arma de las empresas inversoras contra los países anfitriones, para incumplir con lineamientos internos o para obstaculizar políticas públicas que no les favorezcan. Esta situación ha motivado una reforma al régimen internacional de inversión, y en específico al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

En este sentido, existen reformas que han optado por eliminarlo, algunas por limitarlo y otras por mejorarlo, creando una nueva generación de acuerdos para la inversión, que buscan ser más equilibrados entre el inversionista y el Estado, reducir costos de arbitraje y proteger el derecho soberano de los países a procurar el bienestar para la población. No obstante,

aún siguen firmándose acuerdos que mantienen el arbitraje internacional sin modificación alguna, y países que firman diferentes tipos de acuerdos con sus contrapartes, por lo que la reforma que se está gestando resulta insuficiente, y requerirá que el propio devenir histórico lo ponga a prueba para seguir mejorando y coadyuvando por un régimen de inversiones más justo y equitativo.

## CAPÍTULO CUARTO

### LA CRISIS DEL ARBITRAJE EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

#### I. INTRODUCCIÓN

La liberalización del comercio es el pilar del neoliberalismo como paradigma dominante de la regulación de las relaciones económicas internacionales.

Después del final de la Segunda Guerra Mundial, la política comercial internacional de los Estados ha consistido en orientar la estructura y el volumen de su comercio exterior hacia la supresión de los obstáculos arancelarios y no arancelarios al libre comercio. En la teoría convencional del comercio quedaba demostrado que los aranceles, los subsidios a la exportación y las cuotas a la importación de bienes distorsionan gravemente la producción y el consumo. Había un consenso por considerar que a través de dichas restricciones los países desaprovechan sus ventajas comparativas para producir nacionalmente lo que pueden comprar más barato del exterior. En cambio, la supresión de los obstáculos al libre comercio garantizaría una asignación más eficiente de recursos, una mayor eficiencia en la producción y el consumo y mejores oportunidades para el aprendizaje (*learning-by-doing*) y la innovación (*R&D*). La integración de los mercados globalizados y el libre comercio, en sí, deberían elevar la productividad y la competitividad de los sectores exportadores; en consecuencia, se aumentaría el nivel de productividad general de las economías internas y se aseguraría el desarrollo de los países y el bienestar social de sus pueblos.

Para cumplir con estos propósitos, a partir de los años cincuenta se creó, en el ámbito del derecho internacional, un complejo andamiaje jurídico-institucional, cuya misión debía consistir en promover y regular la liberalización del comercio internacional. Se optó, en particular, por el desarrollo

de negociaciones e instituciones comerciales multilaterales, con el fin de garantizar que la liberalización se realizaría de la misma manera para todos los Estados sobre la base del reconocimiento recíproco de beneficios mutuos. El multilateralismo fue el principal rector de las negociaciones intergubernamentales, que culminaron con la adopción del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) en 1947 y, posteriormente, con la creación, por los acuerdos de Marrakech en 1994, de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC) —una verdadera organización internacional intergubernamental— dotada de la personalidad jurídica internacional. Desde este entonces, la OMC ha sido vista en la opinión pública como la “personificación” de la promoción de los postulados del libre comercio en el plano global.

En la actualidad, los efectos positivos de la liberalización sobre el desarrollo del comercio internacional no causan ninguna duda. El crecimiento del comercio como resultado de la integración internacional de los mercados de productos básicos, capitales y trabajo, de 1950 a la actualidad, ha sido exponencial. No obstante, no es tan fácil comprobar los efectos positivos de la liberalización comercial en el desarrollo económico de los países y, sobre todo, en el aumento del nivel de bienestar social de sus pueblos. El principal problema que ha generado la liberalización comercial ha sido la de localización de las actividades productivas y la desigualdad en la repartición interna de las rentas generadas por el libre intercambio. Adicionalmente, en la actualidad han surgido fuertes críticas en torno a los efectos de la liberalización comercial sobre la degradación del medio ambiente, el “*dumping* social”, las violaciones a los derechos humanos y la “responsabilidad social” de las empresas multinacionales que participan en los intercambios comerciales globalizados.

La progresiva reconsideración del libre comercio como (único) modelo de política comercial en el ámbito de las relaciones internacionales marca el contexto de la crisis que atraviesa la OMC. Esta joven organización internacional, que a sus dieciocho años apenas alcanzaba una mayoría de edad, presenta, desde años atrás, claros síntomas de “parálisis cerebral” que acompañan su actual “agonía”.<sup>1</sup>

Una de las principales causas de la crisis de la OMC es el bloqueo de su mecanismo de solución de controversias. Este mecanismo es considerado

---

<sup>1</sup> Para un análisis más exhaustivo de algunos de los argumentos expresados en el presente trabajo en torno a la crisis de la Organización Mundial de la Salud, véase Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “La crisis de la Organización Mundial de la Salud: problemas e (im) posibles soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, vol. XIX.

como una de las principales innovaciones en el diseño jurídico-institucional de dicha organización y la “piedra angular del sistema multilateral de comercio”.<sup>2</sup> No obstante, en la actualidad, su funcionamiento se enfrenta con obstáculos sin precedentes. En este sentido, el objetivo del presente trabajo consiste en analizar las causas y los síntomas de la crisis del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC para proponer posibles soluciones a los problemas que enfrenta dicho órgano en su capacidad de resolver las disputas que se originan de la aplicación e interpretación de los acuerdos comerciales multilaterales.<sup>3</sup>

## II. LAS CAUSAS DE LA CRISIS DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El mecanismo de solución de controversias de la OMC era originalmente concebido como un sistema arbitral en el cual la resolución de los litigios que surgen de la interpretación y aplicación de los acuerdos comerciales multilaterales, celebrados bajo los auspicios de la OMC,<sup>4</sup> se confía a un “grupo de expertos” (panel arbitral de tres o cinco miembros).<sup>5</sup> Posteriormente, la resolución adoptada por dicho grupo recibe el aval casi automático<sup>6</sup> del OSD. Con la institución de un segundo grado de jurisdicción, confiado al Órgano de Apelación (en adelante, OA), dicho sistema inició una evolución hacia la “jurisdiccionalización”. Esta “jurisdiccionalización”

---

<sup>2</sup> Organización Mundial del Comercio, “Entender la OMC: «Solución de diferencias»”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/disp1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm).

<sup>3</sup> OMC, “Declaración Ministerial de Nairobi”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/mc10\\_s/mindecision\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc10_s/mindecision_s.htm), p. 1.

<sup>4</sup> En este sentido, en virtud del artículo 1o. del Entendimiento sobre solución de las controversias de la OMC: “las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento «Acuerdo sobre la OMC») y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados”.

<sup>5</sup> Los grupos especiales son tribunales arbitrales, cuyos miembros se eligen en consulta con los Estados parte en la controversia. En ausencia de un acuerdo entre las partes en torno a la composición del panel, los árbitros son designados por el director general de la OMC. Los grupos especiales están integrados por tres (a veces cinco) expertos de diferentes nacionalidades, elegidos sobre la base de una lista indicativa de candidatos, designados por los propios miembros de la OMC, OMC, *op. cit.*

<sup>6</sup> En efecto, el OSD sólo puede rechazar el reporte de un grupo de expertos por el consenso de sus integrantes.

fue concebida como una respuesta a los bloqueos que caracterizaban el arreglo de los litigios entre los miembros del antiguo GATT.<sup>7</sup> En efecto, la resolución de las controversias en el ámbito del OSD se volvió de naturaleza híbrida, porque combinó el arbitraje con un segundo grado de jurisdicción.<sup>8</sup> Asimismo, el sistema se ha caracterizado por una gran efectividad. En sus casi veinticuatro años de existencia, el OSD de la OMC ha resuelto más de seiscientos casos y se ha convertido en uno de los órganos de solución de controversias interestatales más activos del mundo.<sup>9</sup>

La consolidación de este mecanismo de solución de controversias y su importante función para la regulación jurídica del comercio internacional se deben a la originalidad de las reglas que rigen la competencia contenciosa del OSD. En virtud del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC —“la perla de la corona” de los acuerdos logrados al término del *Uruguay Round*— el funcionamiento del OSD no se somete a la voluntad de los Estados y a la protección de sus intereses y agendas comerciales internas. La objetividad e imparcialidad (jurídica) que caracterizan el razonamiento del “juez” de la OMC explican, en buena medida, el éxito que ha tenido como mecanismo de ajuste y reequilibrio de los intereses y pretensiones de los países miembros de la Organización.<sup>10</sup>

Las decisiones del OSD de la OMC no se han limitado a dirimir las controversias particulares que le fueron presentadas, sino que han ido más allá y han desarrollado un “activismo judicial” (*judicial activism*),<sup>11</sup> que contrasta con el bloqueo inherente a la toma de decisiones en el ámbito de las negociaciones comerciales multilaterales. Gran número de cuestiones altamente políticas (por ejemplo, la relación entre las restricciones al comercio internacional y la defensa de políticas públicas de interés general, orienta-

<sup>7</sup> Artículos 3-2 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.

<sup>8</sup> Lorenzo, Ludovic, “Une nouvelle juridiction internationale, le système de règlement des différends interétatiques de l’OMC”, *Thèse, Université Lyon 2*, 2003, disponible en: [http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo\\_1#p=0&a=top](http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo_1#p=0&a=top).

<sup>9</sup> Mathangi, K., “Crisis in the WTO: Roots and Restorations”, *Cambridge International Law Journal*, 2019, disponible en: <http://cilj.co.uk/2019/12/19/crisis-in-the-wto-roots-and-restorations/>.

<sup>10</sup> La neutralidad y la eficacia del mecanismo de solución de controversias de la OMC explican, en buena medida, su éxito. Desde su creación y hasta la actualidad se han presentado en total más cuatrocientas demandas contenciosas, que han conducido a la adopción de varias decenas de reportes de paneles *ad hoc* y de decisiones del Órgano de Apelación.

<sup>11</sup> El término “activismo judicial” es propio a los sistemas jurídicos de *common law*, y es usado principalmente en los países anglosajones, en los que las cortes desempeñan un papel fundamental en el funcionamiento del sistema jurídico. Esta última expresión se refiere a la posibilidad para los jueces de crear y modificar el derecho vigente.

das, entre otros, a la protección de la salud o a la protección del medio ambiente) son tratadas por la vía judicial y no por la vía de las negociaciones políticas.<sup>12</sup>

En primer lugar, esto hace pesar sobre dicho mecanismo la amenaza de incurrir en un *gouvernement des juges*, en el ámbito del derecho internacional. En todo sistema jurídico, el juez aplica e interpreta las normas, adoptadas por el legislador, pero el legislador tiene la posibilidad de adoptar una norma de carácter general para modificar, hacia el futuro, los alcances de una sentencia judicial cuando éstos no le son favorables. No obstante, en el sistema de la OMC estamos frente a un equilibrio inverso, con un “juez”, activista y “poderoso” y un “legislador”, incapaz de “hacer frente” a las consecuencias jurídicas y políticas de sus sentencias.<sup>13</sup> Este desequilibrio en la OMC entre el “poder” del “juez” y la “impotencia del legislador” ha provocado reacciones y críticas muy vivas por parte de algunos Estados miembros de la Organización.

En este sentido, desde su llegada a la presidencia de Estados Unidos, Donald Trump ha emprendido una verdadera “cruzada” en contra del mecanismo de solución de controversias de la OMC.<sup>14</sup> Esta “cruzada”, en sí, traduce un escenario dramático, en el que el “creador” ataca a su propia “criatura”.<sup>15</sup> Las causas del descontento de Estados Unidos con dicho mecanismo no se explican solamente por su tradicional deseo de no ser condenado por tribunales internacionales,<sup>16</sup> y traducen críticas más profundas al funcionamiento del OSD.

En primer lugar, la administración del presidente Trump considera que el mecanismo de solución de controversias y el OA han excedido los lími-

---

<sup>12</sup> Ruiz-Fabri, Hélène, *op. cit.*, p. 27.

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> El retiro de este país del Acuerdo Transpacífico (TPP, por sus siglas de inglés) y la apertura de un largo proceso de renegociación del TLCAN son emblemáticos del descontento del presidente estadounidense con la actual regulación jurídica del comercio internacional.

<sup>15</sup> Cabe recordar que la liberalización de los intercambios comerciales globales, las organizaciones internacionales y los instrumentos jurídicos que la sustentan son obra precisamente de Estados Unidos. El triunfo del plan White en las negociaciones de la arquitectura institucional internacional de la posguerra, que llevaron a la conclusión del GATT y la participación activa de Estados Unidos en las negociaciones de la Ronda Uruguay, hacen de la OMC una “criatura jurídico-institucional” estadounidense.

<sup>16</sup> El mecanismo de solución de controversias efectivamente ha adoptado varias sentencias en las que ha reconocido a la responsabilidad internacional de los Estados Unidos por violación de las normas y principios del derecho de la OMC. No obstante, en 78% de los casos en los que ha participado, los Estados Unidos han ganado la defensa de su causa ante el OA.

tes de su función judicial y se han librado, efectivamente, a un *gouvernement des juges*. Se critica constantemente el *overreach* o el carácter demasiado extensivo de la manera en la que el OA aplica e interpreta el derecho de la OMC. El argumento principal consiste en sostener que el OA fue creado para corregir las decisiones erróneas de los paneles *ad hoc*, pero no para adicionar o disminuir los derechos y obligaciones de las partes en los acuerdos de la OMC.<sup>17</sup> Estados Unidos alega que el OA debe controlar los paneles *ad hoc*, pero que nadie puede controlar al OA.<sup>18</sup> El carácter definitivo de las decisiones del OA es, además, reforzado por el surgimiento de una doctrina de *stare decisis de facto* en el mecanismo de solución de controversias de la OMC.<sup>19</sup> De esta manera, según Estados Unidos, el OA estaría “creando sus propias reglas”.<sup>20</sup> Esta crítica estadounidense se comparte por otros países desarrollados y en vías de desarrollo.<sup>21</sup> Además, Estados Unidos formula críticas de carácter más formal o procesal al funcionamiento del mecanismo de solución de controversias de la OMC. En particular, se señala que algunos miembros del OA han decidido casos de apelación aún después del término de su mandato de cuatro años, sin actuar por autorización expresa del OSD.<sup>22</sup> Estados Unidos también se ha manifestado en contra del no respeto de algunas reglas procesales en torno a la renuncia<sup>23</sup> o la reelección de los árbitros.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Artículo 19.2 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.

<sup>18</sup> Las sentencias del OA son definitivas y sólo pueden ser reexaminadas si se logra un consenso en el OSD. Hasta la fecha dicho consenso nunca ha sido obtenido.

<sup>19</sup> En efecto, como cualquier órgano judicial de primer grado, los paneles *ad hoc* tienden a conformarse con los criterios desarrollados por el OA y los citan constantemente en sus sentencias.

<sup>20</sup> DSB, *Minutes of the Meeting*, April 3, 2002, WT/DSB/ M121, para. 35.

<sup>21</sup> Stewart, Terence, “Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System”, *The Global Business Dialogue, Inc.*, Washington, 2017.

<sup>22</sup> La regla 15 del Procedimiento de trabajo (*working procedures*) del OA permite a un miembro de este órgano, terminar su trabajo sobre el caso previa autorización del OA y a través de una simple notificación al OSD. Dicha regla fue adoptada sin el acuerdo del OSD y, según Estados Unidos, priva al OSD de su capacidad de pronunciarse acerca del nombramiento de los miembros del OA.

<sup>23</sup> La renuncia del árbitro coreano Hyun Chong Kim en agosto de 2017 sin respetar el plazo previo de noventa días y el hecho de que el OA haya adoptado su resolución en el asunto *EU-Fatty Alcohol (DS442)* sin que el miembro que había renunciado haya sido reemplazado (Payosova, Tatiana *et al.*, “The Dispute Settlement Crisis of the WTO: Crisis and cures”, *Peterson Institute of International Economics, Policy Brief*, 2018, p. 3).

<sup>24</sup> En 2011, este país bloqueó la reelección de su propia representante en el OA-Jennifer Hillman; posteriormente, Estados Unidos bloqueó la designación por un segundo periodo de Seung Wha Chang de Corea del Sur.

Estas críticas de Estados Unidos no son la causa de la actual parálisis del mecanismo de solución de controversias de la OMC. La manera de canalizarlos en acción, sí. En efecto, ante la imposibilidad de influir en el ejercicio de la función judicial por parte del OA de la OMC en la resolución de los casos contenciosos que le son sometidos, la administración Trump ha preferido utilizar un medio de control indirecto a través de los procedimientos de designación de sus miembros. De ahí que, a partir de 2017, Estados Unidos ha bloqueado el proceso de reelección de los miembros del OA.<sup>25</sup> El 30 de septiembre de 2019 se acabó el mandato de uno de los cuatro árbitros con los que funcionaba el OA. No se eligió un nuevo miembro, y el OA se quedó con tres miembros —el mínimo requerido por el artículo 17-1 del Entendimiento sobre Solución de Controversias para que este órgano pueda adoptar sentencias vinculantes—. En diciembre de 2019 acabó el mandato de otros dos árbitros —Ujal Bhatia y Thomas Graham—, y el OA se quedó con un solo miembro. Desde ese entonces, la crisis del OA no ha hecho más que agravarse.

Es de señalarse que dicha crisis traduce también una confrontación entre distintos grupos socioprofesionales que buscan dominar el OSD de la OMC.<sup>26</sup> En el primero de los dos campos opuestos se encuentran los detentores formales de la toma de decisiones en el seno de dicho mecanismo —los representantes de los Estados (ministros de relaciones exteriores, agentes diplomáticos, jefes de delegaciones, etcétera)— que han diseñado el funcionamiento jurídico-institucional de dicho mecanismo y ejercen un control político sobre él. Entre otras actividades, estos agentes estatales son competentes tanto para designar, a través de negociaciones diplomáticas, los miembros de los paneles y del OA, como para analizar el contenido de los reportes del OSD en reuniones diplomáticas, así como para adoptar interpretaciones de autoridad de las disposiciones de los acuerdos de la OMC y para proponer iniciativas de reforma en el marco jurídico de la Organiza-

---

<sup>25</sup> El 1o. de diciembre de 2016, el OA todavía contaba con siete miembros. La primera disminución en el número de miembros ocurrió el 30 de junio de 2017 cuando el árbitro mexicano Ricardo Ramírez- Hernández concluyó su mandato y no fue reemplazado ni reelegido, reduciendo el OA a seis miembros. El 1o. de agosto de 2017, renunció Hyun Chong Kim y, debido al bloqueo estadounidense, no se eligió un nuevo miembro, llevando así el número de árbitros a cuatro. El 11 de diciembre de 2011 terminó el mandato de Peter van den Bossche y, como consecuencia del mismo bloqueo, la composición del OA no fue renovada y se redujo a cuatro miembros.

<sup>26</sup> Soave, Tommaso, “Who Controls WTO Dispute Settlement? Reflections on the Appellate Body’s Crisis from a Socio-Professional Perspective”, *EJIL: Talk!*, 2020, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/who-controls-wto-dispute-settlement-reflections-on-the-appellate-bodys-crisis-from-a-socio-professional-perspective/>.

ción. Estas distintas formas de control político por parte de dichos representantes aseguraban el “visto bueno” de los Estados sobre el funcionamiento y la legitimidad del OSD de la OMC.<sup>27</sup> Desde una perspectiva general, el control se reforzaba por el intergubernamentalismo, como piedra angular de la Organización, y por la toma de sus decisiones a través del consenso de todos los Estados miembros.<sup>28</sup>

No obstante, la dirección y control estatal sobre el funcionamiento del OSD de la OMC se debilitaron en el transcurso de los años debido a la progresiva jurisdiccionalización de este mecanismo de solución de las controversias. La regla de toma de decisiones por consensos complicó la adopción de decisiones conjuntas y de “líneas directrices” políticas sobre la resolución de las disputas sometidas al OSD. Estos cambios fueron acentuados por la aparición de otro grupo socioprofesional consolidado en el seno de dicho órgano: el de los litigantes privados (los árbitros que componen los paneles, los miembros del OA, los abogados de los Estados parte en las controversias, los miembros del secretariado del OSD y académicos altamente especializados en materia de solución de controversias comerciales multilaterales, entre otros). Este “club” selecto y cerrado desarrolló una serie de presunciones, prácticas profesionales y lenguajes técnicos que condicionaron en buena medida la jurisdiccionalización del OSD.<sup>29</sup>

Los miembros de este segundo grupo socioprofesional defienden intereses distintos a los de los representantes de los Estados en el OSD. Mientras los dichos representantes buscan proteger los intereses nacionales de sus gobiernos (y de sus empresas nacionales), los operadores jurídicos del segundo grupo buscan promover la imparcialidad, independencia, eficiencia y prestigio del propio OSD (y, por ende, su propio prestigio profesional).<sup>30</sup> Al adoptar un reporte sobre la solución de una controversia particular, el OSD se comenzó a dirigir a una audiencia, compuesta de miembros del primer grupo, y dejó de “hablar” directamente a los Estados miembros de la OMC.

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> En efecto, todas las decisiones importantes de la organización deben ser adoptadas por la totalidad de los miembros presentes en las votaciones internas de sus órganos —los ministros que sesionan en la Conferencia de Ministros o los embajadores o jefes de delegación que integran su Consejo General—. El consenso en la OMC es, en los hechos, una votación a la unanimidad de los representantes de los gobiernos nacionales de los Estados miembros que otorga a los mismos el ejercicio de un derecho de veto. El acuerdo sobre la OMC establece muy pocas hipótesis en las que se puede proceder a una votación por la mayoría, según el esquema “un Estado, un voto (OMC, “¿De quién es la OMC?”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/org1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org1_s.htm)).

<sup>29</sup> Soave, Tommaso, *op. cit.*

<sup>30</sup> *Idem.*

Esto explica por qué algunos miembros poderosos de la OMC, en particular Estados Unidos, han lanzado una “cruzada” en contra del OSD en un intento radical de recuperar cierto control sobre el mecanismo.<sup>31</sup>

### III. LAS OPCIONES DE REFORMA DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Como se señaló anteriormente, la principal crítica de Estados Unidos hacia el funcionamiento del OSD consiste en sostener que el OA ha violado su mandato judicial en repetidas ocasiones, y en vez de limitarse a interpretar y aplicar el derecho de la OMC, ha creado, por la vía jurisprudencial activista, nuevos derechos y obligaciones al cargo de los Estados miembros de la Organización.

Una posible solución ante esta crítica sería aceptar que el OA debería ejercer una *judicial restraint*, al pronunciarse sobre determinados temas y problemas de derecho internacional. Una reforma institucional en este sentido consistiría en establecer la obligación, para el OA, de solicitar en esos ámbitos una “interpretación de autoridad” por parte de los órganos de la OMC en los que se reúnen representantes de los Estados miembros.<sup>32</sup> Es de recordarse que tanto la Conferencia Ministerial como el Consejo de la OMC están facultados para adoptar este tipo de interpretaciones.<sup>33</sup>

A pesar de que el Entendimiento sobre Solución de Controversias permite adoptar dichas interpretaciones a la mayoría absoluta, los miembros de la OMC han decidido que el procedimiento debe realizarse por medio del consenso. Así, por ejemplo, la Unión Europea propuso adoptar una interpretación de autoridad de los artículos 21.5 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Controversias; pero la interpretación no pudo ser adoptada en el Consejo General, debido al ejercicio de un veto por parte de Estados

---

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 9.

<sup>33</sup> En virtud del artículo IX-2 del Acuerdo sobre la OMC: “La Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales. En el caso de una interpretación de un Acuerdo Comercial Multilateral del Anexo 1, ejercerán dicha facultad sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo. La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros. El presente párrafo no se aplicará de manera que menoscabe las disposiciones en materia de enmienda establecidas en el artículo X”.

Unidos.<sup>34</sup> Hasta la fecha no se ha adoptado, en el ámbito de la OMC, ningún tipo de interpretación de autoridad por parte de los órganos de la Organización, y la crisis que enfrenta el OSD difícilmente podría ser resuelta por este medio.

Ante la actual parálisis de dicho órgano, se ha propuesto considerar que la ausencia de una resolución del OA no tenga por efecto bloquear la adopción de un reporte de los paneles *ad hoc*. En este sentido, se ha sugerido,<sup>35</sup> por ejemplo, que las exigencias establecidas en el artículo 16-4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias se consideren cumplidas una vez que una de las partes en la controversia sometida ante el OSD presente la demanda de apelación y el OA no se pronuncie en un sentido opuesto. En esta hipótesis, el reporte del panel *ad hoc* se volvería definitivo y obligatorio.

Sin embargo, esta propuesta supondría una revisión de las Reglas de Trabajo del OA<sup>36</sup> y, en cierto sentido, una violación del Entendimiento sobre Solución de Controversias, que en su artículo 17-2 prevé la obligación del OA de resolver las demandas de apelación que se le presenten. En la perspectiva política, esta solución podría agravar la confrontación entre Estados Unidos y los demás países miembros de la OMC sobre el futuro del OSD.<sup>37</sup>

Otra propuesta para hacer frente a la inminente parálisis de OA y evitar que ésta se contagie a todo el mecanismo de solución de controversias de la OMC consistiría en utilizar el recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del Entendimiento sobre Solución de Controversias como sustituto al procedimiento de apelación.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> General Council, Minutes of Meeting held on February 15 and 16, 1999, WT/GC/W/143, at 32; General Council, *Request for an Authoritative Interpretation Pursuant to Article IX:2 of the Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization, Communication from the United States*, WT/GC/W/144.

<sup>35</sup> Charnovitz, Steve, "How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration", *International Economic Law and Policy Blog*, 2017; Miles, Tom, "WTO is most worrying target of Trump's trade talk: Lamy", *Reuters*, 2017, noviembre 14.

<sup>36</sup> En virtud del artículo 17-9 del Entendimiento de Solución de Controversias, el OA efectivamente puede enmendar sus propias "Reglas de trabajo".

<sup>37</sup> Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 10.

<sup>38</sup> En virtud de dicha disposición: "1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes; 2. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje; 3. Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al

Esta solución puede parecer particularmente atractiva, pero su realización práctica depende del logro de un acuerdo entre las partes en la controversia para someter su revisión a un nuevo arbitraje. Es lógico que la parte que gane el caso o piensa que lo puede ganar ante el panel de primera instancia no tendrá ningún incentivo para someterlo a una segunda revisión por parte de otro tribunal arbitral.<sup>39</sup>

En todo caso, las partes en una controversia sobre la aplicación o interpretación del derecho de la OMC pueden celebrar un acuerdo de arbitraje *ad hoc* o referirse a una cláusula compromisoria, contenida en un tratado internacional para resolver dicha controversia por medio de un arbitraje que se desarrolle fuera de los auspicios de la Organización.

Es de estimarse que una resolución arbitral de los litigios entre los miembros de la OMC, fuera de la misma, debilitaría aún más su mecanismo de solución de controversias. Además, si los Estados miembros de la Organización comenzaran a resolver sus controversias vía arbitrajes, no vinculados con el OSD, podrían exponerse a distintos controles arbitrales, basados en concepciones y jurisprudencias incoherentes en torno a la aplicación e interpretación de las normas y principios del derecho del comercio internacional.

Para evitar que los Estados miembros de la OMC tengan que dirimir sus controversias por medio de arbitrajes desvinculados del OSD, se propone, alternativamente, celebrar un acuerdo plurilateral de arbitraje en el ámbito de dicha Organización. Este acuerdo sería vigente para todos los Estados que lo hayan ratificado, y en los hechos tendería a crear un “*OA bis*” para todos, menos para Estados Unidos.

No obstante, cabe recordar que la celebración de acuerdos plurilaterales exige el acuerdo de la Conferencia Ministerial de la OMC, a través de una votación por medio del consenso.<sup>40</sup> En la situación actual, dicho acuerdo parece imposible de lograr, y tal vez precipitaría el retiro de Estados Unidos de la OMC.

Otra posible solución a la crisis actual del OA consistiría en que las partes en una controversia ante el OSD se acordaran en no apelar y en aceptar el carácter definitivo y obligatorio del reporte del panel *ad hoc*. El acuerdo

---

arbitraje están de acuerdo en ello. Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada”.

<sup>39</sup> Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 10.

<sup>40</sup> Artículo X-9 del Acuerdo sobre la OMC.

bilateral podría ser celebrado antes del inicio del procedimiento arbitral.<sup>41</sup> Los acuerdos bilaterales de no apelación tendrían el mismo efecto que revisar el Acuerdo sobre la OMC y el Entendimiento sobre Solución de Controversias para eliminar al OA, pero sin pasar por el procedimiento complejo y exigente de modificación de ambos tratados. Esta hipótesis también se asemeja a “una muerte segura” para el OA y un intento de salvar a un OSD, amputado de su mecanismo apelación.

Algunos autores han sugerido que la urgencia de la situación que atraviesa el OA de la OMC justificaría abandonar la regla del consenso, exigida para la adopción de decisiones en el ámbito del OSD y sustituirla por una votación a la mayoría. Así, se ha propuesto<sup>42</sup> que la regla de votación a la mayoría, prevista en el artículo IX-1 del Acuerdo sobre la OMC,<sup>43</sup> prevalezca sobre la toma de decisiones por consenso, establecida en el artículo 2-4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias.<sup>44</sup>

Esta propuesta es políticamente compleja, porque implicaría el retiro de Estados Unidos de la OMC,<sup>45</sup> pero, además, jurídicamente imposible, al menos desde la perspectiva de una interpretación estricta de las reglas del derecho de la OMC. En virtud del Entendimiento sobre Solución de Controversias, las decisiones del OSD “sólo pueden ser adoptadas por consenso”. Podría pensarse en una interpretación teleológica de esta disposición conforme con los fines y objetivos del derecho de la OMC, que indudablemente incluyen una pronta y eficaz solución de los litigios entre sus Estados miembros. No obstante, ante la impotencia del OSD, esta interpretación sólo podría provenir de la Conferencia Ministerial de la OMC y basarse en un consenso de todos los países miembros, incluyendo a Estados Unidos.

Finalmente, una última solución para remediar la crisis del OSD sería la discusión y negociación directa de los casos, sometidos al OA de la OMC, ante los órganos políticos de la Organización. Así, por ejemplo, en caso de incertidumbre jurídica sobre un determinado asunto, el OA tendría

---

<sup>41</sup> Salles, Luiz Eduardo, “Bilateral Agreements as an Option to Living Through the WTO AB Crisis”, *International Economic Law and Policy blog*, 23 de noviembre de 2017.

<sup>42</sup> Jan Kuijper, Pieter, “The US Attack on the Appellate Body”, *International Economic Law and Policy blog*, 15 de noviembre de 2017.

<sup>43</sup> Con base en este artículo: “La OMC mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947.1 Salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión objeto de examen se decidirá mediante votación...”.

<sup>44</sup> Según este artículo: “En los casos en que las normas y procedimientos del presente Entendimiento establezcan que el OSD debe adoptar una decisión, se procederá por consenso”.

<sup>45</sup> Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 11.

que solicitar que los aspectos relevantes del mismo se discutan en la Conferencia Ministerial o en los comités técnicos de cada uno de los acuerdos, dependiendo de los temas y problemas jurídicos por tratar.<sup>46</sup> Este “regreso al legislador” podría “aplacar” el enojo de Estados Unidos y promover el desbloqueo del mecanismo de solución de controversias de la OMC.

En relación con lo anterior, es de mencionarse que los bloqueos inherentes a todos los mecanismos de toma de decisiones de la OMC crean un escenario poco propicio a la resolución de problemas jurídicos por la vía política y no exclusivamente judicial. Además, desde la perspectiva jurídica, se violaría gravemente un principio general del derecho en virtud del cual *nemo iudex in causa sua* (del latín, “nadie puede ser juez de su propia causa”).<sup>47</sup> Si se considera que los órganos políticos de la OMC pueden pronunciarse sobre los temas y problemas de “incertidumbre jurídica” que genera un caso planteado al OA de la OMC, se anularía por completo la naturaleza judicial del OSD. Cuando los Estados miembros, representados en los órganos políticos y técnicos de la Organización, sean parte en una controversia, llevada ante el OA, éstos podrán acordarse por interpretar las normas del derecho de la OMC en un sentido que favorezca directamente la defensa de sus causas. Este *non-sense* jurídico convertiría al mecanismo de solución de controversias de la OMC en un medio diplomático de arreglo de litigios, como el vigente en el ámbito del antiguo GATT, y le negaría por completo la “jurisdiccionalización” que había conseguido.

En este sentido, algunos autores preconizan precisamente la desjudicialización del derecho de la OMC como una alternativa para remediar la parálisis de su mecanismo de solución de controversias. Así, por ejemplo, en la opinión de Joost Pauwelyn, es recomendable adoptar acuerdos de *soft law* en la OMC que no se sometan a dicho mecanismo. Según el autor, estos acuerdos no vinculantes deberían someterse más a un “control de pares” y menos a un control judicial de *hard law*.<sup>48</sup>

Igual que la solución que consiste en negar la naturaleza judicial al mecanismo de solución de controversias y volverlo un simple medio diplomático de arreglo de litigios, esta última propuesta de Pauwelyn se enfoca en desproveer al derecho de la OMC de su inherente juridicidad. El recurso a instrumentos de *soft-law*, basados en la flexibilidad de los compromisos estatales, y su no sumisión a un examen judicial independiente e imparcial,

---

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> Swartzenberger, Georg, *op. cit.*, p. 482.

<sup>48</sup> Pauwelyn, Joost, *op. cit.*

arruinaría por completo la seguridad jurídica y la eficacia que había adquirido el sistema comercial multilateral, basado en el *hard (international) law*.

Respecto al conflicto existente entre los representantes de los Estados y los operadores jurídicos (abogados de los Estados, panelistas, miembros del OA, académicos, etcétera), es necesario señalar que ninguno podrá apoderarse por completo del funcionamiento del OSD. Los representantes estatales seguirán necesitando de expertos jurídicos que puedan ordenar la complejidad jurídica y técnica de la resolución de las controversias que surgen de la interpretación y aplicación de los acuerdos comerciales multilaterales. Por lo otro lado, la legitimidad de las acciones de los operadores jurídicos seguirá dependiendo de una dosis razonable de control político por parte de los Estados miembros de la OMC.<sup>49</sup> Sólo si se logra un diálogo constructivo entre ambos grupos, basado en las concesiones mutuas que caracterizan a las negociaciones diplomáticas bajo los auspicios de la OMC, se podrá salir del *impasse* en el que se encuentra actualmente el OSD.

#### IV. CONSECUENCIAS DE LA CRISIS DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS PARA EL FUTURO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El actual bloqueo del OSD produce efectos muy negativos para el futuro de la OMC. De perpetuarse, el bloqueo paralizaría el funcionamiento de todo el mecanismo de solución de controversias de la Organización y pondría en tela de juicio su eficacia y objetividad. En efecto, en virtud del artículo 16.4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias, el reporte de un panel *ad hoc* no puede adoptarse por parte del OSD (y por consecuencia, no podrá ser vinculante) antes de que se resuelva el procedimiento de apelación que haya iniciado una de las partes en la controversia. Por lo tanto, si el OA se queda sin miembros y no puede funcionar, una de las partes ante el panel *ad hoc* podrá bloquear la adopción de su reporte a través de la simple introducción de una demanda de apelación.<sup>50</sup> Así, el bloqueo del OA, efectivamente tendrá por efecto un regreso al pasado del GATT, en el que una parte podía bloquear el mecanismo de solución de controversias si el reporte del panel arbitral no le era favorable. En fin de cuentas, el bloqueo parece tener precisa-

<sup>49</sup> Soave, Tommaso, *op. cit.*

<sup>50</sup> Zelicovich, Julieta, “¿Está viva la OMC? Bloqueos y consensos en las negociaciones comerciales de las Conferencias Ministeriales de Bali y Nairobi”, *Revista UNISCI*, 2017, p. 9.

mente este objetivo, y busca promover una solución judicial de los conflictos *à la carte* de los intereses comerciales de los miembros poderosos de la OMC.

El OSD de la OMC garantizaba el cumplimiento, por parte de los Estados miembros, de los acuerdos jurídicamente vinculantes, negociados bajo los auspicios de esta organización. La aceptación de la obligatoriedad y ejecutoriedad de dichos informes tanto por los Estados miembros de la OMC como por los entes no estatales que participan en los intercambios comerciales globales,<sup>51</sup> garantizaba la eficacia de este mecanismo de solución pacífica de las controversias internacionales. En particular, los países miembros de la Organización habían aceptado no adoptar medidas algunas en contra de posibles violaciones de las normas del derecho de la OMC antes de someter una demanda referente a dichas violaciones ante el OSD. Esto significaba que un Estado no podía adoptar contramedidas comerciales para sancionar, en forma unilateral, la violación por parte de otro(s) Estado(s) de las reglas contenidas en los acuerdos comerciales multilaterales celebrados bajo los auspicios de dicha Organización.<sup>52</sup> La única posibilidad para un Estado de adoptar contramedidas *vis-à-vis* de otro país por violación del derecho de la OMC se presentaba en el caso de incumplimiento, por parte del segundo, de las recomendaciones y resoluciones adoptadas en un informe obligatorio del OSD.<sup>53</sup> Correlativamente, la aceptación del carácter obligatorio de los informes del OSD implicaba la prohibición, para el Estado que perdía el caso, de imponer contramedidas respecto a la otra parte en la controversia. La limitación en el uso las contramedidas comerciales y su control por parte del OSD tenía por objetivo claro limitar el estallido de guerras comerciales entre los Estados miembros de la OMC.

En consecuencia, el bloqueo actual del OSD de la OMC propicia y favorece el escenario actual de “guerras comerciales” entre los Estados miembros de la Organización. En la medida en la que el bloqueo de dicho me-

---

<sup>51</sup> Brewster, Rachel, “Can International Trade Law Recover? WHO Dispute Settlement: Can We Go Back Again?”, *AJIL Unbound*, 2019, vol. 113, p. 64.

<sup>52</sup> De conformidad con el artículo 23-1 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC: “1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar”.

<sup>53</sup> Según el artículo 22-1 del Entendimiento sobre Solución de Controversias: “1. La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados...”.

canismo es voluntario y forma parte de una estrategia de política exterior del gobierno de Estados Unidos, se puede pensar que dichas guerras son provocadas por la crisis del OSD, y viceversa.

Las guerras comerciales entre los Estados miembros de la OMC iniciaron a partir de 2018, cuando Estados Unidos impuso aranceles de 25% a todas las importaciones de acero y aluminio en el territorio de este país. Posteriormente, el gobierno de Trump impuso aranceles a muchos otros bienes provenientes del resto del mundo.<sup>54</sup> En respuesta a dichos aranceles, otros Estados aplicaron contramedidas comerciales y aumentaron sus propios niveles de protección arancelaria respecto a bienes provenientes de Estados Unidos. Así, por ejemplo, China notificó a la OMC su decisión de imponer impuestos del 15 al 25% a bienes producidos en Estados Unidos (particularmente, a productos agrícolas). En junio de 2018, representantes de la Unión Europea manifestaron que Estados Unidos no les dejó más opción que “imponer impuestos adicionales a bienes procedentes de Estados Unidos”, con “el fin de proteger los intereses de la Unión, en pleno respeto del derecho del comercio internacional”.<sup>55</sup> Rusia y muchos otros países pequeños también adoptaron contramedidas comerciales en respuesta al neoproteccionismo estadounidense, dando lugar así a una guerra comercial de alcance global.

Dicha guerra literalmente hizo explotar el número de controversias sometidas al OSD de la OMC. Diez demandas fueron introducidas en 2017 y once en 2018 —un récord para dicho órgano, si este número se compara con los 3 casos pendientes ante el OSD en 2015—. <sup>56</sup> Muchas de estas demandas fueron presentadas por Estados Unidos respecto a las contramedidas comerciales adoptadas por otros Estados.<sup>57</sup> No obstante, la mayoría de los casos tratan de violaciones de distintas normas y principios de derecho

---

<sup>54</sup> Seib, Sébastien, “Acier et aluminium: pourquoi de nouveaux droits de douane au nom de la sécurité nationale”, *France 24*, 2018, disponible en: <https://www.france24.com/ji/20180309-acier-aluminium-douane-protectionnisme-securite-nationale-trump-omc-regle>.

<sup>55</sup> Brussels, “European Commission reacts to the US restrictions on steel and aluminium affecting the EU”, *European Commission*, 2018, disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1851>.

<sup>56</sup> Desde 2017: DS519, DS520, DS521, DS524, DS525, DS527, DS528, DS530, DS532, DS535. Desde 2018: DS537, DS538, DS540, DS542, DS543, DS544, DS545, DS546, DS547, DS548, DS549, DS550, DS551, DS552, DS553, DS554, DS555, DS556, DS557, DS558, DS559, DS560, DS561, DS562, DS563, DS564, DS565, DS566 (OMC, *Current status of disputes*, disponible en: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_current\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm)).

<sup>57</sup> Estados Unidos demandó a México, Canadá, China, la Unión Europea y Turquía por la imposición de obstáculos arancelarios al comercio de bienes.

de la OMC<sup>58</sup> que resultan de la imposición de medidas proteccionistas por parte del gobierno de Estados Unidos.<sup>59</sup>

En 2020, ninguno de los casos iniciados por Estados Unidos o en contra de Estados Unidos ha sido resuelto definitivamente por el OSD de la OMC. En la mayoría de los asuntos sólo se han iniciado consultas entre las partes o se ha constituido un panel, pero éste no ha adoptado un informe definitivo sobre la resolución de la controversia.<sup>60</sup> Los únicos dos casos contenciosos que han concluido fueron los iniciados por México y Canadá en contra de Estados Unidos. En ambos casos, los Estados demandantes retiraron sus demandas después de negociar y alcanzar una solución mutuamente satisfactoria con el gobierno de Estados Unidos,<sup>61</sup> que se tradujo, entre otros, en la celebración del T-MEC. El bloqueo del mecanismo de solución de controversias de la OMC se ha traducido así en la imposibilidad concreta de resolver un solo caso durante más de dos años.

Las guerras comerciales provocadas y orquestadas por Estados Unidos fuerzan a los demás miembros de la OMC a salirse del sistema multilateral del comercio y a comenzar a adoptar también medidas comerciales proteccionistas y unilaterales. En efecto, aun si un Estado puede demandar a otro ante un panel de la OMC, en ausencia de un mecanismo de apelación, la tentación de recurrir a contramedidas para hacer cumplir el informe del panel de primer grado o para oponerse a la ejecución de dicho informe puede ser demasiado grande. En vista de lo anterior, en el futuro, es posible que cualquier controversia presentada ante el OSD de la OMC termine en una miniguerra comercial.<sup>62</sup>

De ahí que la crisis del OSD de la OMC aleja la regulación del comercio internacional del respeto de reglas jurídicas consensadas y marca, *ipso facto*, el regreso de las visiones de poder en el ámbito de las relaciones económicas internacionales. Dichas visiones son contrarias al multilateralismo comercial, como fundamento de la regulación jurídica del comercio inter-

<sup>58</sup> En particular, los artículos 2.1, 2.2, 3.1, 4.1, 4.2, 5.1, 7, 8.1, 11.1(a), 11.1(b), 12.1, 12.2, 12.3 y 12.5 del Acuerdo sobre las Salvaguardias; artículos I:1, II:1(a), II:1(b), X:3(a), XI:1, XIX:1 y XIX:2 del GATT 1994; artículo XVI:4 del Acuerdo sobre la OMC. OMC, *DS550: United States—Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, disponible en: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds550\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds550_e.htm).

<sup>59</sup> Vietnam, China, Suiza, Rusia, Corea del Sur, México, Canadá y Noruega iniciaron procedimientos en contra de Estados Unidos. OMC, *op. cit.*

<sup>60</sup> OMC, *Chronological list of disputes cases*, disponible en: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm).

<sup>61</sup> DS5050 y DS5051, *idem*.

<sup>62</sup> Brewster, Rachel, *op. cit.*, p. 65

nacional, y claramente hostiles a los mecanismos pacíficos de solución de controversias en el derecho internacional y al derecho internacional, en sí.<sup>63</sup>

## V. CONCLUSIONES

La crisis del OSD de la OMC se origina en factores complejos, y es susceptible de paralizar por completo el principal mecanismo para la solución pacífica de las controversias entre los Estados miembros de esta organización internacional. Dicha crisis es sintomática no sólo de los problemas existenciales que atraviesa la OMC, en su conjunto, sino también de las profundas grietas del multilateralismo en el ámbito del derecho internacional.

Existe la percepción de que las instituciones internacionales multilaterales han creado demasiadas obligaciones rígidas para la política exterior de los Estados y para la conducta de sus relaciones exteriores. Las críticas estadounidenses en torno al *judicial overreach* del OSD de la OMC sintetizan el malestar de varios países miembros de la comunidad internacional con la “judicialización” del derecho internacional, como instrumento para controlar y disciplinar el ejercicio del poder estatal en el ámbito de las relaciones internacionales. Las instituciones y normas internacionales habrían “atado demasiado” las manos de los países, en particular, de los países poderosos, como Estados Unidos. El multilateralismo de los organismos internacionales y de sus mecanismos de solución de controversias no serviría más los intereses nacionales de dichos países. Por ende, sería necesario un periodo de reajuste, consistente en retirar soberanía estatal de las instituciones internacionales multilaterales y negar apoyo estatal hacia sus medios de arreglo pacífico de litigios.

La consecuente reintroducción de las visiones de poder conlleva a dichos medios hacia un escenario que se aleja del respecto del Estado de derecho internacional y se acerca a la discrecionalidad y la arbitrariedad política. Dicho escenario es particularmente amenazante para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y podría dar lugar no sólo a guerras comerciales, sino a otro tipo de conflictos, inclusive bélicos, entre los Estados miembros de la comunidad internacional.

La eventual salida de la crisis del OSD de la OMC será muy significativa respecto a la capacidad de los mecanismos pacíficos de solución de las controversias internacionales de adaptarse a los cambios en el equilibrio de poderes en el ámbito de las relaciones internacionales.

---

<sup>63</sup> Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “Trump’s Foreign Policy and International Trade Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, vol. XIX.

## SEGUNDA PARTE

# AVANCES Y RETOS DEL ARREGLO JUDICIAL DE LAS CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

## CAPÍTULO PRIMERO

### ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL ARREGLO JUDICIAL DE LOS LITIGIOS INTERNACIONALES

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

#### I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO JUDICIAL INTERNACIONAL

Como se dijo con anterioridad, el proceso judicial y arbitral internacional se basa en una serie de principios generales del derecho, que son fundamentales para la correcta impartición de la justicia en el derecho internacional. Para los propósitos limitados de la presente investigación, se estudia la aplicación de los principios *compétence de la compétence*, el principio *iura novit curia*, el principio *nemo iudex in causa sua* y el principio *res iudicata* ante los órganos judiciales y arbitrales internacionales.

Como se mencionó anteriormente, en virtud del principio *compétence de la compétence*, un órgano judicial y/o arbitral (interno o internacional) es autorizado a pronunciarse, por su propia iniciativa, sobre su competencia para resolver los casos que le son sometidos.

El principio *compétence de la compétence* es reconocido tanto en las sentencias como en los estatutos constitutivos de la mayoría de los órganos judiciales internacionales.

Así, por ejemplo, dicho principio es expresado, entre otros, en el artículo 36-6 del Estatuto de la CIJ,<sup>1</sup> en el artículo 288-4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,<sup>2</sup> en el artículo 58 del Reglamen-

---

<sup>1</sup> En virtud de dicha disposición: “En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá”.

<sup>2</sup> Este artículo establece que “En caso de controversia en cuanto a la competencia de una corte o tribunal, la cuestión será dirimida por esa corte o tribunal”.

to del TIDM<sup>3</sup> y en el artículo 32-2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>4</sup>

La CPJI aplicó el principio *compétence de la compétence* en el caso relativo a la *Administración del Príncipe Von Pless*.<sup>5</sup> Además, la CPJI mencionó dicho principio en el caso *Fábrica de Chorzow*.<sup>6</sup>

Por su parte, el TIDM aplicó el principio *compétence de la compétence* en el asunto *Grand Prince*.<sup>7</sup> El TIDM consideró que, de conformidad con una jurisprudencia bien establecida de los órganos judiciales internacionales, una jurisdicción tiene que cerciorarse, en todo tiempo, de su competencia para resolver el caso que le es sometido.<sup>8</sup>

En el asunto *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, la CIJ proclamó de manera muy solemne la importancia del principio general *compétence de la compétence*.<sup>9</sup> En el célebre caso *Nottebohm*,<sup>10</sup> la CIJ afirmó que desde el caso *Alabama*, y en antecedentes jurisprudenciales anteriores, ha sido generalmente aceptado que en ausencia de un acuerdo *a contrario*, un tribunal internacional tiene el derecho de decidir sobre su propia competencia.<sup>11</sup> La CIJ reiteró estos considerandos en el caso relativo a la *Interpretación de los tratados de paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania*.<sup>12</sup> En el mismo sentido, la Corte se refirió al principio *compétence de la compétence* en el caso *Pesquerías del Atlántico (Fisheries jurisdiction case)*.<sup>13</sup>

La CIDH aplicó ese principio en el reciente caso *Fleury y otros c. Panamá*.<sup>14</sup> En dicho asunto, la Corte aplicó el principio *compétence de la compétence* en el caso de ausencia de una de las partes en las audiencias contenciosas.<sup>15</sup>

<sup>3</sup> Dicho artículo retoma, casi literalmente, lo establecido en el artículo 288-4 de la Convención de Montego Bay. Según lo dispuesto en el artículo 58: "In the event of a dispute as to whether the Tribunal has jurisdiction, the matter shall be decided by the Tribunal".

<sup>4</sup> En virtud de esta disposición: "2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma".

<sup>5</sup> CPJI, *Administration of the Prince Von Pless*, 4 de febrero de 1933.

<sup>6</sup> CPJI, *Chorzow Factory Case (Jurisdiction)*, 26 de julio de 1927, p. 32.

<sup>7</sup> TIDM, *Grand Price, France vs Belize*, 20 de abril de 2001.

<sup>8</sup> TIDM, *Grand Prince, cit.*, párr. 77.

<sup>9</sup> CIJ, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Counsel, India vs. Pakistan*, 18 de agosto de 1972.

<sup>10</sup> CIJ, *Nottebohm, Lichtenstein vs. Guatemala*, 18 de noviembre de 1953.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 119 y 120.

<sup>12</sup> CIJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, opinión consultativa, 18 de julio de 1950.

<sup>13</sup> CIJ, *Fisheries Jurisdiction Case, Alemania c. Islandia*, 2 de febrero de 1973.

<sup>14</sup> CIDH, *Fleury y otros c. Panamá*, 23 de noviembre de 2011.

<sup>15</sup> CIDH, *Fleury y otros c. Panamá, cit.*, párr. 14 y 15.

En el mismo sentido, en el caso *Ivcher Bronstein c. Perú*,<sup>16</sup> la CIDH consideró que “La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*)...”<sup>17</sup> La CIDH reafirmó lo establecido en la sentencia *Ivcher Bronstein* en el caso *Tribunal constitucional de Perú*<sup>18</sup> y en otros casos similares de su jurisprudencia posterior.<sup>19</sup>

El principio *compétence de la compétence* es aplicado, en términos muy similares, en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Así, por ejemplo, en el caso *Tadić*,<sup>20</sup> el TPIY basó la aplicación del principio *compétence de la compétence* en varias “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CIJ.<sup>21</sup> Lo establecido por el TPIY en el caso *Tadić* fue reafirmado en el asunto *Blaskić*.<sup>22</sup>

*Iura novit curia* (“el juez conoce el derecho”) constituye un adagio latín que reenvía a prácticas muy antiguas del derecho romano, relativas a la determinación de la función del juzgador y de las partes en la resolución de las controversias. Según este principio, el juzgador es el encargado de conocer o saber el derecho, y las partes son responsables de demostrarle los hechos.<sup>23</sup> Dicha repartición se expresa, además, en otro adagio del derecho romano: *damni factum, dabo tibi ius* (“dame los hechos y yo te daré el derecho”). Es necesario que los juzgadores conozcan el derecho, porque si no lo conocieran dependerían por completo de lo que las partes determinen como “derecho”. La ausencia de derecho determinado por las partes impediría a los jueces y árbitros ejercer su función; asimismo, las partes, de común acuerdo, podrían “deformar” el derecho para “hacerlo decir” lo que más les convenga.<sup>24</sup>

En el caso de los jueces internacionales, el conocimiento del derecho concierne únicamente al derecho internacional —derecho del orden jurídico que le otorga su función judicial—. El juez internacional no puede ni

<sup>16</sup> CIDH, *Ivcher Bronstein c. Perú*, 24 de septiembre de 1999.

<sup>17</sup> *Ibidem*, párrs. 32 y 33.

<sup>18</sup> CIDH, *caso del Tribunal Constitucional (Perú)*, competencia, 24 de septiembre de 1999.

<sup>19</sup> CIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009, párr. 44.

<sup>20</sup> TPIY, *Prosecutor vs. Dusko Tadić*, 2 de octubre de 1995.

<sup>21</sup> En particular, el tribunal se refirió a lo establecido respecto al principio *compétence de la compétence* en los casos *Nottebohm* y *Effect of Awards of the United Nations Administrative Tribunal* (TPIY, *Tadić*, *cit.*, párrs. 16 y 18).

<sup>22</sup> TPIY, *Prosecutor v. Blaskić*, 18 de julio de 1997.

<sup>23</sup> Verhoeven, Joe, “Juris novit curia et le juge international”, disponible en: [http://untreaty.un.org/cod/avl/lis/Verhoeven\\_CT\\_video\\_1.html](http://untreaty.un.org/cod/avl/lis/Verhoeven_CT_video_1.html).

<sup>24</sup> *Idem*.

debe conocer el derecho interno de los Estados miembros de la comunidad internacional.

El principio *iura novit curia* no figura en los Estatutos constitutivos de los tribunales internacionales, pero su aplicación en el arreglo judicial de las controversias internacionales se comprueba en su práctica jurisprudencial respectiva.

Así, por ejemplo, en el caso *Río Oder (River Oder Case)*,<sup>25</sup> la CPJI afirmó que las partes deben aportar los hechos, pero la Corte puede calificarlos jurídicamente de manera autónoma. En el mismo sentido, en el caso *Lotus*,<sup>26</sup> la CPJI estimó que su tarea principal consiste en conocer, determinar y aplicar el derecho internacional para resolver las controversias que se le presentan. En el caso *Pesquerías del Atlántico*,<sup>27</sup> la CIJ señaló que “la Corte tiene por misión determinar y aplicar el derecho en las circunstancias de cada caso particular; la obligación de establecer o de probar sus reglas no puede ser impuesta a ninguna de las partes porque el derecho es del conocimiento judicial de la Corte”.<sup>28</sup>

La CEDH, en el famoso caso *Handsyde c. Reino Unido*,<sup>29</sup> afirmó, en un *obiter dictum*, que es la única responsable de la caracterización jurídica de los hechos y, por lo tanto, es competente para examinar *ex officio* todas las cuestiones de derecho, incluso si éstas no fueron incluidas en los alegatos de las partes.<sup>30</sup> Los criterios establecidos por la CEDH en el caso *Handsyde* fueron reafirmados por la CIDH en los casos *Velásquez Rodrigues c. Honduras*<sup>31</sup> y *Godínez Cruz c. Honduras*.<sup>32</sup> Además, cabe señalar que la CIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos utilizan el principio *iura novit curia* para fundamentar la caracterización jurídica de los hechos en los recursos que se les presentan.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> CPJI, *River Oder Case*, 10 de septiembre de 1929.

<sup>26</sup> CPJI, *S.S. Lotus, France v. Turkey*, 7 de septiembre de 1927.

<sup>27</sup> Dicho asunto se originaba en una controversia de delimitación marítima entre Gran Bretaña, Alemania e Islandia. Durante la fase judicial de la controversia ante la CIJ, Islandia se negó a comparecer y no presentó demandas escritas para protestar contra lo que ella consideraba como invasión de sus aguas territoriales por parte de Gran Bretaña y Alemania.

<sup>28</sup> Verhoeven, Joe, *op. cit.*

<sup>29</sup> CEDH, *Handsyde vs. UK*, 7 de diciembre de 1976.

<sup>30</sup> CEDH, *De Wilde, Ooms and Versyp vs Belgium*, 18 June 1971, párr. 49.

<sup>31</sup> CIDH, *Velásquez Rodrigues c. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988.

<sup>32</sup> CIDH, *Godínez Cruz c. Honduras*, 20 de enero de 1989.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Andrés Mestre c. Colombia*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “Asimismo, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Comisión considera que los hechos podrían caracterizar violaciones al derecho a la personalidad jurídica previsto en el artículo 3 de la Convención Americana en concordancia con el

En virtud de lo señalado anteriormente, el principio general *nemo iudex in causa sua* fundamenta dos requerimientos imperativos, inherentes a la noción misma de derecho y de justicia: la independencia y la imparcialidad del juzgador. El derecho a un tribunal independiente e imparcial constituye, además, un derecho humano garantizado en todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.<sup>34</sup>

Los estatutos constitutivos de los tribunales internacionales consagran expresamente el principio *nemo iudex in causa sua* con disposiciones que buscan garantizar la imparcialidad de los jueces internacionales, al establecer una serie de actividades incompatibles con el ejercicio de su función judicial.

Así, por ejemplo, los artículos 16, 17, y 24<sup>35</sup> del Estatuto de la CIJ, los artículos 7o.<sup>36</sup> y 8o.<sup>37</sup> del Estatuto del TIDM, el artículo 4o. del Reglamento

---

artículo 1.1 del mismo instrumento, respecto de la alegada desaparición forzada de Andrés Mestre Esquivel”. Informe No. 75/08, Petición 268-06, admisibilidad, Andrés Mestre Esquivel, Colombia, 17 de octubre de 2008.

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. De la misma manera, el artículo 6-1 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley...”. El mismo derecho protegido por el artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8o. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 7o. de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>35</sup> El artículo 16 establece que “1. Ningún miembro de la Corte podrá ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional. 2. En caso de duda, la Corte decidirá”. De conformidad con el artículo 17: “1. Los miembros de la Corte no podrán ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto. 2. No podrán tampoco participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad. 3. En caso de duda, la Corte decidirá”. Por su parte, el artículo 24 prevé la obligación de un juez de la Corte de recusarse si por algún motivo se estima incompetente para participar en los deliberados.

<sup>36</sup> En virtud de esta disposición: “1. Los miembros del Tribunal no podrán ejercer función política o administrativa alguna, ni tener una vinculación activa con ninguna empresa que intervenga en la exploración o la explotación de los recursos del mar o de los fondos marinos o en otra forma de aprovechamiento comercial del mar o de los fondos marinos, ni tener un interés financiero en dichas empresas. 2. Los miembros del Tribunal no podrán ejercer funciones de agente, consejero ni abogado en ningún asunto. 3. En caso de duda sobre estas cuestiones, el Tribunal decidirá por mayoría de los demás miembros presentes”.

<sup>37</sup> En términos del artículo 8: “1. Los miembros del Tribunal no podrán conocer de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados

de la Corte,<sup>38</sup> y el artículo 18 del Estatuto de la CIDH<sup>39</sup> garantizan la imparcialidad de los jueces que integran dichas jurisdicciones a través de una regulación de los cargos incompatibles con el ejercicio de su función judicial. Además, el Estatuto de la CIDH contiene una disposición original destinada a evitar los conflictos de interés que los jueces de la Corte pudieran tener con los miembros de su familia.<sup>40</sup> Los instrumentos convencionales que regulan la actividad judicial del TPIY, del TPIR y de la CPI contienen disposiciones muy similares respecto a la necesaria imparcialidad de los jueces que los componen. En el caso de las dos jurisdicciones penales *ad hoc* se trata de disposiciones casi idénticas.<sup>41</sup>

El primer aspecto del principio *nemo iudex in causa sua* —la imparcialidad de los jueces internacionales— ha sido invocado en varios casos de su jurisprudencia.

---

de cualquiera de las partes, como miembros de un tribunal nacional o internacional o en cualquier otra calidad. 2. Si, por alguna razón especial, un miembro del Tribunal considera que no debe conocer de un asunto determinado, lo hará saber al Presidente del Tribunal...”.

<sup>38</sup> Tras de su última modificación en febrero de 2012, el artículo 4o. del Reglamento de la CEDH establece que “...ningún juez debe ejercer una actividad política, administrativa o profesional, incompatible con su independencia e imparcialidad, o con las demandas del ejercicio del oficio judicial a tiempo completo. Asimismo, cada juez debe declarar al Presidente de la Corte cualquier actividad adicional. En caso de desacuerdo entre el Presidente y el juez, la cuestión será llevada al pleno de la Corte...”.

<sup>39</sup> En virtud de dicho artículo: “1. Es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de los cargos y actividades siguientes: *a.* los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros; *b.* los de funcionarios de organismos internacionales; *c.* cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo...”.

<sup>40</sup> El artículo 18 establece que “1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieran interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte. 2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente...”.

<sup>41</sup> Según la regla 15 de las Reglas sobre Procedimiento y Pruebas del TPIY, un juez no puede comparecer en un juicio (de primera instancia o de apelación) en el que tiene un interés personal o algún otro tipo de relación que podría afectar su imparcialidad. En cualquier situación de este tipo el juez deberá recusarse, y el presidente del TPIY nombrará otro magistrado que lo sustituya en el cargo. En el mismo sentido, la regla 15 de las Reglas sobre Procedimiento y Pruebas del TPIR prevé un procedimiento de recusación idéntico al establecido en las Reglas del TPIY.

La CIJ aplicó el principio *nemo iudex in causa sua* en el caso *Anglo-Iranian Co.*<sup>42</sup> En dicho asunto, el juez de nacionalidad india, sir Benegal Raw, declinó su competencia para participar en la resolución de la controversia porque había sido representante de la India en el Consejo de Seguridad de la ONU cuando éste adoptó una decisión que servía de antecedente para la resolución del caso en cuestión. Posteriormente, en el caso *Namibia*,<sup>43</sup> la CIJ rechazó la demanda de Sudáfrica de recusar a los jueces sir Zafrulla Khan, Padilla Nervo y Morozov debido a su previa participación en el caso en la calidad de representantes de sus gobiernos nacionales ante la ONU. En el mismo sentido, en el caso *Certain Phosphate Lands in Nauru*,<sup>44</sup> uno de los jueces se recusó debido a su involucración previa con el caso. Otro juez de la CIJ estimó que no podía participar en la resolución de la controversia en el caso *Arbitral Award of 31 July of 1989*<sup>45</sup> porque había sido árbitro en la sentencia arbitral que lo originó. *A contrario*, en el caso *Rights of Nationals of the United States in Morocco*,<sup>46</sup> participaron dos jueces que habían sido consejeros jurídicos de las partes en la controversia, en sus etapas anteriores.

La jurisprudencia de la CEDH respecto al principio *nemo iudex in causa sua* se refiere a los criterios de aplicación del artículo 6o. de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por lo tanto, se trata de la apreciación de la independencia e imparcialidad de los jueces internos y no internacionales. Uno de los casos en los que la CEDH estableció con claridad el doble test de imparcialidad de un magistrado es *Piersack c. Bélgica*.<sup>47</sup> La jurisprudencia de la CEDH respecto a la imparcialidad de los jueces internos es literalmente seguida por la CIDH. Así por ejemplo, en el caso *Herrera Ulloa*,<sup>48</sup> la

<sup>42</sup> CIJ, *Anglo-Iranian Co.*, 22 de julio de 1952.

<sup>43</sup> CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, opinión consultativa, 21 de junio de 1971.

<sup>44</sup> CIJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Australia vs Nauru)*, 26 de junio de 1992.

<sup>45</sup> CIJ, *Arbitral Award of 31 July of 1989 (Guinea Bissau vs Senegal)*, 31 de julio de 1989.

<sup>46</sup> CIJ, *Rights of Nationals of the United States in Morocco (France vs USA)*, 27 de agosto de 1952.

<sup>47</sup> En este caso el señor Piersack alegaba la falta de imparcialidad de uno de los jueces del tribunal penal que lo condenó, en particular, porque este juez había ejercido el cargo previo de procurador. La CEDH estimó que la apreciación de la imparcialidad de un juez (interno) debe ser sujeta a un doble criterio. En primer lugar, se debe aplicar un criterio subjetivo, al determinar la convicción personal de un juez sobre un determinado caso y, en segundo lugar, se debe proceder a un examen objetivo para saber si las garantías a su imparcialidad son suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. CEDH, *Piersack C. Bélgica*, 1o. de octubre de 1982).

<sup>48</sup> CIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004.

CIDH citó lo establecido en las sentencias *Morris*<sup>49</sup> y *Pabla KY*<sup>50</sup> de la CEDH, recordando el doble test de imparcialidad que se debe aplicar a los jueces nacionales.<sup>51</sup> La jurisprudencia de la CEDH sobre la imparcialidad de los miembros de un tribunal también fue retomada literalmente por el TPIY, en el caso *Furundzija*<sup>52</sup> y en asuntos de la jurisprudencia posterior tanto del TPIY como del TPIR.<sup>53</sup>

Como se dijo con anterioridad, el principio *res iudicata* (autoridad de la cosa juzgada) establece, por un lado, el carácter obligatorio y definitivo de las sentencias judiciales internacionales y, por el otro, la imposibilidad de volver a litigar un caso una vez que éste ha sido resuelto por un tribunal internacional. Dicho principio concierne únicamente al dispositivo (*dispositif*) y no a los considerandos de la resolución judicial.

El principio *res iudicata* se reconoce en la mayoría de los estatutos constitutivos de los tribunales internacionales.

Así, por ejemplo, los estatutos constitutivos de la CIJ y del TIDM contienen la expresión más fiel del efecto negativo y del efecto positivo del principio *res iudicata*.<sup>54</sup> Por su parte, los estatutos constitutivos de la CIDH y de la CEDH expresan únicamente el efecto negativo del principio *res iudicata*, al

<sup>49</sup> CEDH, *Steel and Morris vs the UK*, 15 de mayo de 2005.

<sup>50</sup> CEDH, *Pabla KY vs Finlandia*, 22 de junio de 2004.

<sup>51</sup> En términos de la Corte: “Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso” (CIDH, *Herrera Ulloa*, *cit.*, párr. 170).

<sup>52</sup> TPIY, *Prosecutor vs. Furundzija*, Cámara de Apelaciones, 21 de julio de 2000.

<sup>53</sup> TPIY, *Decision on the Application by Momir Talic for the Disqualification and Withdrawal of a Judge* (Trial Chamber II), 18 de mayo de 2000; TPIY, *Kordic y Cerkez* 17 de diciembre de 2004; TPIY, *Celebici*, 16 de noviembre de 1998; TPIR, *Tharcisse Renzaho vs. The Prosecutor*, Appeal Chamber, 1o. de abril del 2011; TPIR, *Bagosora et al. vs. The Prosecutor*, Trial Chamber, 18 de diciembre de 2008; TPIR, *Ildelphonse Hategekimana vs. Prosecutor*, 8 de mayo de 2012.

<sup>54</sup> En virtud del artículo 59 del Estatuto de la CIJ: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Según lo previsto en el artículo 60 del mismo Estatuto: “El fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”. Por su parte, el artículo 33 del Estatuto del TIDM establece que “1. El fallo del Tribunal será definitivo y obligatorio para las partes en la controversia. 2. El fallo sólo tendrá fuerza obligatoria para las partes y respecto de la controversia que haya sido decidida. 3. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, el Tribunal lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

proclamar el carácter definitivo y la fuerza obligatoria de las sentencias de dichos tribunales.<sup>55</sup> El efecto negativo del principio de *res iudicata* se reconoce también en los estatutos de las jurisdicciones penales internacionales, a través de la prohibición de juzgar dos veces a un individuo por los mismos hechos (*non bis in idem*).<sup>56</sup>

Las primeras jurisdicciones internacionales que desarrollaron su doctrina judicial de *res iudicata* fueron la CPJI y la CIJ. Así, por ejemplo, en el caso relativo a los *Efectos de las sentencias de indemnización pronunciadas por el Tribunal administrativo de la ONU*,<sup>57</sup> la CIJ consideró que, “conforme con un principio bien establecido y generalmente reconocido, una sentencia pronunciada por un órgano judicial es cosa juzgada y tiene fuerza obligatoria para las partes en el diferendo”.<sup>58</sup> La Corte confirmó esta solución en el caso *Cameroun septentrional*.<sup>59</sup> Cabe señalar que la CIJ tuvo que aplicar el principio de *res iudicata* desde la primera sentencia que pronunció en el caso *Estrecho de Corfú*<sup>60</sup> y en el reciente caso *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio*.<sup>61</sup>

En el caso *Brumarescu c. Rumania*,<sup>62</sup> la CEDH derivó el principio de *res iudicata* del principio de seguridad jurídica, expresado en el preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos como componente clave del “Estado de derecho” (*rule of law*).<sup>63</sup> La CEDH reafirmó lo establecido en el caso *Brumarescu c. Rumania* en la decisión *Ryabikh c. Rusia*.<sup>64</sup>

<sup>55</sup> En ese sentido, en virtud del artículo 44 del Estatuto de la CEDH: “1. La sentencia de la Gran Sala será definitiva...”. De la misma manera, según el artículo 46 del Estatuto: “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité De Ministros, que velará por su ejecución”. Por su parte, el artículo 31 de dicho tratado establece que “3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación”.

<sup>56</sup> De conformidad con el artículo 10 del Estatuto del TPIY: “1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal...”.

<sup>57</sup> CIJ, *Effects of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal*, 13 de julio de 1954.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>59</sup> *Cameroun septentrional*, Cameroun c. Royaume-Uni, 2 de diciembre de 1963, p. 38.

<sup>60</sup> CIJ, *Estrecho de Corfú*, 15 de diciembre de 1949.

<sup>61</sup> CIJ, *Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina vs. Serbia*, 26 de febrero de 2007.

<sup>62</sup> CEDH, *Brumarescu c. Rumania*, 28 de octubre de 1999.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 61.

<sup>64</sup> CEDH, *Ryabikh vs Russia*, CEDH, 3 de diciembre de 2003, disponible en [http://sutyajnik.ru/rus/echr/judgments/ryabikh\\_eng.htm](http://sutyajnik.ru/rus/echr/judgments/ryabikh_eng.htm).

La CIDH tuvo que pronunciarse sobre una posible violación del principio *res iudicata* en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*.<sup>65</sup> La Corte definió la exigencia de triple identidad (personas, objeto, base legal) necesaria para la aplicación de dicho principio en el caso *Durand y Ugarte c. Perú*.<sup>66</sup> La Corte también aplicó el principio *res iudicata* en el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*.<sup>67</sup> En este asunto, la CIDH recordó que “a fin de que se configure *res iudicata* debe haber identidad entre los casos, esto es, las partes y el objeto del caso deben ser idénticos así como sus fundamentos legales”.<sup>68</sup>

En el caso *Tadic*,<sup>69</sup> el TPIY se pronunció sobre el efecto negativo del principio *res iudicata*,<sup>70</sup> y en el caso *Karadzic*,<sup>71</sup> el Tribunal reafirmó que el principio *non bis in idem* se aplica únicamente cuando existe una sentencia definitiva anterior que condena o absuelve un individuo, y que, posteriormente, el mismo individuo es juzgado una segunda vez por los mismos hechos.<sup>72</sup> En el caso *Delalic et al.*,<sup>73</sup> el TPIY señaló que el principio de *res iudicata* sólo aplica *inter partes*. Dicho principio fue aplicado en términos idénticos por parte del TPIR.<sup>74</sup>

Aunque el Reglamento del TJUE no “cristaliza” expresamente al principio *res iudicata*, este tribunal también lo ha aplicado e interpretado en numerosos casos de su jurisprudencia.<sup>75</sup>

<sup>65</sup> CIDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, 18 de noviembre de 1999 (excepciones preliminares).

<sup>66</sup> CIDH, *Durand y Ugarte*, 28 de mayo de 1999.

<sup>67</sup> Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 de noviembre de 2007.

<sup>68</sup> *Ibidem*, párrs. 55-58.

<sup>69</sup> TPIY, *Prosecutor vs. Tadic*, decisión *Non bis in idem*, 14 de noviembre de 1995.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párr. 9.

<sup>71</sup> TPIY, *Prosecutor vs. Radovan Karadzic*, 16 de noviembre de 2009, *Decision on the accused's motion for finding of non-bis-in-idem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párr. 13.

<sup>73</sup> TPIY, *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Judgment, 16 de noviembre de 1998.

<sup>74</sup> TPIR, *Laurent Semanza vs. The Prosecutor*, 31 de mayo de 2000; TPIR, *Jean Bosco Barayagwiza v The Prosecutor*, orden de 31 de marzo de 2000.

<sup>75</sup> TJUE, *Mrs Emilia Gualco (née Barge) v High Authority of the European Coal and Steel Community*, Case 14/64; TJUE, *Hoogovens Groep v Commission*, Cases 172 and 226/83; TJUE, *France v Parliament*, Cases 358/85 and 51/86; TJUE, *Jean Reynier and Piero Erba v Commission of the European Economic Community*, Cases 79/63 and 82/63; TJUE, *Rosemarie Kapferer v Schlank & Schick, GMBH*, Case C-243/04; TJUE, *Gerhard Köbler v Republik Österreich*, Case C-224/01.

## II. LA PARTICIPACIÓN DE EXPERTOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES INTERNACIONALES

Como se mencionó anteriormente, los órganos judiciales internacionales suelen recurrir a expertos externos para cumplir con su función jurisdiccional.<sup>76</sup> No obstante, los expertos pueden pronunciarse únicamente sobre los problemas fácticos de una controversia internacional, los problemas jurídicos quedan reservados al conocimiento exclusivo del juzgador (*iura novit curia/arbiter*).

La competencia de los tribunales internacionales para nombrar expertos está expresamente prevista en sus estatutos constitutivos. Así, por ejemplo, dicha facultad se establece en los artículos 50 del Estatuto de la CIJ,<sup>77</sup> 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY,<sup>78</sup> artículo A1, 2, del anexo al Reglamento de la CEDH,<sup>79</sup> artículo 289 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>80</sup> y artículo 13 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.<sup>81</sup>

Los expertos ante los tribunales internacionales son designados directamente por los jueces. En general, se designa a un solo experto, pero la complejidad de algunas cuestiones sometidas a los tribunales internacio-

---

<sup>76</sup> Savadogo, Louis, “Le recours des juridictions internationales à des experts”, *Annuaire français de droit international*, 2004, vol. 50, p. 231.

<sup>77</sup> En virtud de dicha disposición: “La Corte podrá, en cualquier momento, comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial”.

<sup>78</sup> Según este artículo: “Notwithstanding the provisions of Rules 66 and 67, reports, memoranda, or other internal documents prepared by a party, its assistants or representatives in connection with the investigation or preparation of the case, are not subject to disclosure or notification under those Rules”.

<sup>79</sup> En virtud de esta regla: “The Contracting Party on whose territory on-site proceedings before a delegation take place shall extend to the delegation the facilities and co-operation necessary for the proper conduct of the proceedings...”.

<sup>80</sup> De conformidad con dicha disposición: “En toda controversia en que se planteen cuestiones científicas o técnicas, la corte o tribunal que ejerza su competencia conforme a esta sección podrá, a petición de una de las partes o por iniciativa propia, seleccionar en consulta con las partes por lo menos dos expertos en cuestiones científicas...”.

<sup>81</sup> En virtud del apartado 2 del artículo 13: “Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia...”.

nales puede justificar el nombramiento de un comité compuesto por varios expertos. Las personas responsables de efectuar un peritaje a la demanda de un juez internacional no deben ser nacionales de los Estados parte en la controversia ni beneficiarse de algunos privilegios e inmunidades en el cumplimiento de sus funciones.<sup>82</sup> Su misión es estrictamente determinada por el juez en cuanto a su objeto y a su finalidad.<sup>83</sup>

Existen varios ejemplos concretos de la utilización del peritaje en la práctica de los tribunales internacionales.

Así, por ejemplo, la CPJI recurrió al dictamen de expertos en el caso *Fábrica de Chorzow*.<sup>84</sup> Por su parte, la CIJ aplicó la prerrogativa que le confiere el artículo 68 de su Estatuto en el caso *Estrecho de Corfú*.<sup>85</sup> La CIDH utilizó este procedimiento para solicitar un peritaje grafológico (caso *Brozicek c. Italia*),<sup>86</sup> hipotecario (caso *Papamichaopoulos c. Grecia*),<sup>87</sup> económico, artístico (caso *ex rey de Grecia y otros*)<sup>88</sup> o médico (*Balyemez c. Turquía*).<sup>89</sup> Los tribunales penales internacionales recurrieron al peritaje psicológico y psiquiátrico<sup>90</sup> en al menos diecinueve casos contenciosos.<sup>91</sup> En el mismo sentido, desde 1994, el OSD de la OMC ha resuelto más de doce casos que han supuesto la intervención de peritos.<sup>92</sup>

---

<sup>82</sup> Covadogo, Louis, *op. cit.*, p. 243.

<sup>83</sup> *Idem*.

<sup>84</sup> CPJI, *Fábrica de Chorzow*, 13 de septiembre de 1928.

<sup>85</sup> CIJ, *Estrecho de Corfú*, *cit.*

<sup>86</sup> CEDH, *Brozicek c. Italia*, 19 de noviembre de 1989.

<sup>87</sup> CEDH, *Papamichaopoulos c. Grecia*, 25 de octubre de 1995.

<sup>88</sup> CEDH, *ex rey de Grecia y otros*, 28 de noviembre de 2002.

<sup>89</sup> CEDH, *Balyemez c. Turquía*, 6 de septiembre de 2004.

<sup>90</sup> En este sentido, en virtud del artículo 74 bis de las reglas de procedimiento y prueba, la Cámara de Primera Instancia puede solicitar el examen médico, psiquiátrico o psicológico del inculpado. Dicho peritaje es confiado a expertos, cuyos nombres figuran en una lista especial, establecida para este efecto en la Secretaría del Tribunal.

<sup>91</sup> Por ejemplo: TPIY, 15 de julio de 2004, *Le Procureur c. Slobodan Milosevic, nouvelle ordonnance relative à l'examen médical de l'accusé*; 7 de junio de 2002, *Prosecutor v. Dusan Fustar*, Order of Defense Motion for Medical Examination; 31 de mayo de 2002, *Prosecutor v. Mile Mrksi*, Order on Mile Mrksi's Motion for Provisional Release; 28 de mayo de 2002, *Prosecutor v. Mladen Naletili*, alias 'Tuta', Order to the Registry; 7 de mayo de 2002, *Prosecutor v. Milomir Staki*, Order for Medical Examination Staki.

<sup>92</sup> Así, por ejemplo, en el caso de *EC-Hormonas*, la determinación, por parte del panel de la OMS, de la existencia de riesgo para la salud humana del consumo de carne tratada con hormonas se hizo con base en la opinión de expertos, designados por las partes y por el propio panel.

### III. EL *AMICUS CURIAE* ANTE LOS ÓRGANOS JUDICIALES INTERNACIONALES

Como se dijo con anterioridad, la institución del *amicus curiae* se aplica en los mecanismos de impartición de justicia tanto en el plano interno como en el internacional. El *amicus curiae* es un amigo de la Corte —un tercero (no parte) en la controversia— que ofrece presentar al tribunal sus argumentos, su perspectiva especial o su peritaje sobre la controversia en la forma de observaciones escritas (*briefs or submission*).<sup>93</sup>

La posibilidad de admitir las observaciones de *amicus curiae* está prevista en los estatutos constitutivos de muchos tribunales internacionales.

Así por ejemplo, el Estatuto de la CIJ contiene disposiciones que podrían servir de base legal para la intervención de los Estados<sup>94</sup> y de las organizaciones internacionales intergubernamentales en la calidad de *amicus curiae* en los procesos iniciados ante la Corte.<sup>95</sup> No obstante, a pesar del interés directo que los individuos<sup>96</sup> o las organizaciones no gubernamentales<sup>97</sup> pudieran tener en la resolución de una determinada controversia ante la CIJ, la Corte siempre les ha negado la capacidad de presentar observaciones de *amicus curiae*. El TIDM es otra jurisdicción internacional permanente

<sup>93</sup> *Aguas Argentinas S.A and Others v. Petition Jbr Transparency and Participation as Amicus Curiae*, ICSID case No. ARB/03.

<sup>94</sup> La capacidad de los Estados de intervenir en el procedimiento en la calidad de *amicus curiae* podría basarse en los artículos 62 y 63 del Estatuto de la CIJ. En virtud del artículo 62: “1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir...”. En el mismo sentido, según lo establecido en el artículo 63: “1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados. 2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso...”.

<sup>95</sup> La posibilidad, para las organizaciones internacionales, de intervenir en los procesos ante la CIJ en la calidad de *amicus curiae*, podría deducirse de los artículos 34 y 50 del Estatuto de la Corte.

<sup>96</sup> Como se señaló anteriormente, los individuos no tienen un *locus standi* ante la CIJ. La Corte no ha aceptado incluirlos en la categoría de entes jurídicos autorizados a intervenir en el proceso en virtud del artículo 34 del Estatuto. Por lo tanto, los individuos están excluidos del campo de aplicación de dicho artículo y no disponen de una base legal que les permita presentar observaciones a la Corte en la calidad de *amicus curiae*.

<sup>97</sup> La Corte nunca ha aceptado la intervención de las ONG en la cualidad de *amicus curiae*. Así, por ejemplo, en el caso *Asylum*, la Liga Internacional para los Derechos del Hombre solicitó presentar información a la Corte en virtud del artículo 34 de su Estatuto. Dicha solicitud fue rechazada por la CIJ. Bartholomeusz, Lance, “The *amicus curiae* Before international Courts and Tribunals”, *Non-States Actors and International Law*, 2005, vol. 5, p. 215.

que se ha mostrado renuente en admitir la participación de *amicus curiae* en sus procedimientos contenciosos. Las reglas de su Estatuto, inspiradas en las de la CIJ, contienen varias disposiciones que podrían servir de base legal para la admisión de este tipo de observaciones,<sup>98</sup> pero el tribunal nunca las ha aceptado.

En cambio, la intervención de terceros a la instancia, en particular en la calidad de *amicus curiae*, es ampliamente reconocida en los procedimientos ante los tribunales regionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, la CEDH es competente para recibir observaciones escritas por parte de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos en todos los asuntos en los que intervienen nacionales de estos Estados en la calidad de demandantes. De igual modo, el comisario de derechos humanos del Consejo Europeo puede presentar estas observaciones en todos los casos llevados ante la Corte.<sup>99</sup> El Reglamento de la Corte establece que el presidente de la Cámara puede autorizar a todo Estado parte a la Convención Europea de Derechos Humanos que no tenga relación directa con el asunto, o todo particular que no sea parte en la controversia, a someter observaciones escritas o a participar en la audiencia si las participaciones benefician a la buena impartición de la justicia.<sup>100</sup> Además, el Reglamento fija condiciones muy precisas para la admisión de este tipo de observaciones escritas.<sup>101</sup> La competencia de la CIDH para recibir observaciones escritas por parte de *amici curiae* está prevista en términos similares. En efecto, el Re-

<sup>98</sup> Así, por ejemplo, el artículo 84 del Reglamento del TIDM retoma casi literalmente lo establecido en el artículo 34 del Estatuto de la CIJ respecto a la posibilidad para las organizaciones internacionales intergubernamentales de intervenir en los procedimientos contenciosos para presentar información útil para la resolución del caso.

<sup>99</sup> En virtud del artículo 36 de la Convención Europea de Derechos Humanos: “1. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista. 2. En interés de una buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista. 3. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista”.

<sup>100</sup> Según la regla 44 de las Reglas de procedimiento de la CEDH: “2. (a) Once notice of an application has been given to the respondent Contracting Party under Rule 51 § 1 or Rule 54 § 2 (b), the President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, as provided in Article 36 § 2 of the Convention, invite, or grant leave to, any Contracting Party which is not a party to the proceedings, or any person concerned who is not the applicant, to submit written comments or, in exceptional cases, to take part in a hearing”.

<sup>101</sup> En particular, la regla 44 fija los plazos y la forma en la cual deben ser presentadas dichas observaciones.

glamento de la CIDH<sup>102</sup> establece que la Corte podrá oír a cualquier persona cuya opinión estime pertinente, y podrá solicitar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta, respectivamente.<sup>103</sup> Además, la intervención de *amicus curiae* en las instancias iniciadas ante la Corte es expresamente regulada por el artículo 44 de su Estatuto. La CIDH ha admitido muy frecuentemente comunicaciones escritas por parte de *amici curiae*.<sup>104</sup>

La posibilidad de recibir observaciones escritas por parte de un *amicus curiae* está prevista en términos similares en los Estatuto de la CPI<sup>105</sup> del TPIY y del TPIR.<sup>106</sup> Todos los tribunales penales internacionales han recibido frecuentemente observaciones de *amici curiae*. En dicha calidad han intervenido tanto Estados miembros de la comunidad internacional,<sup>107</sup> como individuos<sup>108</sup> y organizaciones internacionales.<sup>109</sup>

<sup>102</sup> El artículo 64 del Reglamento de la CIDH (audiencias sobre peticiones o casos) establece el tiempo en el que las observaciones de *amicus curiae* deben ser presentadas, sus formas y requerimientos de admisión.

<sup>103</sup> Defensoría del Pueblo, *op. cit.*, p. 34.

<sup>104</sup> Así, por ejemplo, la Corte recibió comunicaciones por parte de *amici curiae* en la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982; Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1989; Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983; Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, numeral 5; Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

<sup>105</sup> En virtud de la regla 103 (*Amicus curiae and other forms of submission*): “1. At any stage of the proceedings, a Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to submit, in writing or orally, any observation on any issue that the Chamber deems appropriate. 2. The Prosecutor and the defense shall have the opportunity to respond to the observations submitted under sub-rule 1. 3. A written observation submitted under sub-rule 1 shall be filed with the Registrar, who shall provide copies to the Prosecutor and the defense. The Chamber shall determine what time limits shall apply to the filing of such observations”. Según la regla 149, el mismo procedimiento se aplica *mutatis mutandis* para los casos llevados ante la Cámara de Apelaciones.

<sup>106</sup> En virtud de las Reglas de Prueba y Procedimiento del TPIY, un Estado, una organización (gubernamental o no gubernamental) y cualquier persona (física o jurídica) pueden comparecer ante el Tribunal y presentarle observaciones escritas acerca de la resolución de un determinado caso contencioso. Las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR contienen una disposición idéntica respecto a la intervención de *amicus curiae* en las instancias.

<sup>107</sup> Así, por ejemplo, Alemania intervino como *amicus curiae* en el caso *Tadic*; Yugoslavia en el caso *Erdemovic*, y Bosnia y Herzegovina en el caso relativo al *Liderazgo serbio-bosnio*.

<sup>108</sup> Así, por ejemplo, la profesora de derecho del Reino Unido, Christine Chinkin, presentó observaciones al TPIY en la calidad de *amicus curiae* en el caso *Tadic*.

<sup>109</sup> Así, por ejemplo, el TPIR recibió observaciones de una coalición de ONG ruandesas e internacionales en el caso *Acyesu* respecto a algunos crímenes de índole sexual. En el mismo

Finalmente, el Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC autoriza a Estados y entes no estatales a presentar observaciones escritas de *amicus curiae* sobre la adopción de un informe por parte del OSD.<sup>110</sup> En esta calidad han intervenido los Estados miembros de la OMC,<sup>111</sup> ONG o individuos.

La institución del *amicus curiae* se reconoce en algunos tratados<sup>112</sup> y en varios reglamentos de arbitraje.<sup>113</sup>

---

caso, el Tribunal también recibió las observaciones de *amicus curiae* del secretario general de la ONU (Bartholomeusz, Lance, *op. cit.*, p. 246).

<sup>110</sup> Según el artículo 17.14 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC: “Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia... Este procedimiento de adopción se entenderá sin perjuicio del derecho de los Miembros a exponer sus opiniones sobre los informes del Órgano de Apelación”.

<sup>111</sup> Así, por ejemplo, Marruecos intervino como *amicus curiae* en el caso *Sardinas* (*European Communities Trade Description of Sardines*, 26 de septiembre de 2002. Bartholomeusz, Lance, *op. cit.*, p. 264).

<sup>112</sup> Así, por ejemplo, en virtud de los artículos 28-3 del TBI entre Estados Unidos y Uruguay: “3. El tribunal tendrá autoridad para aceptar y considerar presentaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente”. La admisibilidad de observaciones de *amicus curiae* por parte de un tribunal arbitral internacional se establece también en el artículo 39 del Modelo canadiense de TBI de 2004, en el artículo 9.16 del TLC entre Australia y China de 2015, en el artículo 10.26 del TBI entre Chile y Hong Kong de 2016 y en el artículo 18 del modelo de TBI de Noruega de 2015.

<sup>113</sup> Así, por ejemplo, en virtud de la regla 37-2 del Reglamento de Arbitraje del CIADI: “Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla ‘parte no contendiente’) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia; (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente”. De igual forma, de conformidad con el artículo 4-1 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado: “1. Tras consultar con las partes litigantes, el tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado no litigante (‘tercero’) presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio”. Inicialmente, el Reglamento de Arbitraje del Comercio Internacional de Estocolmo no incluía la posibilidad de presentar observaciones de *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales que se llevan a cabo bajo los auspicios de dicha institución. No obstante, después de una revisión de dicho reglamento en 2017, se

Estos instrumentos contienen una serie de condiciones comunes con las que deben cumplir las observaciones de *amicus curiae* para ser admisibles ante los órganos arbitrales internacionales. En primer lugar, se establece que las partes en los procedimientos arbitrales deben ser autorizadas a presentar sus opiniones acerca de dichas observaciones. En segundo lugar, las intervenciones de *amicus curiae* deben tener una relación directa con la materia objeto de la controversia. En tercer lugar, el tribunal arbitral internacional es competente para apreciar la utilidad de dichas intervenciones para el análisis de los elementos fácticos y jurídicos de la controversia.<sup>114</sup> En cuarto lugar, los árbitros deben asegurarse de que el ente que pretende actuar en la cualidad de *amicus curiae* tiene un interés directo o significativo en la resolución de la controversia.<sup>115</sup> Dichos criterios no son exhaustivos, y los árbitros gozan de una gran libertad para determinar la admisibilidad de las observaciones de *amicus curiae* y para establecer condiciones adicionales *motu proprio*.<sup>116</sup>

#### IV. LA PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL INTERNACIONAL

Como se dijo con anterioridad, el estándar de prueba consiste en indicar los criterios de valoración de las pruebas presentadas ante un juez y la importancia que se atribuye a cada uno de los indicios probatorios. Se distinguen tres principales estándares de prueba que dependen del grado de evidencia requerida: “equilibrio de probabilidades” (*balance of probabilities*), “prueba clara y convincente” (*clear and convincing*) y “prueba más allá de cualquier duda razonable” (*beyond a reasonable doubt*). En contraste, el estándar de prueba en los sistemas de *civil law* es un concepto muy poco desarrollado. En dichos

---

incluyó, en el anexo III del Reglamento, un nuevo artículo 3o., que permite la presentación de este tipo de observaciones.

<sup>114</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Infinito Gold v Costa Rica* (ICSID, *Infinito Gold v. Costa Rica*, 2016), el tribunal arbitral admitió las observaciones de *amicus curiae* porque consideró que aportaban elementos útiles para la resolución de la controversia.

<sup>115</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Apotex vs. USA* (*Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America* ICSID Case No.), el tribunal arbitral no aceptó la solicitud de presentar observaciones de *amicus curiae* que había formulado un abogado especialista en materia de arbitraje internacional de inversiones. El abogado alegaba tener un interés directo en que todas las empresas cumplan con las disposiciones del TLCAN en materia de inversiones.

<sup>116</sup> Brabandere, Eric de, “*Amicus Curiae* (Investment Arbitration)”, en Ruiz-Fabri, Hélène y Planck, Max, *Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford University Press, 2019.

países, las pruebas buscan convencer la “conciencia personal o íntima” del juzgador acerca de la veracidad de los indicios fácticos.

Los órganos judiciales internacionales se inscriben en la tradición de la familia jurídica romano-germánica, al considerar que el estándar de prueba depende de la convicción del juez (*conviction intime du juge, freie richterliche Überzeugung*).<sup>117</sup> La prueba en el proceso judicial internacional debe presentar un grado suficiente, o razonablemente fundamentado, susceptible de convencer al juzgador sobre la veracidad de los elementos fácticos que fundamentan el caso.<sup>118</sup> Como lo señaló el OSD de la OMC en el caso *US-Shrimp*: “Tenemos que apreciar las pruebas aportadas a la luz de las circunstancias de cada caso particular. Esto significa que debemos tomar en cuenta todo tipo de prueba y que podemos llegar a conclusiones sobre un alegato particular, basándonos en el grado de evidencia que consideremos suficiente”.<sup>119</sup>

La Convención Europea de Derechos Humanos y el Reglamento de la CEDH guardan silencio respecto al estándar de prueba, aplicado por la Corte. La jurisprudencia de la CEDH demuestra que ésta ha tomado en cuenta el estándar de prueba convincente y lo ha aplicado a través de un análisis *case by case*. En términos de la Corte, las pruebas deben ser esclarecidas “más allá de cualquier duda razonable”.<sup>120</sup> El criterio de razonabilidad ha sido definido por la CEDH como “No una duda basada en una mera posibilidad teórica, sino una duda para la cual pueden ser encontradas razones suficientes en los hechos presentados”.<sup>121</sup> Se ha criticado a la CEDH por mantener un estándar de prueba demasiado alto, que beneficia más al Estado autor de la violación de derechos humanos que a las víctimas de dichas violaciones.

---

<sup>117</sup> Foster, Caroline, “Burden of Proof in International Courts and Tribunals”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 29, p. 32.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>119</sup> *Panel Report, United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WTO Doc WT/DS58/R, 6 de noviembre de 1998.

<sup>120</sup> CEDH, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece (the Greek case)*, 31 de mayo de 1968, párr. 30; CEDH, *Ireland, v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, párr. 61; CEDH, *Aydin v. Turkey*, 3 de junio de 2016, párr. 72; CEDH, *Mentes and Others v. Turkey*, 12 de noviembre de 2013, párr. 66; CEDH, *Kaya v. Turkey*, 8 de septiembre de 2014, párr. 38; CEDH, *Veznedaroglu v. Turkey*, 23 de abril de 2000, párr. 30; CEDH, *Cakici v. Turkey*, 8 de julio de 1999, párr. 92; CEDH, *Kilic v. Turkey*, 28 de marzo de 2000, párr. 64.

<sup>121</sup> CEDH, *Ribitsch v. Austria*, 4 de diciembre de 1995, párr. 104.

La CIDH no ha definido claramente los estándares probatorios que utiliza y se limita a afirmar su libertad para determinar<sup>122</sup> “el quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo”.<sup>123</sup> Desde una perspectiva general, el estándar de la prueba ante la Corte ha variado en función de las circunstancias de cada caso particular. Así, en algunos asuntos, la CIDH ha utilizado estándares de prueba relativamente bajos, mientras que en otros se ha referido a una prueba “más allá de cualquier duda razonable”.<sup>124</sup> Así por ejemplo, en el caso *Apitz Barbera vs. Venezuela*,<sup>125</sup> la CIDH utilizó un estándar de prueba “clara y convincente”, y en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, la Corte consideró que un hecho no podía ser probado “con entera certeza” (o “más allá de cualquier duda razonable”), pero que existía “un alto grado de probabilidad” de que había ocurrido y, por ende, podría considerarse como comprobado.<sup>126</sup>

El Estatuto de la CIJ tampoco contiene disposiciones específicas respecto al estándar de prueba aplicado por la Corte. En el caso *Estrecho de Corfú*,<sup>127</sup> la CIJ mencionó la existencia de tres distintos estándares de prueba. En otros asuntos, la Corte se ha referido a “equilibrio de las evidencias”,<sup>128</sup> “equilibrio de probabilidades”,<sup>129</sup> “en toda probabilidad”,<sup>130</sup> “consistente con las probabilidades”,<sup>131</sup> “prueba suficiente para la Corte”,<sup>132</sup> “con un alto grado de probabilidad”,<sup>133</sup> “más allá de cualquier duda razonable”,<sup>134</sup>

<sup>122</sup> Díaz, Álvaro Paúl, “La Corte Interamericana *in vitro*: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a Propósito del Caso Artavia”, *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 2, abril de 2013, p. 318, disponible en: <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Dialnet-LaCorteInteramericanaInVitro-5639003.pdf>.

<sup>123</sup> CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 29 de marzo de 2016, párr. 32.

<sup>124</sup> En particular, en el caso *Gangaram vs. Surinam* (CIDH, 21 de enero de 1994).

<sup>125</sup> CIDH, *Apitz-Barbera et al. vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008.

<sup>126</sup> CIDH, *Escher vs. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 128.

<sup>127</sup> CIJ, *Corfu Channel*, Albania vs. UK, 9 de abril de 1949.

<sup>128</sup> CIJ, *Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America*, 6 de noviembre de 2003, párr. 57.

<sup>129</sup> CIJ, *Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute, El Salvador vs. Honduras and Nicaragua Intervening*, 11 de septiembre de 1992, párr. 248.

<sup>130</sup> CIJ, *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, Indonesia vs. Malaysia*, 17 September 2002, 27 de junio de 1985, párr. 121.

<sup>131</sup> CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, cit.*, párr. 158.

<sup>132</sup> CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of Congo v. Uganda*, 19 de diciembre de 2005, párr. 62.

<sup>133</sup> CIJ, *Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute, cit.*, párr. 155.

<sup>134</sup> CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Cameroon v. Nigeria*; Equatorial Guinea intervening, 11 de junio de 1998, p. 40; CIJ, *South West Africa, Ethiopia v. South Africa and Liberia v. South Africa*, 21 de diciembre de 1962, p. 319.

“sin duda razonable”<sup>135</sup> y “evidencia concluyente”.<sup>136</sup> En general, el estándar que utiliza la CIJ depende, en buena medida, de las circunstancias de cada caso. Así, por ejemplo, tratándose de casos de delimitación territorial o marítima, la Corte tiende a usar un estándar de prueba más alto.<sup>137</sup>

El TPIY ha aplicado un estándar de prueba, definido por el propio tribunal como “prueba más allá de cualquier duda razonable”. Dicho estándar se establece expresamente en la regla 87 A de las Reglas de Procedimiento y Prueba del tribunal.<sup>138</sup> El estándar de prueba que ha aplicado el TPIR es sustancialmente el mismo que el desarrollado por el TPIY, y la regla 87 A de las Reglas de Prueba y Procedimiento del Tribunal retoma casi literalmente lo previsto en el Estatuto del TPIY. Los tribunales penales híbridos también aplican el estándar de prueba “más allá de cualquier duda razonable”. La redacción de la regla 87 A de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Especial para Sierra Leona es idéntica a la de la regla 87 A del Estatuto del TPIY. La Corte aplicó dicho estándar probatorio, entre otros, en el caso *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondeway*.<sup>139</sup> De igual modo, la regla 148 A del Tribunal Especial para el Líbano retoma expresamente lo establecido en el artículo 87 A del Estatuto del TPIY. El estándar de prueba “más allá de cualquier duda razonable” se aplica en los mismos términos en los procedimientos ante la CPI.<sup>140</sup>

Los estatutos constitutivos de los tribunales que operan en el ámbito de integraciones regionales de Estados no establecen reglas claras respecto al estándar de prueba.<sup>141</sup>

---

<sup>135</sup> CIJ, *Temple of Preah Vihear*, Cambodia v. Thailand, 15 de junio de 1962, p. 6; CIJ, *Aerial Incident of July 27, 1955*, Israel v. Bulgaria, 26 de mayo de 1969, p. 127.

<sup>136</sup> CIJ, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, 15 de febrero de 1995, Separate Opinion of Judge Oda, p. 244.

<sup>137</sup> Wilkinson, Stephen, “Standards of Proof in International Humanitarian and Human Rights Fact-Finding and Inquiry Missions”, *Geneva Academy of International Humanitarian Law*, p. 20, disponible en: <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Standards%20of%20Proof%20in%20Fact-Finding.pdf>.

<sup>138</sup> De conformidad con esta disposición: “cuando ambas partes han terminado sus exposiciones sobre el caso, el juez presidente declarará cerrada la sesión. Una sentencia condenatoria puede ser adoptada solo cuando la mayoría de los jueces esté convencida que la culpa ha sido probada más allá de cualquier duda razonable”.

<sup>139</sup> Judgment, Special Court for Sierra Leona (04-14-A), Appeal Chamber, 28 de mayo de 2008, at 25, párrs. 61-63.

<sup>140</sup> De conformidad con el artículo 66-3 del Estatuto de Roma: “3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”.

<sup>141</sup> Así, por ejemplo, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea guarda silencio respecto al estándar de prueba en los procedimientos iniciados ante

La ausencia de estándares de prueba claramente definidos en la mayoría de los estatutos constitutivos, reglamentos o reglas de procedimiento y prueba de los tribunales internacionales obstaculiza la transparencia en la valoración de las pruebas por parte de dichos órganos judiciales. Por lo tanto, resulta necesario incluir reglas más claras y previsibles al respecto.

La determinación de la carga de la prueba en el proceso judicial internacional se realiza de conformidad con el principio general *actori incumbit probatio*.<sup>142</sup> En virtud de dicho principio, la parte que alega un determinado hecho debe comprobarlo ante el jugador. La atribución de la carga de la prueba según este principio responde a criterios de equidad y garantiza la previsibilidad y certeza en el arreglo judicial y arbitral de las controversias internacionales.<sup>143</sup>

El principio *actori incumbit probatio* ha sido aplicado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

Así, por ejemplo, en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua*, la CIJ determinó que “cualquier sentencia sobre el fondo en el presente caso se adoptará con base en aquellas alegaciones de las partes que han sido apoyadas con suficientes pruebas de los hechos relevantes... el litigante que pretende establecer un hecho, tiene la carga de la prueba”.<sup>144</sup> De igual modo, en el caso *Avena*, la CIJ señaló que “en virtud de un principio bien establecido del derecho internacional, el litigante que pretende establecer la existencia de un hecho, tiene la carga de la prueba”.<sup>145</sup> En el caso *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay*, la Corte consideró que en virtud del principio *onus probandi incumbit actori*, la parte que alega determinados hechos tiene la

---

este órgano judicial internacional. Otros instrumentos dejan una gran margen de apreciación a los juzgadores internacionales. Así, por ejemplo, en virtud del artículo 15 de las Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales Ad Doc del Mercosur: “El Tribunal resolverá sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas presentadas o pedidas y determinará, si fuera el caso, el diligenciamiento de las pruebas admitidas, fijando para esto un plazo razonable”. Es de señalarse que los tribunales internacionales que funcionan en integraciones regionales en América Latina suelen valorar las pruebas de acuerdo con las “reglas de la sana crítica”. Se trata de un sistema en el que los jueces deben apreciar las pruebas según las reglas de la lógica y la experiencia. Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 78 del Estatuto de la Corte de Justicia de la CAN: “El Tribunal apreciará las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

<sup>142</sup> Aimoré Carreteiro, Mateus, *op. cit.*, p. 84.

<sup>143</sup> Si el juez debiera designar, en función de otros criterios subjetivos, cuál de las dos partes debe aportar la prueba de los hechos litigios, se correría el riesgo de que el juez perdiera su necesaria imparcialidad e independencia.

<sup>144</sup> CIJ, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, *cit.*

<sup>145</sup> CIJ, *Avena and other Mexican Nationals, Mexico v United States of America*, 9 de enero de 2003.

obligación de comprobarlos, independientemente si se trata del demandante o del demandado.<sup>146</sup> En el caso *Frontera Marítima y Terrestre entre Camerún y Nigeria*, la CIJ estimó que el litigante que pretende demostrar un hecho tiene la carga de su prueba.<sup>147</sup> La misma consideración fue reafirmada en el caso *Aplicación de la Convención sobre el Genocidio*.<sup>148</sup>

El OSD de la OMC, en el caso *US-Wool Shirts*, estimó que muchos tribunales internacionales, incluyendo a la CIJ, han aplicado la regla en virtud de la cual una parte que alega determinado hecho, independientemente si se trata del demandante o del demandado, es responsable de comprobarlo.<sup>149</sup>

La CIDH, en los casos *Godínez vs. Honduras*,<sup>150</sup> *Kawas vs. Honduras*,<sup>151</sup> *Escher et al. vs. Brasil*<sup>152</sup> y *Fernández vs. México*,<sup>153</sup> también se ha referido a la vigencia del principio *actori incumbit probatio* en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Es de señalarse que la CIDH, en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*,<sup>154</sup> fue el primer tribunal regional de derechos humanos en considerar que en casos de desaparición forzada procede una inversión de la carga de la prueba. Dicho razonamiento fue posteriormente adoptado por la CEDH a partir del caso *Kurt vs. Turkey*.<sup>155</sup>

El principio *actori incumbit probatio* también se aplica ante la CADH. Adicionalmente, la Corte ha desarrollado un concepto novedoso en lo relativo a la atribución de la carga de la prueba. En el caso *Konaté vs. Burkina Faso*,<sup>156</sup>

---

<sup>146</sup> En dicho asunto, Argentina alegaba que en virtud del principio de precaución y de lo establecido en el Estatuto de 1975, incumbía a Uruguay demostrar que una de las plantas de celulosa construida en su territorio no provocaba un daño ambiental transfronterizo. Por su parte, Uruguay invocaba la aplicación del principio general del derecho *actori incumbit probatio* para sostener que, Argentina, en su cualidad de demandante en la instancia debía soportar la carga de la prueba. La Corte rechazó los argumentos de Argentina sobre este punto y señaló que el principio de precaución puede ser tomado en cuenta en la interpretación del Estatuto de 1975, pero no implica una inversión de la carga de la prueba. CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina v Uruguay, 30 de abril de 2005.

<sup>147</sup> CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Cameroon v Nigeria, Preliminary Objections, 11 de junio de 1998.

<sup>148</sup> CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro, 26 de febrero de 2007, párr. 204.

<sup>149</sup> Appellate Body Report, United States—Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, WTO Doc WT/DS33/AB/R, 23 de mayo de 1997.

<sup>150</sup> CIDH, *Godínez vs. Honduras*, 20 de enero de 1989.

<sup>151</sup> CIDH, *Kawas vs. Honduras*, 3 de abril de 2009.

<sup>152</sup> CIDH, *Escher et al. vs. Brasil*, 6 de julio de 2009.

<sup>153</sup> CIDH, *Fernández vs. México*, 30 de agosto de 2010.

<sup>154</sup> CIDH, *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1998.

<sup>155</sup> CEDH, *Kurt vs. Turkey*, cit.

<sup>156</sup> CADH, *Konaté vs. Burkina Faso*, Application No. 004/2013, 5 de diciembre de 2014.

la CADH consideró que se debe lograr una “distribución equitativa de la carga de la prueba” cuando las partes encuentran dificultades por comprobar determinados hechos.

Es de señalarse que en casos que implican la demostración de la responsabilidad internacional del Estado es frecuente que la parte que alega la responsabilidad tenga que probarla (*actori incumbit probatio*), mientras que la parte presuntamente responsable tiene mejor acceso a la información y está en mejores condiciones para aportar pruebas de su propia responsabilidad o no responsabilidad. En este caso, es importante recordar el deber de las partes de cooperar con los órganos judiciales internacionales para aportar todas las pruebas necesarias para la resolución de un caso.<sup>157</sup>

#### V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO JUDICIAL INTERNACIONAL

Como se mencionó anteriormente, las medidas provisionales o cautelares constituyen un mecanismo destinado a preservar la efectividad de la resolución final de un órgano judicial o arbitral internacional y evitar que durante el curso de los procedimientos ocurran eventos que causen un perjuicio grave e irreparable para los derechos e intereses de las partes en los litigios internacionales.

Todos los tribunales internacionales son competentes para dictar medidas cautelares. La facultad de la CIJ para pronunciar medidas de esta naturaleza se reconoce en el artículo 41 de su Estatuto.<sup>158</sup> La redacción imprecisa de dicha disposición ha creado numerosas dudas respecto al alcance de la competencia de la Corte en la materia.<sup>159</sup> Las partes en las controversias ante la CIJ pueden solicitar que se otorguen dichas medidas en cualquier etapa del procedimiento.<sup>160</sup> La solicitud debe indicar los motivos en los cua-

---

<sup>157</sup> Foster, Caroline, *op. cit.*, p. 48.

<sup>158</sup> De conformidad con dicha disposición: “1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas”.

<sup>159</sup> Reiter, Eva, *Preventing Irreparable Harm. Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Intersentia, 2010, p. 5.

<sup>160</sup> De conformidad con el artículo 73-1 del Reglamento de la Corte: “Una demanda escrita solicitando que se indiquen medidas provisionales de resguardo puede ser presentada por una de las partes en cualquier momento en el curso del procedimiento concerniente al asunto con relación al cual se formula tal demanda”.

les se fundamenta<sup>161</sup> y adquiere prioridad sobre cualquier otro asunto relacionado con la resolución de la controversia, y la Corte puede reunirse con urgencia para examinarla.<sup>162</sup>

El procedimiento para el otorgamiento de las medidas cautelares es oral, y las partes tienen la oportunidad de presentar sus observaciones y ser representadas en el mismo.<sup>163</sup> Mientras dura el procedimiento, la Corte “podrá invitar a las partes a actuar de manera que cualquier providencia de la Corte sobre la demanda de indicación de medidas provisionales pueda surtir los efectos deseados”.<sup>164</sup> De conformidad con el artículo 75-1 del Reglamento de la CIJ, las medidas también pueden ser ordenadas *motu proprio* por parte de este tribunal internacional, es decir, sin que esto sea solicitado expresamente por alguna de las partes en la controversia.<sup>165</sup> Hasta la fecha, la Corte ha ordenado medidas cautelares de oficio solamente en el caso *LaGrand*.<sup>166</sup> En todos los demás asuntos, la CIJ ha pronunciado medidas de esta naturaleza a demanda de una de las partes en la controversia.<sup>167</sup> Si la CIJ rechaza una demanda de medidas cautelares, “la parte que las haya solicitado pueda presentar en el mismo asunto una nueva demanda basada en hechos nuevos”.<sup>168</sup> Las medidas cautelares indicadas por la Corte pueden ser modificadas o revocadas en cualquier momento anterior a la adopción de una sentencia resolutoria del fondo del asunto,<sup>169</sup> si una de las partes demuestra

---

<sup>161</sup> Según el artículo 73-2 del Reglamento de la Corte: “La demanda indicará los motivos en que se funda, las posibles consecuencias en caso de que se rechace y las medidas que se solicitan. El Secretario transmitirá inmediatamente a la otra parte copia certificada conforme de la demanda”.

<sup>162</sup> En términos del artículo 74 del Reglamento de la Corte: “1. La demanda de indicación de medidas provisionales tendrá prioridad con respecto a todos los demás asuntos. 2. Si la Corte no estuviese reunida cuando se presente la demanda, será convocada sin tardanza para que, con carácter de urgencia, tome una decisión sobre la demanda”.

<sup>163</sup> Artículo 74-3 del Reglamento de la CIJ.

<sup>164</sup> Artículo 74-4 del Reglamento de la CIJ.

<sup>165</sup> Según este artículo: “1. La Corte podrá en todo momento decidir examinar de oficio si las circunstancias del asunto exigen la indicación de medidas provisionales que deban adoptar o cumplir las partes o una de ellas”.

<sup>166</sup> CIJ, *LaGrand*, Germany v. United States, Order of 3 March 1999.

<sup>167</sup> CIJ, *Land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria*, Cameroon v. Nigeria, Order of 15 de marzo de 1996, párrs. 44-48.

<sup>168</sup> Artículo 75-3 del Reglamento de la Corte.

<sup>169</sup> Según el artículo 76-1 del Reglamento de la Corte: “La Corte, a instancia de parte, podrá revocar o modificar en todo momento antes del fallo definitivo en el asunto, cualquier decisión relativa a medidas provisionales si un cambio en la situación justifica, a su juicio, esa revocación o modificación”.

que existe un cambio en la situación que justificó su otorgamiento.<sup>170</sup> Por su carácter urgente, las medidas cautelares deben ser ordenadas en un tiempo muy breve desde su solicitud por una de las partes en la controversia. Dicho periodo ha variado en la práctica de la Corte: desde veintiocho días en el caso *Avena*, hasta un día en el caso *LaGrand*, y seis días en el caso *Beard*.<sup>171</sup> Los plazos han sido particularmente cortos cuando se ha tratado de proteger vidas<sup>172</sup> o derechos humanos fundamentales.<sup>173</sup>

En muchos casos de su jurisprudencia, la CIJ ha insistido en que la orden de medidas cautelares se justifica por la existencia de un peligro de perjuicio grave e irreparable para los derechos e intereses de una de las partes en la controversia sometida ante su foro. Así, por ejemplo, en el caso *Fisheries Jurisdiction*,<sup>174</sup> la Corte adoptó medidas cautelares para evitar que se produjera un perjuicio irreparable para los derechos de Islandia. En algunos asuntos se ha tratado no sólo de proteger los intereses de las partes, sino también de preservar el medio ambiente de un daño grave e irreparable.<sup>175</sup> En otros asuntos, las medidas cautelares dictadas por la CIJ tuvieron por objetivo evitar que se agrave la controversia entre las partes.<sup>176</sup>

La competencia del TIDM para pronunciar medidas cautelares se funda en el artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.<sup>177</sup> Dichas medidas deben ser comunicadas a las partes en la

<sup>170</sup> Artículo 76-2 del Reglamento de la Corte.

<sup>171</sup> Reiter, Eva, *op. cit.*, p. 9.

<sup>172</sup> La CIJ ha pronunciado medidas cautelares consistentes en obligar a Estados Unidos a detener la aplicación de la pena de muerte a individuos (casos *LaGrand* y *Avena*, *cit.*), a ordenar a Irán a liberar miembros del personal diplomático y consular de Estados Unidos, tomados como rehenes en Teherán (CIJ, *Personal diplomático y consular de Estados Unidos a Teherán*), muertes de personal militar y de civiles ocasionados por un conflicto territorial entre Camerún y Nigeria (CIJ, *Land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria*, Order of 15 March 1996) y entre Burkina Faso y Mali (CIJ, *Frontier Dispute case*, Burkina Faso v. Mali, Order of 10 January 1986).

<sup>173</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Armed Activities on the Territory of the Congo*, la CIJ ordenó medidas cautelares que obligaban a las partes a proteger los derechos humanos y a respetar las normas del derecho internacional humanitario en las zonas de conflicto (CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, Congo v. Uganda, Order of 1 July 2000).

<sup>174</sup> CIJ, *Fisheries Jurisdiction cases*, Orders of 17 August 1972.

<sup>175</sup> CIJ, *Nuclear Tests case*, New Zealand v. France, Order of 22 June 1973, §28.

<sup>176</sup> CIJ, *Certain criminal proceedings in France*, Congo v. France, Order of 17 June 2003.

<sup>177</sup> De conformidad con dicha disposición: "Si una controversia se ha sometido en la forma debida a una corte o tribunal que, en principio, se estime competente conforme a esta Parte o a la sección 5 de la Parte XI, esa corte o tribunal podrá decretar las medidas provisionales que estime apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva. Dichas medidas podrán ser

controversia y aplicarse sin demora.<sup>178</sup> El Reglamento del Tribunal se inspira sustancialmente en el Reglamento de la CIJ para precisar el régimen de otorgamiento de medidas cautelares en este mecanismo para la solución de las controversias internacionales.<sup>179</sup> A diferencia del Reglamento de la CIJ, el del TIDM establece requisitos más estrictos respecto al cumplimiento, por las partes, de las medidas cautelares, ordenadas por el Tribunal.<sup>180</sup>

El TIDM ha tenido la ocasión de aplicar las reglas de su Estatuto y de su Reglamento en lo relativo al otorgamiento de medidas cautelares en numerosos casos de su jurisprudencia. En el caso *M/V Saiga*,<sup>181</sup> el TIDM consideró que podía ordenar medidas cautelares *motu proprio*, sin que éstas hayan sido solicitadas por las partes. En el asunto *MOX Plant*,<sup>182</sup> el TIDM otorgó medidas cautelares distintas a las solicitadas por las partes. En otros casos, el TIDM ha ordenado medidas cautelares, con el fin de evitar la producción de graves daños ambientales en los ecosistemas marinos.<sup>183</sup> En el asunto *Southern Bluefin Tuna*, el TIDM pronunció medidas cautelares, cuyo fin consistía en preservar los estoques de atún de aleta amarilla y evitar, a través de la aplicación del principio de prevención, que su sobreexplotación

---

modificadas o revocadas, a demanda de una de las partes, si las circunstancias que exigieron su adopción hayan cambiado y si el Tribunal haya dado la posibilidad a las partes de que sus observaciones sean oídas". El TIDM tiene competencia para ordenar medidas cautelares distintas, en todo o en parte, de las solicitadas por las partes. Las solicitudes de medidas cautelares tienen prioridad sobre cualquier otro asunto del procedimiento llevado a cabo ante el Tribunal y pueden exigir que éste se reúna de urgencia. Si el tribunal rechaza una solicitud de medidas cautelares, una de las partes en la controversia puede volver a solicitar dichas medidas, sobre la base de los mismos hechos. Una parte puede solicitar que se modifiquen o revoquen las medidas cautelares ordenadas por el Tribunal, siempre que haya ocurrido un cambio en las circunstancias que justificaron su adopción; en este caso, el TIDM debe garantizar que sean oídos los argumentos y observaciones de ambas partes en la controversia.

<sup>178</sup> Artículo 290-4 y 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

<sup>179</sup> De conformidad con el artículo 89 de dicho Reglamento, las partes pueden solicitar, por escrito, que se ordenen medidas cautelares en cualquier parte del procedimiento ante el Tribunal, siempre que expongan los motivos que justifican su otorgamiento. En particular, las partes deben demostrar que existe un peligro grave e irreversible para la preservación de los derechos de una de las partes o para la prevención de un daño serio al medio marino (artículo 89-3 del Reglamento del TIDM).

<sup>180</sup> Según el artículo 95-1 de dicho Reglamento, las partes deben someter al TIDM un informe respecto a las medidas que han adoptado para cumplirlas. En el mismo sentido, el TIDM puede solicitar información adicional respecto a la ejecución de dichas medidas por las partes (artículo 95-2 del Reglamento del TIDM).

<sup>181</sup> TIDM, *M/V Saiga*, Order of 11 March 1998.

<sup>182</sup> TIDM, *MOX Plant*, Ireland v. UK, Order of 3 December 2001, párr. 83.

<sup>183</sup> TIDM, *MOX Plant*, Ireland v. UK, Order of 3 December 2001, párrs. 77-89.

causara un daño ambiental al medio marino.<sup>184</sup> Es de resaltarse, además, que la mayor parte de las medidas cautelares ordenadas por el TIDM conciernen casos de pronta liberación de buques y de sus tripulaciones.

La competencia de la CIDH para adoptar medidas cautelares se establece en el artículo 62-3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>185</sup> Por su parte, las condiciones para el otorgamiento de dichas medidas se fijan en el artículo 27 del Reglamento de la Corte.<sup>186</sup> Las medidas cautelares pueden ser solicitadas por las víctimas de violaciones de derechos humanos y comunicadas a la presidencia de la Corte.<sup>187</sup> La CIDH, igual que el TIDM, es competente para exigir a los Estados parte en las controversias sometidas ante su foro que presenten un informe sobre el cumplimiento de las medidas cautelares ordenadas por la Corte.<sup>188</sup> La Corte podrá requerir a las partes información adicional que justifique el otorgamiento de medidas cautelares<sup>189</sup> y convocar a una reunión pública sobre éstas a todas las partes involucradas.<sup>190</sup>

En algunos casos de la jurisprudencia de la CIDH, las medidas cautelares han sido utilizadas para detener la aplicación de la pena de muerte a individuos.<sup>191</sup> Así, por ejemplo, en 1998, el asunto *James et al.*, la CIDH pronunció medidas cautelares consistentes en solicitar a Trinidad y Tobago la adopción de todas las medidas necesarias para preservar la vida de seis

<sup>184</sup> TIDM, *Southern Bluefin Tuna*, Order of 27 August 1999.

<sup>185</sup> De conformidad con dicha disposición: “2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

<sup>186</sup> De conformidad con dicha disposición, la Corte puede ordenar medidas de esta naturaleza “en cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas”.

<sup>187</sup> Artículo 27-4 del Reglamento de la CIDH.

<sup>188</sup> Artículo 27-7 del Reglamento de la CIDH.

<sup>189</sup> Según el artículo 27-8 del Reglamento de la CIDH: “En las circunstancias que estime pertinente, la Corte podrá requerir de otras fuentes de información datos relevantes sobre el asunto, que permitan apreciar la gravedad y urgencia de la situación y la eficacia de las medidas. Para los mismos efectos, podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos”.

<sup>190</sup> De conformidad con el artículo 27-9 del Reglamento de la CIDH: “La Corte, o su Presidencia si ésta no estuviere reunida, podrá convocar a la Comisión, a los beneficiarios de las medidas, o sus representantes, y al Estado a una audiencia pública o privada sobre las medidas provisionales”.

<sup>191</sup> Es de señalarse que aparte de Guatemala y Barbados, ningún otro Estado miembro de la OEA que aplica la pena de muerte (en particular, Estados Unidos) ha aceptado la competencia contenciosa de la CIDH.

personas condenadas a la pena de muerte, de conformidad con la legislación interna de este Estado.<sup>192</sup> Un año después, Trinidad y Tobago se retiró del Estatuto la Corte. En el caso *Boyce et al. v. Barbados*,<sup>193</sup> la Corte pronunció medidas cautelares para ordenar a este país la conmutación de la pena de muerte impuesta al demandante. De igual modo, en los casos *Raxcacó et al. v. Guatemala*,<sup>194</sup> la CIDH ordenó a Ecuador suspender la pena de muerte pronunciada en contra del demandante en violación de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. La CIDH también ordenó medidas cautelares en el caso *Bustíos Rojas*.<sup>195</sup>

Según el artículo 27 del Protocolo adicional al instrumento constitutivo de la CADH: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y, cuando se requiera evitar daño irreparable a las personas, la Corte podrá adoptar las medidas cautelares que estime pertinentes”. Dicho artículo deja una gran margen de libertad a la Corte para decidir el otorgamiento de medidas de esta naturaleza.<sup>196</sup> Hasta la fecha, la CADH ha pronunciado medidas cautelares en 41 casos de su jurisprudencia.<sup>197</sup> Así por ejemplo, en el caso *Commission vs. Libya*, la Corte indicó medidas cautelares consistentes en ordenar a Libia a no adoptar acción alguna que podría resultar en la pérdida de vidas humanas o en un menoscabo de la integridad física de personas durante el conflicto armado que tuvo lugar en dicho país a partir de 2011.<sup>198</sup> En el caso *Konate vs. Burkina Faso*, la CADH indicó medidas cautelares para obligar al Estado a proveer asistencia médica y medicinas a un individuo, en estado de salud delicado, después de haber sido encarcelado durante un proceso penal.<sup>199</sup> En el caso *Ally Rajabu vs. Tanzania*, la Corte dictó medidas cautelares para ordenar la suspensión de la pena de muerte en contra de un individuo

<sup>192</sup> CIDH, *James et al. vs. Guatemala*, orden de medidas cautelares, 29 de junio de 1998.

<sup>193</sup> CIDH, *Boyce et al. v. Barbados*, 20 de noviembre de 2007.

<sup>194</sup> CIDH, *Raxcacó et al. v. Guatemala*, rden de medidas cautelares, 30 de agosto de 2004.

<sup>195</sup> CIDH, *Bustíos Rojas*, Orden de medidas cautelares, 8 de agosto de 1990.

<sup>196</sup> Dicha libertad se confirma en el artículo 35 del Protocolo adicional al Estatuto de la Corte. De conformidad con dicha disposición: “La Corte será competente, por su propia iniciativa o a demanda de las partes, de indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, cualquier medida provisional que debe ser adoptada para preservar los derechos respectivos de las partes”.

<sup>197</sup> List of cases where orders of provisional measures have been issued, disponible en: <https://en.african-court.org/index.php/59-list-of-cases-with-provisional-measures/1037-list-of-cases-where-orders-for-provisional-measures-have-been-issued>.

<sup>198</sup> CADH, *African Commission on Human and People's Rights vs. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, orden del 25 de marzo de 2011, párr. 25.

<sup>199</sup> CADH, *Lohe Issa Koné vs. Burkina Faso*, orden del 4 de octubre de 2013, párr. 23.

antes de que se resuelva el fondo del litigio sometido ante su foro.<sup>200</sup> Es de señalarse que veinte de los 41 casos en los que la CADH ha ordenado medidas cautelares se refieren a la suspensión de la pena de muerte, impuesta a individuos en casos que implicaban alegaciones de violaciones de derechos humanos cometidas precisamente por el gobierno de Tanzania.<sup>201</sup>

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, la competencia de la CEDH para otorgar medidas cautelares se establece en la regla 39 del Reglamento de Procedimiento de la Corte.<sup>202</sup> La CEDH ha ordenado medidas de esta naturaleza en numerosos casos de su jurisprudencia. Es de señalarse que las solicitudes de medidas cautelares presentadas sobre la base de la regla 39 del Reglamento de Procedimiento de la Corte han aumentado exponencialmente.<sup>203</sup> En la mayoría de los casos, las medidas cautelares son solicitadas a la Corte por las víctimas de violaciones de derechos humanos y, en casos excepcionales, por Estados, tratándose de la resolución de controversias interestatales.<sup>204</sup> La CEDH también ha indicado medidas cautelares para detener la aplicación de la pena de muerte a individuos. Así, por ejemplo, en el caso *Öcalan v. Turkey*, la Corte ordenó a Turquía suspender la pena de muerte pronunciada en contra del demandante. Pocos años después, Turquía definitivamente abolió la aplicación de la pena de muerte en su ordenamiento jurídico interno.<sup>205</sup> En el caso *Soering*, la CEDH adoptó medidas cautelares consistentes a ordenar al Reino Unido a no extraditar a un individuo hacia Estados Unidos porque en este país se le iba a aplicar

<sup>200</sup> CADH, *Ally Rajabú and others vs. Tanzania*, orden del 18 de marzo de 2016, párr. 23.

<sup>201</sup> Disponible en: <https://en.african-court.org/index.php/59-list-of-cases-with-provisional-measures/1037-list-of-cases-where-orders-for-provisional-measures-have-been-issued>.

<sup>202</sup> Según esta disposición: “1. La Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de acuerdo con el apartado 4 del presente artículo podrán, ya sea a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento. 2. Cuando así se considere oportuno, el Comité de Ministros será inmediatamente informado de las medidas adoptadas en un asunto. 3. La Sala, o en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de acuerdo con el apartado 4 del presente artículo podrán solicitar a las partes que aporten información sobre cualquier cuestión relativa a la puesta en práctica de las medidas cautelares indicadas. 4. El presidente del TEDH podrá designar como Jueces de guardia a los Vicepresidentes de Sección para resolver sobre la solicitud de medidas cautelares”.

<sup>203</sup> Así, por ejemplo, entre 2006 y 2010, dichas solicitudes aumentaron en un 4000% (*ECtHR, Statement issued by the President of the European Court of Human Rights concerning requests for interim measures*, Rule 39 of the Rules of the Court) issued 11 February 2011.

<sup>204</sup> CEDH, *Georgia v. Russia*, 13 de diciembre de 2011, párr. 5.

<sup>205</sup> CEDH, *Öcalan v. Turkey*, 12 de mayo 2005.

la pena de muerte.<sup>206</sup> En el caso *AlSaadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, la Corte pronunció medidas cautelares y solicitó al Reino Unido a no permitir que su ejército entregue individuos a las autoridades iraquíes debido a la existencia de un peligro fundado de que éstos fueran ejecutados.<sup>207</sup> La Corte ha ordenado medidas cautelares para evitar el retorno a individuos a países donde enfrentaban el peligro de explotación sexual,<sup>208</sup> mutilación genital femenina,<sup>209</sup> venganza familiar,<sup>210</sup> riesgos para la salud<sup>211</sup> o riesgos de detención arbitraria.<sup>212</sup> En otros casos, la CEDH dictó medidas cautelares para proteger el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>213</sup> y, en general, para proteger la integridad física y corporal de individuos.<sup>214</sup> En la actualidad, muchas de las medidas cautelares ordenadas por la CEDH tienen que ver con la protección de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el continente europeo.<sup>215</sup>

Hace aproximadamente una década surgió un importante debate en torno a la obligatoriedad de las medidas pronunciadas por los órganos judiciales internacionales.

La mayoría de los estatutos constitutivos o reglamentos de los tribunales internacionales guardan silencio o contienen reglas poco precisas respecto a esta importante cuestión.<sup>216</sup> El reconocimiento de la obligatoriedad de las medidas cautelares en el derecho internacional resultó de una verdadera “revolución pretoriana” en la que se unieron prácticamente todas las jurisdicciones internacionales. El primer órgano judicial internacional en reconocer el carácter vinculante de dichas medidas fue la CIJ en el importante

<sup>206</sup> CEDH, *Soering v. United Kingdom*, 7 de julio de 1989.

<sup>207</sup> CEDH, *Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, 2 de marzo de 2010, párr. 137.

<sup>208</sup> CEDH, *M. v. the United Kingdom*, 1o. de diciembre de 2009.

<sup>209</sup> CEDH, *Abraham Lunguli v. Sweden*, 1o. de julio de 2003.

<sup>210</sup> CEDH, *H.N. v. the Netherlands*, 31 de marzo de 2011.

<sup>211</sup> CEDH, *Ahmed v. Sweden*, 22 de febrero de 2007, párr. 20.

<sup>212</sup> CEDH, *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, 17 de enero de 2012, párr. 3.

<sup>213</sup> CEDH, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, párr. 104.

<sup>214</sup> CEDH, *Savridin Dzshurayev v. Russia*, 25 de abril de 2013, párr. 213.

<sup>215</sup> Entre otros, en los casos CEDH, *Saadi v. Italy*, 28 de febrero de 2008, párr. 124-133 y CEDH, *Salah Sheekh v. the Netherlands*, 11 de enero de 2007.

<sup>216</sup> Así, por ejemplo, el artículo 41 del Estatuto de la CIJ mencionaba las medidas “que deban tomarse” (*ought to be taken*, en la versión en inglés del artículo), lo que sugería que éstas no gozan de un carácter obligatorio. En cambio, el artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece que el TIDM “podrá decretar las medidas provisionales...”, lo que implicaría un mayor grado de obligatoriedad, pero sin que dicha obligatoriedad se reconociera en forma expresa.

caso *LaGrand*.<sup>217</sup> La Corte confirmó lo establecido en el caso *LaGrand* en el posterior caso *Avena*.<sup>218</sup> Poco tiempo después, en el caso *Mamatkulov y Askarov*, la CEDH también proclamó, de manera solemne, el carácter obligatorio de las medidas cautelares.<sup>219</sup> Por su parte, la CIDH declaró la obligatoriedad de dichas medidas en el caso *Gutiérrez Soler*.<sup>220</sup> En el caso *Victor Pey Casado*,<sup>221</sup> un tribunal arbitral del CIADI determinó, en un *obiter dictum*, la obligatoriedad de las medidas cautelares en este sistema de resolución de las controversias.<sup>222</sup>

## VI. LA (NO) APLICACIÓN DE LA REGLA DEL PRECEDENTE ANTE LOS ÓRGANOS JUDICIALES INTERNACIONALES<sup>223</sup>

La cuestión del valor de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional se discutió desde la adopción del Estatuto de la CPJI. Durante los *travaux préparatoires* de dicho instrumento, Lapradelle declaró que sería útil especificar que la “Corte no podría actuar como legislador”, y lord Phillimore añadió que “las sentencias judiciales declaran, pero no crean el derecho”.<sup>224</sup>

Como resultado, los redactores del Estatuto agregaron el apartado d) del artículo 38 del Estatuto de la CPJI. No obstante, esta “precaución” pareció insuficiente a Balfour y Léon Bourgeois, y el Consejo de la Liga de Naciones propuso redactar el artículo 59 del Estatuto de la CPJI.<sup>225</sup>

Así adoptados, los textos de los artículos 38 y 59 del Estatuto de la CPJI fueron insertados en el Estatuto de la CIJ sin mayores cambios. En virtud del artículo 38:

<sup>217</sup> CIJ, *LaGrand*, Germany v. United States, 27 de junio de 2001, párr. 102.

<sup>218</sup> CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos*, México c. Estados Unidos, 31 de marzo de 2004.

<sup>219</sup> CEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, 4 de febrero de 2005.

<sup>220</sup> CIDH, *Gutiérrez Soler c. Colombia*, 30 de junio de 2011.

<sup>221</sup> *Victor Pey Casado c. Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2.

<sup>222</sup> *Ibidem*, párr. 10, 19.

<sup>223</sup> Para un análisis más exhaustivo de algunos de los argumentos expuestos en esta parte del trabajo, véase Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional”, en Becerra, Manuel (comp.), *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional desde una visión latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

<sup>224</sup> Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920, with Annexes* (1920), p. 584.

<sup>225</sup> *Ibidem*, pp. 592 y 593.

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:... *d.* las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

Por su parte, el artículo 59 del Estatuto de la CIJ establece que “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. En virtud de estos artículos, las sentencias de los tribunales internacionales no pueden constituir una fuente formal del derecho internacional. Dichas decisiones desempeñan una función meramente “auxiliar” o “indirecta” en la determinación de las reglas del derecho internacional.<sup>226</sup> Aunque estos dos artículos atañen a las fuentes del derecho aplicables específicamente ante la CIJ, muchos autores han sugerido su aplicación generalizada ante todos los tribunales internacionales.<sup>227</sup>

Los estatutos constitutivos de las demás jurisdicciones internacionales no contienen una disposición similar a la del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Así, por ejemplo, las disposiciones que prevén la “ley aplicable” ante el TIDM,<sup>228</sup> la CEDH<sup>229</sup> o la CIDH<sup>230</sup> se refieren únicamente a las normas específicas que estos tribunales internacionales podrán utilizar para resolver las controversias que se les someten, pero no contienen ninguna referencia explícita al valor de la jurisprudencia como fuente formal del derecho internacional. Las únicas excepciones notables se encuentran en el Estatuto de la CPI y en el Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.<sup>231</sup> En cambio, la mayoría de los estatutos constitutivos de tribunales internacionales contienen una disposición similar a la del artículo 59 del Estatuto

---

<sup>226</sup> Guillaume, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2, p. 8.

<sup>227</sup> Gingsburg, Tom, “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, 2005, vol. 45, p. 6.

<sup>228</sup> Artículo 293-1 (de la parte XV: Solución de controversias) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

<sup>229</sup> La principal “ley aplicable” ante la CEDH se establece en el artículo 32 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>230</sup> Artículo 62 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>231</sup> Según el artículo 21. 1 del Estatuto de la CPI: “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. El Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC, en su artículo 3.2, establece que “...el ORD no puede adicionar o disminuir los derechos u obligaciones previstos en los acuerdos abarcados”.

de la CIJ. Así, por ejemplo, los estatutos del TIDM,<sup>232</sup> de la CEDH,<sup>233</sup> de la CIDH,<sup>234</sup> del TPIY<sup>235</sup> y de la CPI<sup>236</sup> establecen la obligatoriedad de las sentencias de dichos órganos judiciales únicamente para las partes en el litigio concreto.

Existen, además, muchos casos de la jurisprudencia concreta de los tribunales internacionales que confirman que sus sentencias no constituyen precedentes judiciales obligatorios.

Así, por ejemplo, en el caso *Fisheries Jurisdiction*, la CIJ estimó que no puede dictar sentencias *sub specie legis ferendae* o anticipar el derecho antes de que el legislador lo haya adoptado.<sup>237</sup> En el mismo sentido, en su opinión consultativa sobre la *Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares*, la Corte afirmó que no puede sustituirse al legislador.<sup>238</sup> El TPIY, en el caso *Kupreskic*, consideró que la jurisprudencia sólo puede utilizarse como “un medio auxiliar para la determinación de las reglas jurídicas”, conforme con lo establecido en el artículo 38-1 d) del Estatuto de la CIJ, que “expresa el derecho internacional consuetudinario”.<sup>239</sup> Por lo tanto, el Tribunal concluyó que “no puede adherirse a la doctrina de la fuerza obligatoria del precedente judicial (regla del *stare decisis*) aplicada en los países de *Common Law*”,<sup>240</sup> y subrayó que “el precedente judicial no es una fuente... del de-

---

<sup>232</sup> La “cristalización” del principio *res iudicata* en el Estatuto del TIDM se establece en términos casi idénticos. En este sentido, en virtud del artículo 33 de dicho tratado: “1. El fallo del Tribunal será definitivo y obligatorio para las partes en la controversia. 2. El fallo sólo tendrá fuerza obligatoria para las partes y respecto de la controversia que haya sido decidida. 3. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, el Tribunal lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

<sup>233</sup> En este sentido, el artículo 44 del Estatuto de la CEDH prevé que “1. La sentencia de la Gran Sala será definitiva...”.

<sup>234</sup> Por su parte, el artículo 31 referente a las “resoluciones” de la CIDH establece que “3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación”.

<sup>235</sup> Según el artículo 10 del Estatuto del TPIY: “1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal...”.

<sup>236</sup> De conformidad con el artículo 20 del Estatuto de la CPI: “1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte...”.

<sup>237</sup> CIJ, *Fisheries Jurisdiction*, *cit.*, párr. 53.

<sup>238</sup> CIJ, *Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares*, *cit.*, párr. 105.

<sup>239</sup> TPIY, *Kupreskic et al.*, 14 de enero de 2000, párr. 537.

<sup>240</sup> *Ibidem*, párr. 540.

recho penal internacional”.<sup>241</sup> En el mismo sentido, la CEDH afirmó que no puede crear derecho en el ejercicio de su función judicial ni establecer nuevos derechos, diferentes de los ya contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>242</sup>

¿A qué se debe esta negación a incluir a la jurisprudencia en las fuentes formales del derecho internacional?

Es de considerarse que la redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ se inscribe en la cultura jurídica romano-germánica.<sup>243</sup> En dicha cultura, la función del juez consiste en descubrir o determinar el derecho aplicable al caso, aclarar su significado, si es necesario, y deducir una serie de consecuencias de su aplicación, con el objetivo de resolver el litigio que se le somete. La sentencia judicial constituye una extensión deductiva evidente del derecho preexistente,<sup>244</sup> pero no una obra creadora de nuevo derecho.<sup>245</sup>

La idea de que los tribunales internacionales no crean derecho, sino que se limitan a aplicar un derecho preexistente se basa también en la presunción de que el derecho internacional es creado por alguien más.<sup>246</sup> Desde esta perspectiva, la principal oposición por considerar a la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional es teóricamente fundada en la doctrina del positivismo jurídico. En la visión del positivismo, las únicas normas internacionales válidas son las que expresan la voluntad de los Estados. Consecuentemente, las únicas fuentes formales del derecho internacional son las expresadas en los primeros apartados del artículo 38 del Estatuto de la CIJ: los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho.<sup>247</sup> En cuanto a la jurisprudencia, el consentimiento

---

<sup>241</sup> *Idem.*

<sup>242</sup> CEDH, *Johnston and others v. Ireland*, 18 de diciembre de 1986, párr. 53.

<sup>243</sup> Barberis, Julio, “La Jurisprudencia Internacional como fuente de Derecho de Gentes según la Corte de La Haya”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Max-Planck-Institut, 1971, vol. 31, p. 643.

<sup>244</sup> Shapiro, Martin, “A Theory of Stare Decisis”, *Journal of Legal Studies*, 1972, vol. 1, p. 125; Stone Sweet, Alec, “Judicial Authority and Market Integration in Europe”, en Ginsburg, Tom y Kagan, Robert (eds.), *Institutions and Public Law. Comparative Approaches*, Peter Lang, 2005, pp. 93-99.

<sup>245</sup> *Idem.*

<sup>246</sup> Venzke, Ingo, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2011, vol. 34, p. 8.

<sup>247</sup> En los dos primeros casos, el consentimiento de los Estados al valor creador de las fuentes del derecho internacional es más fácil de comprobar. Los tratados son la expresión directa de la voluntad de los sujetos del orden jurídico internacional a vincularse jurídicamente y a crear una norma jurídica convencional, de carácter obligatorio, que establezca derechos y obligaciones recíprocos para sus partes. El consentimiento estatal también es pre-

de los Estados a la creación de derecho internacional por las sentencias de los jueces internacionales es claramente ausente. *A fortiori*, con la redacción de los artículos 38 y 59 del Estatuto de la CIJ, los Estados parecen haber negado explícitamente cualquier voluntad por considerar que dichas sentencias constituyen precedentes obligatorios.

No obstante, esto no significa que la jurisprudencia de los tribunales internacionales no sea susceptible de producir una influencia que va más allá de la simple resolución de un litigio particular. A pesar de no constituir precedentes obligatorios, las sentencias de los órganos judiciales internacionales sin duda ejercen una función muy importante para el desarrollo del derecho internacional.

Siempre ha resultado difícil determinar lo que se entiende por “desarrollo” del derecho (internacional). Para algunos, este “desarrollo” equivale a la “aclaración” del sentido de las normas internacionales<sup>248</sup> y constituye un elemento “esencial” del ejercicio de la función judicial internacional.<sup>249</sup> No obstante, el desarrollo del derecho internacional por parte de los jueces internacionales puede ir más allá de la simple aclaración de significados.<sup>250</sup> En términos del juez Álvarez, “en muchos casos es imposible decir dónde termina el desarrollo del derecho y dónde comienza su creación”.<sup>251</sup> Existen (por lo menos) tres hipótesis en las que los jueces internacionales desarrollan de manera muy extensiva las normas del derecho internacional. El primero de estos casos se presenta cuando los jueces internacionales determinan la existencia de una norma internacional consuetudinaria, y el segundo atañe a los asuntos en los que los tribunales internacionales están llevados a llenar las lagunas o los silencios del derecho existente. Finalmente, la interpretación judicial de una determinada norma o principio internacional también suele confundirse con una obra creadora de derecho internacional.

---

sente, aunque de manera más indirecta, en la creación de derecho por parte de la costumbre: segunda fuente formal del derecho internacional según el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. En virtud de esta disposición, la costumbre se constituye por una práctica generalizada de los Estados, aceptada por ellos como derecho. En la definición de la tercera fuente del derecho internacional —los principios generales del derecho— también se prevé la necesidad de reconocimiento (por parte de las “naciones civilizadas”), pero no se exige una práctica común.

<sup>248</sup> Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 8.

<sup>249</sup> Lauterpacht, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, Oxford-Clarendon Press, 1933, p. 249.

<sup>250</sup> Pescatore, Pierre, “Aspects judiciaires de l’«acquis communautaire»”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, pp. 617-651.

<sup>251</sup> CIJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Individual Opinion of Judge Alvarez, 11 de abril de 1949, p. 190.

En efecto, las sentencias judiciales internacionales constituyen el primer paso y el paso decisivo en el proceso de formación de una nueva norma internacional consuetudinaria.<sup>252</sup> Si un Estado no está de acuerdo con la declaración judicial de la existencia de una norma consuetudinaria, podría objetar persistentemente o convertirse en *persistent objector*, pero la sentencia judicial declaratoria de la costumbre le atribuye la carga de la prueba de que efectivamente lo es; un Estado que guarda silencio en relación con la sentencia judicial se considera vinculado por la costumbre “cristalizada” en la misma. En relación con esto, el juez Shabuddeen señala que las sentencias judiciales pueden crear derecho únicamente a través del proceso en el que se desarrolla el derecho internacional consuetudinario.<sup>253</sup>

La línea de demarcación entre el desarrollo y creación del derecho internacional es aún más delgada tratándose de las sentencias judiciales en las que los jueces internacionales se enfrentan a lagunas o silencios en el derecho aplicable al caso sometido ante su foro.<sup>254</sup> Según la presunción de completitud del ordenamiento jurídico internacional, éste contiene lo necesario para llenar las lagunas, y el juez no tiene que crear nuevas normas, sino simplemente “descubrir” o “hallar” las ya provistas por el derecho existente. No obstante, aun cuando los jueces proceden de este modo, puede resultar que, contrariamente al método antes señalado, se ha creado nuevo derecho.<sup>255</sup> Existen muchos casos concretos en los que los tribunales internacionales han desarrollado el derecho internacional de manera muy extensiva al llenar lagunas de las normas aplicables al caso.<sup>256</sup>

La creación de derecho en estos supuestos se relaciona muy estrechamente con los métodos de interpretación que utilizan los tribunales internacionales. En principio, la interpretación del derecho por parte del juez debe

<sup>252</sup> Boschiero, Nerina, *The International Courts and the Development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, 2013.

<sup>253</sup> Schabuddeen, Mohammad, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1997, pp. 69-73.

<sup>254</sup> Vereschtetin, V., “Is Deceptive Clarity Better than «Apparent Indecision»”, *Liber amicorum: Judge Mohammed Bedjaoui*, Martinus Nijhoff, 1999, p. 534.

<sup>255</sup> Shabuddeen, Mohammed, *op. cit.*, p. 91.

<sup>256</sup> El muy comentado caso *Tadic* es considerado como un ejemplo de creación de derecho (penal) internacional por parte del TPIY. De la misma manera, en los casos *Acayesu* y *Furundzija* los jueces del TPIR y del TPIY, respectivamente, llenaron varias lagunas del derecho penal internacional, al determinar que la violación constituye un crimen de lesa humanidad. Lo decidido por los tribunales penales *ad hoc* en dichos asuntos sirvió de inspiración para la redacción de los artículos del Estatuto de la CPI en esta materia y se considera como un ejemplo de la formación de nuevas normas de derecho internacional por el efecto de la adopción de sentencias judiciales.

limitarse a “descubrir” el sentido correcto de una norma —necesariamente precontenido en esta última—. <sup>257</sup> No obstante, la interpretación va más allá de la simple indagación o cognición del sentido ya contenido en una determinada norma jurídica. Como lo señala Cecilia Medina, la “interpretación normativa” muchas veces se convierte en “interpretación creativa”. <sup>258</sup> En términos de Venzke, la interpretación sería una “práctica creadora de derecho” (*jurisgenerative practice*). <sup>259</sup> Se pueden citar varios casos en los que los órganos judiciales internacionales han desarrollado “interpretaciones creativas de las normas internacionales”. <sup>260</sup>

Además de desempeñar importantes funciones para el desarrollo del derecho internacional, las sentencias de los tribunales internacionales son esenciales para preservar la coherencia en la interpretación y aplicación de las normas de este conjunto normativo. En efecto, el respeto, por parte de los tribunales internacionales, de lo resuelto en sus sentencias anteriores contribuye indudablemente a preservar la coherencia del derecho internacional. <sup>261</sup> Consecuentemente, no es de extrañarse que los tribunales internacionales se refieran muy frecuentemente tanto a su propia jurisprudencia anterior como a la de otros jueces internacionales. <sup>262</sup> Algunos autores incluso consideran que si un juez internacional no cita casos anteriores en el texto de su sentencia es porque no los hay. <sup>263</sup> Así, por ejemplo, la CIJ se ha referido a su propia jurisprudencia en el 36% de los casos resueltos entre

---

<sup>257</sup> Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 3.

<sup>258</sup> Medina Quiroga, Cecilia, “The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretations”, *The Oxford Handbook on International Human Rights*, 2013, p. 650.

<sup>259</sup> Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 13.

<sup>260</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Furundžija*, el TPIY interpretó la noción de “violación” a la luz de uno de los fines y objetivos de las normas del derecho penal internacional: la protección de la dignidad humana, y, en consecuencia, consideró que este acto constituía un crimen de lesa humanidad. En los comentarios de este caso se señaló que los jueces del Tribunal procedieron a “una creación del derecho, disfrazada de interpretación teleológica”. En el mismo sentido, en el caso *Van Gend en Loos*, el TJUE utilizó el método teleológico para establecer, por su propia autoridad, el principio de efecto directo del derecho de la UE. De igual modo, la CIJ recurrió a dicho método para establecer solemnemente la obligatoriedad de las medidas cautelares en el derecho internacional. Este mismo método fue utilizado por la CEDH en el importante caso *Mamatkulov* para desviarse de la jurisprudencia anterior en la materia y para proclamar, de manera solemne, el carácter obligatorio de las medidas cautelares en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

<sup>261</sup> Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 6.

<sup>262</sup> Jacob, Marc, “Lawmaking Through International Adjudication”, *German Law Journal*, 2010, vol. 12, p. 1009.

<sup>263</sup> *Idem*.

1948 y 2002.<sup>264</sup> De la misma forma, la CIJ ha citado la jurisprudencia anterior de la CPJI en el 22% de los casos resueltos en el mismo periodo.<sup>265</sup> Los otros tribunales internacionales también citan con mucha frecuencia tanto sus propias sentencias como las sentencias de otras jurisdicciones internacionales.<sup>266</sup> Además, estas referencias son utilizadas, en la gran mayoría de los casos, para confirmar lo establecido en las sentencias anteriores y no para deslindarse de lo mismo.<sup>267</sup>

Esta citación constante de la jurisprudencia anterior podría fácilmente confundirse con el desarrollo de una doctrina de precedentes en el plano internacional. No obstante, las referencias no traducen la aplicación estricta de la regla de *stare decisis*. Los tribunales internacionales no están obligados a basar sus sentencias en lo ya decidido previamente en su propia jurisprudencia o en la de otros órganos judiciales. Los jueces internacionales pueden seguir, pero también cambiar con completa libertad la solución adoptada en un caso anterior.<sup>268</sup> Debido a la ausencia de jerarquía entre los tribunales internacionales, lo dispuesto en sus sentencias anteriores no posee una fuerza jurídica vinculante para la resolución de los casos futuros, y no prefigura precedentes obligatorios.<sup>269</sup> Lejos de ser un “argumento de autoridad” que imponga una solución jurídica u otra, la citación de una sentencia internacional previa constituye un “argumento de persuasión”, dotado de una autoridad informativa y meramente orientadora.

Para determinar si la doctrina de *stare decisis* se aplica en el derecho internacional también es necesario aclarar por qué las sentencias de los tribu-

---

<sup>264</sup> Gingsburg, Tom, *op. cit.*, p. 8.

<sup>265</sup> *Idem*.

<sup>266</sup> Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 5.

<sup>267</sup> En un estudio muy amplio sobre la citación de jurisprudencia anterior en las sentencias de los tribunales internacionales, Nathan Miller constata que de un margen de 173 referencias a casos anteriores, sólo once fueron utilizadas para deslindarse o pronunciarse de otra manera (*ouerrule*), las restantes 162 fueron utilizadas de manera positiva o neutral. Miller, Nathan, “An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» Across International Tribunals”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 483-495.

<sup>268</sup> La problemática relativa a la facultad y no obligación para los tribunales internacionales de referirse a casos de jurisprudencia anterior es resumida por el artículo 21. 2 del Estatuto de la CPI. Como se mencionó anteriormente, según dicha disposición: “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Dicho en otros términos, la Corte podrá seguir lo establecido en decisiones anteriores, pero no está obligada a hacerlo. Della Morte, Gabriele, “Les Tribunaux pénaux Internationaux et les références à leur propre jurisprudence: *auctoritas rerum similiter judicatarum?*”, en Delmas-Marty, Mireille *et al.* (coord.), *Les sources du droit pénal international*, Société de Législation Comparée, p. 211.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 216.

nales internacionales no constituyen precedentes obligatorios para los tribunales internos. En este sentido, es necesario distinguir entre la ejecución del dispositivo de las sentencias de los órganos judiciales internacionales y el otorgamiento de fuerza jurídica vinculante a los considerandos de dichas sentencias.

La mayoría de los estatutos constitutivos de los tribunales internacionales contienen una disposición expresa en torno a la obligación de los Estados de respetar lo establecido en sus sentencias.<sup>270</sup> El reconocimiento de la obligatoriedad de las sentencias de los tribunales internacionales no constituye más que la “cristalización” del principio *res iudicata*. Si el estatuto de un tribunal internacional “cristaliza” el principio *res iudicata*, al establecer la obligatoriedad de las sentencias de dicho órgano judicial para los Estados parte en las controversias presentadas ante su foro, por aplicación del principio *pacta sunt servanda*, los países que han ratificado este tratado tienen que ejecutar lo dispuesto en dichas resoluciones. Como se dijo con anterioridad, el principio *res iudicata* concierne únicamente al dispositivo y no a los considerandos de una sentencia judicial internacional. Por ende, los Estados parte en una controversia resuelta por la sentencia de un tribunal internacional tienen la obligación jurídicamente vinculante de ejecutar el dispositivo de la resolución.

En cambio, para determinar si las sentencias de los tribunales internacionales constituyen precedentes obligatorios para los tribunales internos no se requiere apreciar la obligatoriedad de la parte resolutive de las sentencias de los tribunales internacionales, sino la fuerza jurídica de sus considerandos. No existen reglas escritas o no escritas, en el derecho interno y en el internacional, que establezcan el valor de las sentencias de los jueces internacionales para la jurisprudencia de los órganos judiciales internos. Por lo tanto, dicha determinación ha sido dejada por completo en manos de los propios jueces.

La CIDH ha sido, hasta la fecha, el único tribunal internacional que ha afirmado, por su propia autoridad, que sus sentencias son susceptibles de constituir precedentes judiciales obligatorios para los tribunales internos de los

---

<sup>270</sup> Así, por ejemplo, la obligación de los Estados de ejecutar las sentencias de la CIJ está prevista no sólo en el Estatuto de la Corte, sino también en el artículo 94 de la Carta de la ONU. En virtud de dicha disposición: “1. Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. 2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

Estados que forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En el caso *Amonacid Arellano*, la CIDH consideró que los jueces internos de los Estados miembros de la Convención Interamericana de Derechos Humanos deben controlar la conformidad del derecho interno con dicho tratado internacional. Pero, además, de manera novedosa y apartándose del diseño tradicional del control de convencionalidad en el derecho internacional, la Corte estimó que al desarrollar dicho control, los jueces deben tomar en cuenta no sólo la letra de la Convención, sino también las sentencias de la propia Corte, en cuanto constituyen la interpretación “última” del tratado.<sup>271</sup> Esas interpretaciones se exponen en los considerandos de las sentencias de la CIDH. Por lo tanto, al enunciar que las mismas son obligatorias para los jueces internos, en términos del control de convencionalidad, la Corte, en realidad, consideró que los considerandos de sus sentencias tienen una fuerza jurídica vinculante para los tribunales internos. La CIDH reafirmó esta solución en el caso *Gelman*.<sup>272</sup>

Los jueces internos de los Estados pertenecientes al sistema interamericano de protección de los derechos humanos respondieron positivamente a esta obra pretoriana de la CIDH y consagraron, en su propia jurisprudencia, el valor obligatorio de los precedentes judiciales emanados de este tribunal internacional.<sup>273</sup>

Ningún otro tribunal internacional ha afirmado que sus sentencias constituyen precedentes obligatorios para los tribunales internos, y la postura de las jurisdicciones internas respecto al valor de las sentencias de los órganos judiciales internacionales ha sido divergente.

Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Sánchez Llamas*,<sup>274</sup> determinó que los considerandos de las sentencias

<sup>271</sup> CIDH, *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

<sup>272</sup> En dicho asunto, la CIDH reiteró que “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. CIDH, *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr. 193.

<sup>273</sup> Para una lista de casos de cortes supremas de dichos Estados que afirman la obligatoriedad de los precedentes judiciales de la CIDH, véase CIDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párr. 226-232.

<sup>274</sup> US Supreme Court, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

de la CIJ merecían “una consideración respetuosa” (*respectful consideration*), pero no constituían precedentes obligatorios para los tribunales internos de Estados Unidos.<sup>275</sup> Es de enfatizarse que los tribunales estadounidenses también han negado la fuerza jurídica obligatoria de las sentencias de otros órganos judiciales o casijudiciales internacionales.<sup>276</sup>

Jueces internos de otros Estados también se han mostrado renuentes a reconocer la obligatoriedad de los considerandos de las sentencias de la CIJ para los casos futuros resueltos por tribunales internos. Así, por ejemplo, en la *saga Ferrini*, la *Corte di cassazione* italiana consideró que la interpretación de la CIJ en el caso *Jurisdictional Immunities of the State*<sup>277</sup> acerca del alcance de la inmunidad de jurisdicción de los Estados en el derecho internacional no era obligatoria para los jueces italianos, porque contradecía las garantías de acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de los derechos humanos, previstas en la Constitución italiana.

Existen, *a contrario sensu*, tribunales internos que han aceptado entender a los considerandos de las sentencias de la CIJ como precedentes obligatorios para su propia jurisprudencia. Así por ejemplo, el tribunal constitucional de Alemania que se pronunció después de la sentencia *LaGrand* de la CIJ<sup>278</sup> consideró que el derecho al debido proceso, previsto en la Constitución alemana, debía ser garantizado de conformidad con las exigencias del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tal como fue interpretado por la CIJ en el caso *LaGrand*.<sup>279</sup> No obstante, en este caso, el Tribunal Constitucional consideró que las sentencias de la CIJ no eran “incondicionalmente” obligatorias, y que los jueces internos tenían siempre la posibilidad de no respetarlas si las sentencias comprometían principios fundamentales de derecho interno.<sup>280</sup>

<sup>275</sup> *Ibidem*, párrs. 2677 y 2678.

<sup>276</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Corus Staal BV vs. Department of Commerce*, la Corte de Comercio Internacional de Estados Unidos (*Court of International Trade*), tuvo que resolver una demanda presentada en contra de una investigación *antidumping*. Los argumentos de la demanda se referían al caso *Bed Linen*, resuelto por un panel de la OMC. La Corte concluyó que “cuando se enfrenta con una interpretación oscura de una norma o acuerdo internacional, la Corte deberá referirse a la interpretación del Departamento de Comercio de Estados Unidos” (*Corus Staal, op. cit.*, párr. 1265) *Corus Staal BV v. U.S. Dep't of Commerce*, 259 F. Supp. 2d 1253 (Ct. Int'l Trade 2003).

<sup>277</sup> CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Germany vs. Italy, 3 de febrero de 2012.

<sup>278</sup> BvR 2115/01.

<sup>279</sup> BGH, *NSI 22 (2002)*, 168, 7 de noviembre de 2011.

<sup>280</sup> *BvR 2115/01*, párrafos 59 y ss. Para un comentario de la sentencia véase Heinlein, P., “The U.S. and German Interpretations of the Vienna Convention on Consular Relations: Is

En el mismo sentido, en una sentencia de 2012, la Corte Constitucional de Italia enfatizó su obligación de tomar en consideración la jurisprudencia de la CEDH, pero, al mismo tiempo afirmó su capacidad de desviarse de ésta para preservar el respeto de un principio constitucional fundamental.<sup>281</sup> El Tribunal Constitucional de Alemania, en una sentencia de 2004, en el caso *Görgülü*<sup>282</sup> manifestó que las sentencias de la CEDH deben ser “tomadas en cuenta” en el ámbito interno.<sup>283</sup> En términos del Tribunal, la “toma en consideración” implica “tomar noticia” de la manera en la que la CEDH ha interpretado las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos y aplicarlas al caso, asegurándose de que dicha aplicación no viola el derecho constitucional alemán.<sup>284</sup>

Es de estimarse que este tipo de sentencias parecen introducir el concepto de “orden público” del derecho internacional privado en la regulación de las relaciones entre tribunales internos y tribunales internacionales.<sup>285</sup>

Desde una perspectiva general, la postura de los tribunales internos respecto a la fuerza jurídica de las sentencias de los tribunales internacionales en los ordenamientos jurídicos internos ha variado en función del alcance de la competencia territorial de las jurisdicciones internacionales. En particular, se observa una mayor tendencia de los órganos judiciales internos de aceptar que las sentencias de tribunales que operan en esquemas de integración regional sean susceptibles de constituir precedentes obligatorios; en cambio, se denota la reticencia de los tribunales internos de aplicar la doctrina de *stare decisis* respecto a las sentencias de órganos judiciales internacionales con competencia universal.<sup>286</sup>

---

Any Constitutional Court Really Cosmopolitan?”, *Maryland Journal of International Law*, 2010, vol. 25, pp. 317-334.

<sup>281</sup> Corte Costituzionale, sentencia núm. 264, del 28 de noviembre de 2012, disponible en: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Conforti, B., “La Corte costituzionale applica la teoria dei controlli”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, vol. 96, pp. 527 y ss.

<sup>282</sup> *2BvR 1481/04*, Judgment of 14 November 2004.

<sup>283</sup> *Ibidem*, párrafo 50.

<sup>284</sup> *Ibidem*, párrafo 58.

<sup>285</sup> Al considerar que las sentencias de los tribunales internacionales no podrán ser ejecutadas ni consideradas como precedentes obligatorios para los jueces internos si contradicen principios fundamentales del derecho del foro, los tribunales internos están imponiendo el mismo tipo de frenos a la entrada, en el ordenamiento jurídico interno de sentencias adoptadas con base en el derecho internacional (extranjero), que los que aplican en el ámbito de su cooperación judicial con tribunales de otros Estados miembros de la comunidad internacional.

<sup>286</sup> Petrova Georgieva, Virzhiniya, *Tribunales mexicanos y tribunales internacionales: ¿complementariedad o competencia?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A CUARENTA AÑOS DE SU ESTABLECIMIENTO\*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

#### I. EL ALBA DEL SISTEMA

Celebramos el cuadragésimo aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya aparición debió vencer obstáculos y recelos. Y festejamos el septuagésimo aniversario de un hecho germinal para esa jurisdicción: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, en 1948. Para apreciar las vicisitudes que enfrentó el advenimiento de la Declaración regional, conviene recordar el concepto entonces prevaleciente acerca de la soberanía y la jurisdicción doméstica. Además, es preciso evocar la circunstancia regional americana: se trataba de construir un sistema continental novedoso, que abriera el cauce a una estructura que sustituiría a la Unión Panamericana, con todo lo que ello implicaba. Igualmente, es necesario considerar la circunstancia inmediata

---

\* Inicialmente, este artículo me fue solicitado con motivo del cuadragésimo aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, entonces presidente de ese tribunal. Se trataba de reunir reflexiones y experiencias de antiguos juzgadores. Esto explica las alusiones a mi experiencia como juez (1998-2009) y presidente (2004-2008) de la Corte. El artículo fue publicado en la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* (nueva época, núm. 9, julio-diciembre de 2018, pp. 23 y ss.). Analicé el mismo tema, con las variantes del caso, en mi conferencia (11 de abril de 2019) en el ciclo desarrollado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas sobre “Mecanismos contemporáneos de solución de controversias en el Derecho internacional”, en el que participé por invitación de mi apreciada colega doctora Virdzhiniya Petrova Georgieva, quien ahora brinda hospitalidad a este texto —hospitalidad que agradezco— en la obra colectiva que recoge las aportaciones de quienes participaron en aquel ciclo de conferencias.

que rodeó a los participantes en la Conferencia de 1948: las dramáticas horas del “Bogotazo”.<sup>1</sup>

La corriente favorable a la fundación de un sistema interamericano protector de los derechos humanos y de una verdadera jurisdicción sobre la materia, emprendió la marcha —sin perjuicio de antecedentes apreciables— en la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, conocida como Conferencia de Chapultepec (México, 1945), en honor de la egregia sede que tuvo aquel encuentro de los Estados americanos. La Declaración de 1948 fue adoptada (2 de mayo de 1948) en el Gimnasio Americano de la capital colombiana, varios meses antes de la Declaración Universal (10 de diciembre de 1948). Por lo tanto, corresponde a la conferencia regional el honor —y a nosotros, mujeres y hombres de América, la satisfacción— de que aquélla fuera el primer instrumento de su género en la historia de la humanidad. Constituyó la carta de advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos.

En su tiempo, la emisión de un instrumento con tales pretensiones remontó criterios tradicionales que opusieron resistencia: un sistema internacional o supranacional que interviniera en cuestiones concernientes a la jurisdicción doméstica quebrantaría las facultades soberanas de los Estados.<sup>2</sup> Algunos testigos de esa hora advierten sobre la vacilación en ir hacia adelante: tan lejos y tan pronto como se pudiera.<sup>3</sup> Sin embargo, el propósito de colocar al ser humano en el centro del escenario, sin fronteras territoriales para el reconocimiento y la plena vigencia de su dignidad y de los derechos y libertades inherentes a ésta, venció los escollos y permitió el paso paulatino hacia un Sistema Interamericano, que implicó una transición mayor dentro de la breve historia de la tutela internacional de los derechos humanos. El ser humano reasumió el papel eminente que le reconocieron las declaraciones revolucionarias del siglo XVIII. La marcha se vio abonada, desde luego, por la reacción universal frente al siniestro espectáculo de las grandes guerras.

El trabajo preparatorio de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos transitó por varios anteproyectos de convención, como el formado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Igualmente, le precedió la creación bienhechora de la Comisión Interamericana de Dere-

<sup>1</sup> García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2015, pp. 8 y 9.

<sup>2</sup> Sobre los problemas que debió enfrentar la declaración, en su tiempo y circunstancia, *cfr.* García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos. Preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, p. 9.

<sup>3</sup> Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “Prólogo” a García Bauer, *op. cit.*

chos Humanos. Ésta “hizo camino al andar”, a partir de la valerosa decisión de los cancilleres reunidos en Santiago de Chile, en 1959. Pero aún se tendría que remontar, como en efecto ocurrió, las limitaciones contenidas en el primer Estatuto de aquella Comisión.<sup>4</sup> Luego llegó la Conferencia de San José, en 1969, que adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), incorporando en ella —una vez superadas algunas objeciones, que cedieron en el curso de la Conferencia— a la Corte destinada a interpretar y resolver contiendas a propósito de la aplicación del Pacto de San José, y también a esclarecer consultivamente otros temas del derecho convencional de los derechos humanos.<sup>5</sup>

Pasaría una década antes de que la CADH adquiriera vigencia por ratificación o adhesión de once Estados americanos. Hoy, en 2018, al cabo de otras etapas y contingencias, podemos mirar a nuestra América con el lente de la jurisdicción de los derechos humanos. Por supuesto, este no es el final del camino. Sólo nos encontramos en una estación de lo que he denominado “navegación americana” de los derechos humanos:<sup>6</sup> a buena distancia del puerto de partida, pero también del punto de llegada —la tierra prometida—, donde tendrán plena vigencia práctica, no sólo discursiva y normativa, los derechos fundamentales del ser humano. Así se habrá trasladado al imperio de la realidad la ferviente utopía de los revolucionarios de América y de Francia, que asignaron a la asociación política —hoy día, la nacional y la internacional— un fin preciso: la protección de los derechos humanos.

---

<sup>4</sup> García Bauer, Carlos, *op. cit.*, pp. 153-155. La eficacia de la Comisión, que fortaleció la idea tutelar del Sistema, se mostró en las actuaciones de aquélla en algunos países en que hubo violaciones graves de derechos humanos. *Cf.* Buergenthal, Thomas y Cassel, Douglass, “The Future of the Interamerican Human Rights System”, en Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 549, y González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 31 y ss.

<sup>5</sup> Sobre la Conferencia de San José, *cf.* *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos*, Washington, D. C., Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, rep. 1978.

<sup>6</sup> Hay una amplia bibliografía acerca de la etapa inicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. De ésta me he ocupado en mi libro *La Corte Interamericana... cit.*, pp. 6 y ss. y 100 y ss. Sobre los días del “Bogotazo”, *cf.* la narración del jefe de la delegación mexicana y canciller de su país, Torres Bodet, Jaime, en *La victoria sin alas*, México, Fundación Miguel Alemán, 2012, pp. 273 y ss. Así, por ejemplo, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), “La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, *Ius constitucionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto Max Planck-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 459 y ss.

## II. EL TRIBUNAL SUPRANACIONAL

Quienes aprobaron la creación de una Corte internacional —que califico como supranacional, atendiendo a su propósito y a su eficacia— escucharon las voces que sugerían o reclamaban la presencia de esa jurisdicción al lado de la instancia política que había comenzado a rendir buenos frutos. Esta fue la propuesta de René Cassin, invitado a la Conferencia,<sup>7</sup> además de que lo fuera de un vigoroso conjunto de juristas americanos a los que se debe el progreso de la tutela internacional de los derechos humanos en nuestro continente, entre ellos —participantes o no en el encuentro de San José— Carlos García Bauer y Eduardo Jiménez de Aréchaga.

Conscientes de que sería necesario atraer más voluntades y aguardar con prudencia y paciencia el retiro de las piedras que habría en el camino, los suscriptores de la Convención alojaron en ésta una cláusula facultativa sobre la competencia del Tribunal para conocer asuntos contenciosos.<sup>8</sup> Gradualmente han llegado las adhesiones de los Estados a esa competencia prevista en la CADH. Pero aún son muchos los ausentes tanto del Pacto de San José como del reconocimiento de la competencia sobre asuntos contenciosos.

En 1978 entró en vigor la Convención. Con ella, la Corte Interamericana adquirió cuerpo y misión. En la ceremonia de instalación, desarrollada en el Teatro Nacional de San José, intervinieron varios promotores, defensores y actores de la jurisdicción emergente. El presidente de Costa Rica, Rodrigo Carazo, señaló que el nuevo tribunal debía emitir la jurisprudencia que permitiera alcanzar los objetivos del Pacto y aplicar sus disposiciones a plenitud,<sup>9</sup> iluminando zonas oscuras o indefinidas de la normativa e inte-

---

<sup>7</sup> En San José, Cassin señaló: “Esta Conferencia tiene un carácter jurídico, casi judicial muy pronunciado”. Cotejó las experiencias europea y americana, elogió el progreso significativo alcanzado por la Comisión Interamericana, se refirió a las aspiraciones de algunos países del hemisferio e invitó a “establecer, sin destruir un mecanismo ya probado (la Comisión y su desempeño), un instrumento nuevo que pueda, como en el caso de Europa, reforzar una Convención mediante una serie de interpretaciones y formar una jurisprudencia de valor inapreciable para prevenir violaciones futuras”. *Conferencia Especializada Interamericana*, *op. cit.*, p. 434.

<sup>8</sup> Sobre este punto y, en general, acerca de las preocupaciones de los autores de la Convención para atraer la voluntad de los Estados, *cf.* Úbeda de Torres, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007.

<sup>9</sup> “Discurso pronunciado por el excelentísimo señor presidente de la República de Costa Rica, Lic. Rodrigo Carazo Odio, en el Teatro Nacional de Costa Rica, el día 3 de septiembre de 1979, con motivo de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”,

grando así el sistema de protección de derechos humanos. A éste llegaron las aportaciones de la Corte, inicialmente reunidas en opiniones consultivas —simiente de la jurisprudencia venidera— y posteriormente expuestas, además, en un apreciable número de resoluciones jurisdiccionales de otra naturaleza. En todas ellas se expresan las facultades jurisdiccionales de la Corte: consultiva, contenciosa, preventiva y ejecutiva.

### III. SEDE E ITINERANCIA

La jurisdicción interamericana, que tiene sede en San José, Costa Rica —merced a un convenio hospitalario con el gobierno de esa República—, recibió un nuevo impulso fecundo gracias a una decisión insólita: la celebración de periodos de sesiones fuera de la sede regular, acordada en la etapa en que presidí la Corte. Esta práctica, con algunos antecedentes en actuaciones procesales externas (por ejemplo, sesiones relativas a la *Opinión Consultiva-18/03*, en Santiago de Chile), inició en 2005. A la luz de los buenos resultados obtenidos, se llevó adelante la primera serie de sesiones con audiencias públicas en otros Estados americanos.

Me referí a este proyecto en los informes que expuse, como presidente de la Corte, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA en 2004 y 2005. En el correspondiente a este último año anuncié que el tribunal desarrollaría un periodo de sesiones, con características novedosas, en la ciudad de Asunción, Paraguay. Aclaré que

...no se trata(ría), en modo alguno, de realizar visitas *in loco*, que conciernen a la Comisión Interamericana, sino de actuaciones jurisdiccionales, especialmente audiencias públicas, que son la materia precisa y estricta del quehacer de la Corte, en la que ésta debe concentrar su atención y dedicación y a la que debe dirigir sus limitados recursos.<sup>10</sup>

---

en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Memoria de la Instalación*, San José, Secretaría de la CorteIDH-Unión Europea, 1999, pp. 20 y 21.

<sup>10</sup> Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2004*, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.19/05, 10 de mayo de 2005, p. 8. Sobre este desarrollo en la actividad de la Corte, al que me referí en informes ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y la Asamblea General de la OEA, *cf.* mis referencias en García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, pp. 161-163 y 191 y ss., obra en la que también recojo las intervenciones que tuve como presidente del tribunal en las ciudades sede de los periodos externos. Igualmente, *cf.* Saavedra, Pablo y Pacheco Arias, Gabriela, “Las sesiones «itinerantes» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en García Ramírez y Castañeda, Mireya (coords.),

Tampoco se buscaba, es obvio, dar a la administración de justicia un carácter espectacular, con el peligro, tan sabido, de constituir la justicia en espectáculo. El proyecto, cuidadosamente preparado, conjuró estos riesgos y mostró notables ventajas. En la etapa en que tuve el honor de presidir la Corte, ésta celebró sesiones externas en Asunción, como acabo de indicar, y así como en Brasilia, Buenos Aires, San Salvador, Guatemala y Bogotá.<sup>11</sup> En los siguientes años continuó y arraigó este programa, que ha favorecido el conocimiento del tribunal en los Estados de nuestra región.

#### IV. LA CORTE REGULADORA. NORMAS Y PRÁCTICAS

La Corte Interamericana posee atribuciones convencionales normativas, administrativas y jurisdiccionales. En seguida me referiré a las primeras, que se deducen del Pacto de San José, secundado por el estatuto del tribunal —emitido por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos—, y por el Reglamento, cuya elaboración compete a la misma Corte. Éste es más que una regulación interna, protocolo de organización y tramitación: constituye un ordenamiento procesal que rige el despliegue de las competencias jurisdiccionales. En otros términos, el reglamento es un compacto código de procedimientos al que se disciplina la actuación tanto del tribunal como de la Comisión Interamericana y de los Estados parte en la Carta de la OEA —por lo que toca a las opiniones consultivas—, así como de todos los sujetos que actúan bajo la competencia consultiva o contenciosa de aquél.

Las fuentes para la regulación del procedimiento son los acuerdos o determinaciones de la Corte a través de sentencias u opiniones y los procesos de reforma directa a cargo del tribunal. En los últimos lustros —y, en ellos, la etapa en que tuve el honor de integrar la Corte o de presidirla— se llevó adelante la reforma al Reglamento en consulta con los actores del sistema acerca de los aspectos sobresalientes para el despacho de su jurisdicción. Esto permitió recibir puntos de vista atentos a los problemas advertidos y a sus posibles soluciones. Así, hallaron fundamento varias modificaciones reglamentarias basadas en la experiencia del propio tribunal o en las aportaciones de los actores del sistema, señaladamente los Estados, la Comisión Interamericana y las organizaciones de la sociedad civil. El método utili-

---

*Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 37 y ss.

<sup>11</sup> García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 191-231.

zado —con diseño “democrático”, se destacó en algún momento—, sustentó la reforma de 2009, como indica la correspondiente “Exposición de motivos”.<sup>12</sup>

Por supuesto, no basta la modificación de normas si ésta no se acompaña con el desarrollo de las prácticas que requiere la actividad jurisdiccional. Es preciso conciliar —sin sacrificio para nadie— la excelencia en la decisión con la diligencia en emitirla. Esto supone retos, como se suele decir, e incorporación de nuevas prácticas. Se procuró hacerlo en la etapa a la que corresponde la mayoría de las referencias contenidas en este texto, como quedó dicho en un informe ante la OEA.<sup>13</sup>

La actuación de la Corte debe ser difundida a escalas nacional, regional y mundial. Es importante —más aún, indispensable— que el desempeño del tribunal y su jurisprudencia sean ampliamente conocidos y analizados, y, para ello, es preciso utilizar todos los medios disponibles. La publicación de cuadernos sobre opiniones y casos es uno de esos medios, tradicionalmente utilizado —y muy valioso— para atender a ese propósito, como lo es la edición de textos diversos en los que se informa acerca del tribunal y las tareas que cumple. A estas vías de información se agregó, en mi etapa como presidente del tribunal, el relanzamiento de la página web,<sup>14</sup> que tiempo después adquiriría notable vuelo y se convertiría en un espacio de obligada consulta para quienes se interesan en la tutela interamericana de los derechos humanos, ahora expuesta igualmente por medio de la transmisión electrónica de las sesiones públicas de la Corte. En esa página se recogieron todos los documentos que figuran en los expedientes de casos cerrados, para conocimiento de quienes deseen consultar sin restricciones las piezas que los integran.<sup>15</sup> En el tiempo al que se refiere este artículo se alentó igualmente —como se

---

<sup>12</sup> Véase la “Exposición de Motivos de la Reforma Reglamentaria” (de 2008-2009), en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano* (actualizado a febrero de 2010), Secretaría de la CorteIDH, San José, 2010, pp. 193 y ss., disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_motivos\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf).

<sup>13</sup> Al respecto, en el informe que presenté en 2004 ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y ante la Asamblea General de la OEA, como presidente de Corte Interamericana, manifesté que este tribunal se proponía “ampliar la duración de los periodos de sesiones, reprogramar los trabajos del Pleno de la Corte y de sus integrantes, utilizar más tiempo antes de las reuniones en San José para el estudio y la preparación de casos, buscar nuevas fuentes de financiamiento de algunas actividades y redistribuir, en la medida de lo posible, los recursos disponibles”. En el periodo comprendido entre 2004 y 2007, “estas propuestas se convirtieron en hechos, sin salvedad”. García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana...*, cit., p. 158.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>15</sup> *Idem*.

había hecho en etapas anteriores— la aparición de obras que recogieran la historia, las funciones y los alcances del tribunal.<sup>16</sup>

## V. INTERPRETACIÓN VINCULANTE. HACIA UN DERECHO COMÚN (*IUS COMMUNE*)

Con paso firme, venciendo asedios de diversa procedencia y aplicando con eficacia sus escasos recursos financieros —merced a la excelencia de sus recursos humanos—, la Corte ha adquirido madurez y prestigio. En efecto, se ha logrado en apreciable medida que las decisiones judiciales posean la virtud que deben tener: trascendencia, que es más que cumplimiento e impacto. La trascendencia es capacidad de mover el derecho interno y, con él, las prácticas domésticas. Implica creciente —aunque no siempre inmediata, fulminante— recepción de los criterios sustentados en la jurisprudencia del tribunal.

La Corte ha sostenido que la jurisprudencia concurre a integrar la norma tutelar de los derechos humanos, compuesta por las disposiciones textuales de la Convención y por la interpretación que aporta ese tribunal, su intérprete supremo. Tal es la norma tutelar que informa Constituciones, leyes ordinarias, políticas públicas, resoluciones jurisdiccionales y otros actos de los Estados nacionales, merced al esfuerzo de recepción que ha cundido en muchos ámbitos. De nueva cuenta señalo: estamos lejos de llegar al punto de arribo. Cuando se analiza el “cumplimiento de sentencias” hay espacios colmados de sombras, pero también luces que antes no existían. Digámoslo con justicia para quienes las han encendido.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Tuvo especial importancia una obra analítica y colectiva que reunió estudios formulados por los jueces integrantes de la Corte y dio cuenta de la jurisprudencia emitida hasta 2004, con índices temáticos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, CorteIDH, 2005.

<sup>17</sup> En mis informes ante la OEA como presidente de la CorteIDH, hice notar los avances en el cumplimiento (que ahora identifico bajo el rubro de “trascendencia” de las resoluciones de aquel tribunal): “(l)os criterios interpretativos de la Convención incorporados en dichas resoluciones han informado, cada vez más, modificaciones de leyes —inclusive de la más alta jerarquía—, expedición de normas, nuevos rumbos jurisprudenciales, cambios reglamentarios, variación de prácticas”. García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, p. 169. También es preciso distinguir los criterios de ponderación del cumplimiento: como observancia de los puntos de condena (en ocasiones muy numerosos) contenidos en las sentencias, o como medición que se cifra en la fórmula “todo o nada”. A este respecto, *cf.* *Eficacia del sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, pp. 34 y 35. Los informes que rendí ante la OEA se encuentran disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/informe-anual.html>.

El tribunal también ha reiterado que sus resoluciones son vinculantes para los Estados que acogen la Convención Americana. El reconocimiento de esta calidad por parte de la Corte y de los Estados es un factor determinante para el arraigo y la fortaleza de la jurisdicción interamericana. Ha sido relevante sostener la eficacia *inter partes* de las decisiones judiciales, eficacia que la CADH proclama y que asumen explícitamente los suscriptores de ésta, pero más lo ha sido sostener el imperio *erga omnes* de la interpretación que hace el tribunal con respecto a los instrumentos que le confieren competencia *ratione materiae*. En otros términos, a la cosa juzgada se agrega la “cosa interpretada”, como señalan algunos estudiosos, o la interpretación vinculante, como prefiero decir.<sup>18</sup>

Ese avance en relación con la fuerza de las sentencias —y de las decisiones en torno a medidas provisionales y cumplimiento de resoluciones— se ha extendido últimamente para comprender los criterios sostenidos por la Corte en sus opiniones consultivas. En un tiempo, la doctrina se dividió, y la Corte no reconoció eficacia vinculante a sus opiniones consultivas. Esto cambió, acertadamente, a partir de la *OC-21*.<sup>19</sup> Los Estados parte en la Convención —y en otros tratados del ámbito americano— se obligan a dar cumplimiento a las normas sustantivas contenidas en esos instrumentos, que se incorporan a su propio orden jurídico. Y el alcance de esos preceptos se halla definido, en último examen, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, intérprete de la Convención y de aquellos tratados. De ahí que sea vinculante la interpretación provista por ese tribunal, que concurre a integrar la norma cuya observancia es obligatoria, tanto en las opiniones como en las sentencias. Considero que está pendiente el examen de la eficacia de las opiniones consultivas sobre tratados que no forman parte del sistema normativo americano, pero son aplicables en países de América, tratados que también figuran en la competencia consultiva del tribunal de San José.

## VI. DEL ORDEN INTERNACIONAL AL ORDEN NACIONAL

Los Estados han emprendido la construcción de vías de acceso del derecho interamericano al orden interno. Lo hacen a través de los que suelo denomi-

<sup>18</sup> García Ramírez y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en Canosa Usera, Raúl *et al.* (coords.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, 2a. ed., Lima, Thomson Reuters, 2015, pp. 460 y 461.

<sup>19</sup> *OC-21/14*, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, párrs. 31 y 32.

nar “puentes”: constitucional, legal, político, jurisdiccional y cultural.<sup>20</sup> Así se plantea y acredita la trascendencia de las decisiones de la Corte. Ha caminado hacia adelante el acatamiento a las decisiones de aquélla, andando sobre un terreno difícil, accidentado, en el que aparecen obstáculos previsibles o imprevistos.

En los últimos lustros —y claramente en la etapa de la que guardo memoria como juez del tribunal de San José— la mayoría de los Estados expresaron su convicción de cumplimiento de las decisiones de la Corte. Se expresó en resoluciones de las altas cortes nacionales y de otros tribunales domésticos.<sup>21</sup> Alguna vez se afirmó la decisión de acatamiento, a pesar de que el tribunal interno no compartía los razonamientos y las conclusiones del tribunal de San José.<sup>22</sup> Sin embargo, esa recepción es inestable. Hubo en el pasado —fuertemente— y se han reproducido en el presente reticencias o reservas que ponen en entredicho la fuerza de la jurisprudencia interamericana, buscando sustraerse a ella o sujetarla a apreciaciones de instancias nacionales.<sup>23</sup> Es preciso mantener la atención en vigilia; estos peligros pudieran multiplicarse y mellar la integridad del sistema interamericano.

## VII. DIÁLOGO JUDICIAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Existe una fuerte relación entre los órganos jurisdiccionales internos y la Corte Interamericana, que se describe bajo el expresivo concepto de “diálogo jurisprudencial”. Prefiero hablar de “diálogo jurisdiccional”, puesto que la comunicación y sus consecuencias no ocurren apenas entre los productos de la jurisdicción, la jurisprudencia, sino a partir de la función misma de los ór-

<sup>20</sup> Mi desarrollo de esta idea, marco para la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno, en “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, en García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana...*, cit., p. 685.

<sup>21</sup> *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 24 de noviembre de 2010, párrs. 163-169, y *Cabrería García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párrs. 225-232.

<sup>22</sup> *Bulacio vs. Argentina*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de noviembre de 2008, párrs. 8-11, y Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Espósito, *Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, 23 de diciembre de 2004, párr. 12.

<sup>23</sup> De mi etapa como juzgador puedo citar la decisión adoptada por el gobierno de Perú, rechazada por la CorteIDH y luego retirada por el Estado. Cfr. “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003, pp. 269 y ss. Asimismo, en mi libro García Ramírez, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 389 y ss.

ganos internacional y nacionales que participan conjunta y deliberadamente en la formación de un derecho común americano, idea que ha ganado fuerza —no sin cuestionamientos—, y que forma parte de las ocupaciones actuales de muchos estudiosos y actores del sistema interamericano.

En otra época, ciertamente no remota —porque nada lo es en la corta historia del sistema—, los órganos jurisdiccionales locales e internacional caminaron distanciados. Aquéllos atendían escasamente las orientaciones de la justicia internacional, y ésta no acogía los criterios acuñados en la doméstica. Obviamente, la desatención nacional al régimen supranacional gravitaba desfavorablemente en la tutela internacional de los derechos humanos y empobrecía la tutela nacional en perjuicio de los ciudadanos. La situación cambió en las décadas más recientes, y se abrió el horizonte para ambos órdenes jurisdiccionales, primero a través de intercambios en foros políticos o académicos, que facilitaron el conocimiento mutuo y generaron confianza entre los interlocutores, y luego mediante la franca aceptación doméstica de la jurisprudencia interamericana. Esto confirió sentido y vigor al “diálogo jurisdiccional”, como fragua para la asunción compartida de razones y orientaciones, que culminan en el derecho común interamericano. Tuve la fortuna de participar en este proceso de gradual aproximación, expresado —por ejemplo— en reuniones de tribunales en Punta del Este, Uruguay,<sup>24</sup> y en Cuernavaca, México.<sup>25</sup>

Posee gran relevancia el control de convencionalidad, tema que se halla en nuestro constante escenario. Hace más de quince años me referí a la existencia de un control de “internacionalidad” o de “juridicidad” —a la manera del control de constitucionalidad— derivado de la comunidad entre los objetivos del orden interno informado por convicciones humanistas y democráticas, y el internacional sustentado en las mismas convicciones.<sup>26</sup> A la reflexión sobre esta coincidencia se agregó el reconocimiento de que las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y las decisiones interpretativas y aplicativas de la Corte Interamericana no se dirigen apenas a cierto sector del Estado nacional, sino deben ser atendidas

---

<sup>24</sup> XII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Punta del Este, 2005, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/relaciones-institucionales/encuentro-anual>.

<sup>25</sup> XIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Cuernavaca, 2006, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/relaciones-institucionales/encuentro-anual>.

<sup>26</sup> García Ramírez, Sergio, *Temas de derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México-Seminario de Cultura Mexicana-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 435.

por éste en su conjunto, lo que entraña una obligación ineludible a cargo de los tribunales domésticos. En mi voto concurrente a la sentencia del caso *Myrna Mack Chang* (Guatemala), aludí al “control de convencionalidad” por parte de la Corte Interamericana.<sup>27</sup>

El tribunal de San José asumió y desarrolló la doctrina del control de convencionalidad como atribución —facultad y deber— de los tribunales nacionales, tema que ha cundido y originado importantes consecuencias. Un notable paso en esta dirección, en el que participé como miembro de la Corte, se produjo en la sentencia del caso *Almonacid*.<sup>28</sup> Esta es una de las más valiosas aportaciones de la Corte Interamericana al desarrollo del sistema. Del control a cargo de los juzgadores, como renovada expresión de las atribuciones naturales de éstos, se transitó al control a cargo de órganos o funcionarios auxiliares de la justicia, y más tarde al control por parte de todos los agentes del Estado, lo cual implica una especie de control universal por un gran número —millares o millones— de agentes públicos, con investidura judicial o sin ella. Otro punto relevante, que requiere análisis, es el relativo a los efectos del control y a los presupuestos de éste.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> García Ramírez, Sergio, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2a. ed., México, CNDH, 2015, pp. 210 y 211, y Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf).

<sup>28</sup> *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

<sup>29</sup> Sobre el origen de la doctrina del control de convencionalidad en la CorteIDH, *cfr.* Vergotini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales, comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 112; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, pp. 46 y 167-171; Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009, pp. 1-5; Sagüés, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, México, Instituto Max Planck-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II, p. 449, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, FUNDAP, 2012, p. 422, y *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013, pp. 344-346; Brewer-Carías, Allan R. y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 47; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo (coord.), *El control difuso...*, *cit.*, pp. 132 y 133; Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisprudenciales y control de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo

Creo que sería útil una nueva consideración de la materia, tomando en cuenta los fines últimos del control, su mejor operación y el propósito — destacado por varios juristas— de utilizarlo como medio para la formación del derecho común.<sup>30</sup> En todo caso, el concepto mismo de control —que primero es subordinación al orden internacional convencional, y luego confrontación entre éste y el orden interno— ha sido un asunto descollante en la doctrina reciente de la Corte Interamericana y en la meditación y actuación de juzgadores y académicos.

### VIII. VOCACIÓN INSTITUCIONAL. LA JURISPRUDENCIA “TRANSFORMADORA”

En diversas ocasiones he subrayado lo que caracterizo como “vocación institucional” de la Corte Interamericana.<sup>31</sup> Desde luego, todos los tribunales comparten una vocación justiciera y enfilan sus tareas en el sentido que ordenan las disposiciones que los gobiernan. La Corte Interamericana posee esa misma vocación genérica y la asume en los términos de la circunstancia en la que actúa y de la misión específica que tiene. No es una instancia para el conocimiento de gran número de casos; no puede actuar y no actúa con este propósito; tampoco pretende ser —lo ha desechado expresamente— un tribunal de última instancia para revisar los litigios domésticos. Se ha comprometido con la causa de los derechos humanos y trabaja para la trascendencia de sus resoluciones como factor de profunda reforma inmediata o mediata, a sabiendas de que esta empresa magna no se consuma en un día ni depende —subrayémoslo— solamente de la tarea jurisdiccional.

---

(coord.), *El control difuso...*, cit., pp. 15 y ss.; Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, 2012, pp. 133 y ss., 142 y 147; Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, pp. 75 y 76, y Rosales, Emmanuel, “En busca del acorde perdido o la necesidad de un lenguaje común para el análisis sistemático de la aplicación del derecho internacional de derechos humanos por cortes nacionales”, en García Villegas Sánchez Cordero, Paula M. (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Porrúa, 2013, p. 180.

<sup>30</sup> Sagües, *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016, p. 417.

<sup>31</sup> “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, en García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 684 y 685, y Reunión de expertos sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Center for Civil and Human Rights, Indiana, University of Notre Dame, Estados Unidos de América, 31 de marzo-abril de 2014, disponible en: <https://humanrights.nd.edu/assets/134036/garciaramireziaspan.pdf>.

Las resoluciones de la Corte Interamericana tienen naturaleza y pretensión “transformadora”. Calan en los factores de la violación de los derechos y alientan la garantía de no repetición. Exploran el contexto de los hechos violatorios, identifican su gestación remota o cercana y previenen su persistencia o multiplicación futura. Esta aspiración explica el carácter de muchas sentencias del tribunal en aspectos básicos de su mejor jurisprudencia: así, las consecuencias de la violación de derechos humanos, generalmente identificadas como reparaciones, y las decisiones, cada vez más frecuentes e incisivas, sobre grupos vulnerables o individuos que los integran, amplísimos universo en el espacio americano. Adelante me referiré de nuevo a estos puntos. Esta dedicación natural, que complementa las definiciones progresistas de los derechos y las libertades enunciados por la Convención, concurre a establecer y caracterizar la vocación institucional de una Corte creada para los ciudadanos del “mundo americano”, y que hace su propia tarea en la “navegación” —también americana— por los derechos humanos.

#### IX. EL “JUEZ NATURAL” DEL SISTEMA. PERMANENCIA Y AUTONOMÍA

La CorteIDH ha sido y es un tribunal permanente, si entendemos con rectitud la permanencia como ejercicio ininterrumpido y eficaz de las atribuciones a su cargo, no apenas como reunión constante de los integrantes del tribunal en torno a una mesa de deliberaciones. El carácter trascendente de su desempeño, en los términos en que lo caracterizo, contribuye a que la Corte pueda atender su vocación y servir a su objetivo en un número relativamente reducido de opiniones y sentencias. Ocurrió en la etapa a la que aludo directamente en este artículo y ha sucedido en las anteriores y posteriores. La trascendencia no deriva de millares de resoluciones reiterativas, sino de criterios oportunamente establecidos, con signo justiciero y progresista, a veces calificadas como “paradigmáticas”, sobre temas y problemas de gran entidad, que reclaman la atención transformadora a cargo de la jurisprudencia interamericana. Los números son moderados; las decisiones, trascendentales. Hasta junio de 2018, el tribunal había emitido veinticuatro opiniones consultivas y 352 sentencias en relación con 236 casos contenciosos.

La CorteIDH es el juez natural en el sistema que le incumbe. Éste es un punto central para su operación, sin riesgo de naufragio o extravío. Recordemos la disposición del Pacto de San José (artículo 8.1), que también se aplica, naturalmente, al tribunal interamericano: independencia, imparcialidad y competencia. Estimo que se ha honrado esta regla —un “dogma”—,

que constituye un principio inamovible para cualquier verdadero tribunal de justicia. La Corte ha sufrido opiniones encontradas y ha resistido señalamientos adversos, determinados por sentencias justas en contra de situaciones injustas. Creo que nada de esto ha desviado el curso del tribunal en su compromiso de independencia, imparcialidad y competencia. Lo muestra su enérgica y serena resistencia a ciertos avatares del pasado o del presente, y estoy seguro de que lo mostraría si aquéllos cruzaran de nuevo en su camino.

La Corte Interamericana ha operado con recursos escasos. Es preciso incrementar éstos, como lo ordenan la razón y múltiples acuerdos, insuficientemente cumplidos, de la Organización de los Estados Americanos y de la Cumbre de las Américas,<sup>32</sup> incremento constantemente requerido antes, durante y después de mi propia etapa judicial. No se desconoce esa insuficiencia inquietante, pero ella no ha detenido la actividad de la Corte ni mermado su desempeño en perjuicio de la vocación institucional que le compete.

## X. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL. NUEVA INTERPRETACIÓN

En la etapa de mi desempeño judicial, la Corte tuvo oportunidad de deliberar sobre su integración y de modificar un arraigado criterio interpretativo, que no tuvo el rango de costumbre internacional. Me refiero a la interpretación del artículo 55, CADH, sobre participación de jueces *ad hoc* en la composición del tribunal y actuación de jueces de la nacionalidad del Estado al que se imputa la violación sujeta a juicio. Al abordar este asunto debo decir que guardo excelente recuerdo de jueces *ad hoc* con los que compartí el conocimiento de diversos casos. Pero ahora no invoco experiencias personales, sino me remito a la debida regularidad en la integración de un tribunal y en el despacho de las causas.

La Corte acertó en la *Opinión Consultiva OC-20/2009* —en la que participé—, ponderando el principio de igualdad entre las partes que comparecen ante un tribunal, y considerando, con sensibilidad, que los jueces deben ser y además “parecer” independientes e imparciales a la luz de cualquier

---

<sup>32</sup> En diversos momentos se ha dispuesto el incremento de las aportaciones destinadas a financiar el sistema interamericano de protección de derechos humanos en distintos momentos. Mencionaré sólo algunos ejemplos de esta reiterada disposición, *cfr.* OEA, Asamblea General, *Resolución 1828 (XXXI-O/01)*, 5 de junio de 2001, OEA, Asamblea General, *Resolución 2908 (XLVII-O/17)*, 21 de junio de 2017, y Tercera Cumbre de las Américas, *Declaración de la ciudad de Quebec*, 2001, párr. 7.

observación rigurosa, incluso la mirada de las víctimas, de los Estados o de otros analistas calificados. Antes de que se adoptara la bienvenida *OC-20*, me inhibí de intervenir en el conocimiento de casos concernientes al país de mi nacionalidad.<sup>33</sup> Expuse razones, que finalmente transitaron a la jurisprudencia de la Corte.

Hoy día, la intervención de jueces *ad hoc* se confina a los casos interestatales. Así, se reconoce el origen de ese personaje en procedimientos ante tribunales que resuelven sobre contiendas entre Estados, no entre éstos y los particulares. Sin embargo, mantengo la reserva que desde hace tiempo expresé sobre la figura del juez *ad hoc*. Consta en mi voto particular sobre la citada *OC-20*: “Algunos de los argumentos con los que se cuestiona su intervención en los denominados casos individuales, abonarían su exclusión en la otra categoría”. Lo “más razonable sería que el tribunal quedase integrado con jueces que no ostentan la nacionalidad de alguna de las partes. Así el tribunal correspondería, con mayor evidencia, a la figura del tercero colocado fuera y por encima de las partes”.<sup>34</sup>

## XI. LOS PROTAGONISTAS

Me he referido al órgano jurisdiccional interamericano. Debo comentar otros extremos de lo que he denominado los “protagonistas” del sistema, dato político-operativo de éste.<sup>35</sup> En el marco de los protagonistas figuran los Estados, la OEA, las instituciones de la sociedad civil, los órganos internacionales de supervisión —Comisión y tribunal— y otros sujetos a los que califico como actores “emergentes”.<sup>36</sup> Éstos han llegado a ocupar espacios importantes y

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, 6 de agosto de 2008; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 de noviembre de 2009, y *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009. Sobre este tema, señalé que “el buen desempeño de las funciones jurisdiccionales no reposa solamente en la integridad y capacidad del juez —que son indispensables, por supuesto—, sino también en la valoración que se haga sobre aquéllas. Ser, pero también parecer”. *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009, p. 1, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf).

<sup>34</sup> García Ramírez, Sergio, *Votos...*, cit., pp. 102 y ss., y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009 solicitada por la República Argentina*, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_20\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf).

<sup>35</sup> Sobre los elementos o datos del sistema, *cfr.* García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana...*, pp. 57 y ss.

<sup>36</sup> García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Porrúa, 2018, p. 202. *Ibidem*, p. 519, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, 27 de noviembre de 2008, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_191\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_191_esp.pdf).

a desempeñar papeles cada vez más relevantes en la operación del sistema. Ahora no puedo extenderme sobre ellos, pero mencionaré que en las décadas recientes se incrementó su número con la presencia del *ombudsman* y la defensoría pública, inicialmente vistos con algún recelo por tratarse de órganos del Estado que no podrían militar, para los efectos de la justicia supranacional, en las filas de éste, y tampoco podrían hacerlo —se supuso— en el banco de las víctimas y sus allegados. Por fortuna, esta objeción decayó y titulares del *ombudsman* y de la defensoría pública interna pudieron atender fuera de sus fronteras territoriales la defensa de los derechos de las víctimas, como lo habían hecho fronteras adentro. Lo vimos en un caso significativo, conocido en el tiempo en que participé en el tribunal.<sup>37</sup> Los buenos resultados de esta intervención, que no añadió gramos al platillo del Estado, fortaleció la posición de las víctimas ante la jurisdicción supranacional.

El vínculo con las defensorías públicas nacionales animó la antigua propuesta de la Corte para que el sistema contase con defensores profesionales de las víctimas que no pueden allegarse, por sí mismas, la asistencia jurídica que requieren. Sostuve esta propuesta —como lo hicieron mis antecesores— ante la OEA. Al amparo de útiles iniciativas se estableció una novedosa institución, el Defensor Interamericano, cuyo desempeño se ha apoyado con un Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, integrado en el tiempo sobre el que tengo experiencia directa.<sup>38</sup>

## XII. DERECHOS Y LIBERTADES, TEMAS DE JURISPRUDENCIA

En un breve artículo panorámico como el presente no es posible aludir a todos los temas abordados por la jurisprudencia de la Corte. Intentaré, sin embargo, una breve noticia, considerando que tuve oportunidad de intervenir como juzgador en la formación de opiniones o en la solución de casos relativos a los temas que en seguida mencionaré.

Desde luego, la jurisprudencia interamericana se ha ocupado en el examen de las obligaciones generales de los Estados y ha caracterizado los deberes de respeto, garantía y adopción de medidas. Debo subrayar aquí los

---

<sup>37</sup> Durante la audiencia del caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* —celebrada en Montevideo, Uruguay— el Defensor del Pueblo compareció en la representación de las presuntas víctimas. *Cfr. Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, 27 de noviembre de 2008, párr. 8.

<sup>38</sup> El 3 de junio de 2008 la Asamblea General de la OEA aprobó la creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Cfr. OEA, Asamblea General, Resolución 2426 (XXXVIII-O/08)*, “Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, puntos resolutivos 2.d) y 3.

pronunciamientos a propósito del deber de garantía y la obligación de abatir la impunidad —tema muy transitado— y juzgar los actos violatorios bajo el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Es bien conocida la jurisprudencia que rechaza medidas cuya consecuencia sea el olvido de las violaciones cometidas y la consecuente impunidad de sus autores. Me pronuncié en este sentido, a través de votos particulares, y coincidió con mis colegas.<sup>39</sup> Se ha suscitado una cuestión relevante a propósito de la “justicia transicional” —que adelante mencionaré de nuevo—, tomando en cuenta los diversos escenarios en los que ésta se plantea: secuela de un conflicto interno, que se pretende cerrar, o etapa posterior a la declinación de un gobierno autoritario que incurrió en violaciones de derechos como medio de control político.

La Corte fijó criterios importantes para el rechazo a la impunidad y acerca de la responsabilidad internacional del Estado. En tal sentido, analizó la responsabilidad generada por personas o grupos que no pertenecen formalmente al Estado, pero actúan —vulnerando derechos fundamentales— merced al apoyo, la tolerancia o la indiferencia de éste. Esta doctrina del tribunal supranacional se proyecta sobre la responsabilidad internacional del Estado y sobre las fuentes del deber de reparar en diversas vertientes: rectificación de omisiones y reparación de agravios.

La Corte ha fijado el alcance de un amplio número de derechos y libertades consagrados en la CADH y en otros instrumentos que debe aplicar o a los que debe recurrir —aunque no los aplique directamente— para fijar los términos del derecho internacional y orientar, al amparo de éste, sus propias reflexiones y decisiones. En una rápida mirada sobre los derechos analizados por la más frecuente jurisprudencia de la Corte figuran temas de primer orden, que a menudo poseen especial intensidad en el encuentro entre la autoridad y los ciudadanos. Pude intervenir en el examen de la mayoría; otros llegaron al conocimiento de la Corte posteriormente.

A título de ejemplos mencionaré algunos temas de la jurisprudencia interamericana, sin internarme en su examen: primado del principio *pro persona*, que se halla en la base del régimen de interpretación de derechos, libertades y deberes generales; alcance de la titularidad de los derechos humanos

---

<sup>39</sup> García Ramírez, Sergio, *Votos...*, cit., pp. 125-128, 151-155, y 461-463, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castillo Páez vs. Perú*, 27 de noviembre de 1998, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_43\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf), y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf).

en el doble plano de las personas físicas y morales; igualdad y no discriminación, sin olvido del principio de especificidad, al que adelante me referiré; reconocimiento de la personalidad jurídica y derecho a la identidad y al nombre; restricciones a la pena capital con firme tendencia abolicionista;<sup>40</sup> medidas para favorecer la calidad de la vida; integridad física y psicológica; formas contemporáneas de esclavitud; medidas restrictivas o privativas de la libertad; legalidad —naturaleza y alcance de la ley, idea que se proyecta sobre la más importante función reguladora del Estado—; honra y dignidad; dimensiones individual y social de la libertad de expresión y ejercicio del periodismo,<sup>41</sup> ámbito en el que expresé claramente mi posición desfavorable al empleo de la vía penal;<sup>42</sup> asociación; tutela de la familia; protección del niño —tema sobre el que también volveré—; diversas implicaciones del uso y goce de bienes, entraña del derecho a la propiedad privada; participación en las decisiones de la sociedad a la que se pertenece y acceso a la función pública; protección judicial como tutela ordinaria efectiva y como garantía de derechos fundamentales; suspensión del ejercicio de derechos,<sup>43</sup> y derechos económicos, sociales y culturales, cuya justiciabilidad constituye uno de los temas de mayor relevancia y trascendencia para la jurisdicción interamericana.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Mi voto en el caso *Raxcacó Reyes*, párrs. 1-12. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Votos...*, cit., pp. 344-350, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, 15 de septiembre de 2005, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_133\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf). También, cfr. CorteIDH, *Pena de muerte*, CorteIDH, 2017, Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>41</sup> García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 4a. ed., Miami, Sociedad Interamericana de Prensa, 2016. También, cfr. CorteIDH, *Libertad de pensamiento y expresión*, CorteIDH, 2017, Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>42</sup> Así, en mi voto en el caso *Kimel*. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Votos...*, cit., pp. 503 y 504, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf).

<sup>43</sup> García Ramírez, Sergio, “Tutela de los derechos en situaciones excepcionales. Debido proceso y cumplimiento de resoluciones”, en Bejarano Guzmán, Ramiro *et al.* (eds.), *Reconciliación y derecho procesal. Memoria del Coloquio sobre Reconciliación y Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal-International Association of Procedural Law-Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 341 y ss.

<sup>44</sup> García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2010, pp. 127-157. También, cfr. Observatorio de Jurisprudencia Interamericana, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano, Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2010-2016.

### XIII. UNA CUESTIÓN PERMANENTE. ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO

Me interesa destacar que entre los temas muy frecuentemente abordados por el tribunal de San José figura el acceso a la justicia, vinculado al debido proceso, medio sobresaliente para la defensa y rescate de todos los derechos. Es una cuestión invocada en la casi totalidad de los litigios llevados ante la Corte, como ha ocurrido en el espacio jurisdiccional europeo. Esta materia se halla primordialmente regulada en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, aunque también aparece, por diversos motivos, en otros preceptos: así, artículos 4o., 5o., 7o. y 27. La Corte ha elaborado detallada y sólida doctrina acerca del debido proceso, que podría informar una deseable convención regional sobre la materia.

La jurisprudencia interamericana ha puesto en relieve los elementos que caracterizan el debido proceso: ante todo, la garantía de plena defensa de los derechos de quienes intervienen en el litigio. Hay aportaciones notables, que conviene tener en cuenta, y que aluden a un amplio conjunto de opiniones y casos en cuyo conocimiento interviene.<sup>45</sup> Entre ellos, las referencias al juez natural —independiente, imparcial y competente—, presupuesto del debido proceso, cuya ausencia invalida inmediatamente el enjuiciamiento y hace innecesario entrar al examen de otras violaciones alegadas por el demandante.<sup>46</sup> En mérito del juez natural, la Corte acotó la actuación de la justicia militar, frecuentemente utilizada en países americanos, y actualmente excluida para los civiles y concentrada en asuntos que atañen a bienes jurídicos del orden castrense.

La jurisprudencia interamericana trasladó a todos los procedimientos las garantías explícitamente asignadas al ámbito penal: aquéllas pasan, en lo pertinente, de los supuestos previstos en el artículo 8.2 a los regulados

---

<sup>45</sup> En numerosos votos particulares abordé temas generales y específicos del acceso a la justicia y el debido proceso. Figuran, acompañando al desarrollo de la materia, en mi libro, al que me remito, García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2016, pp. 101 y ss. También, *cfr.* Observatorio de Jurisprudencia Interamericana, *Derecho a las garantías judiciales*, Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano, Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2014-2015.

<sup>46</sup> En mi voto concurrente a la sentencia del caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, del 20 de noviembre de 2009, sostuve que la presencia y actuación del juez natural constituye un presupuesto —no sólo un elemento— del debido proceso. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *Votos...*, *cit.*, pp. 518 y ss., y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Usón Ramírez vs. Venezuela*, 20 de noviembre de 2009, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf).

en el 8.1. Igualmente, la jurisprudencia ha extendido apreciablemente las disposiciones del debido proceso para la defensa del justiciable, como ocurrió en la notable *Opinión Consultiva OC-16/99*, a propósito de la protección consular de los detenidos extranjeros, principalmente cuando éstos afrontan la posibilidad de condena a pena capital.<sup>47</sup>

En el mismo ámbito del debido proceso, la Corte agregó a la ponderación del plazo razonable el impacto que el transcurso del tiempo puede tener sobre los derechos del individuo —ponderación que sugerí en mis votos particulares—,<sup>48</sup> además de otros factores que afectan la razonabilidad, consagrados por la jurisprudencia europea y recogidos por la interamericana. En el examen de los recursos que puede emplear el justiciable, esta jurisprudencia ha destacado imperiosamente la impugnabilidad de las sentencias ante un tribunal superior, que va más allá de la revisión concentrada en puntos de legalidad, como ocurre bajo ciertas formas de casación que no permiten el examen amplio de violaciones a derechos fundamentales.<sup>49</sup>

#### XIV. EL DEBER DE GARANTÍA. IMPUNIDAD Y VIOLACIONES GRAVES

En el ejercicio de su función, desplegada sobre hechos consumados en contextos fuertemente autoritarios, el tribunal supranacional ha examinado la exoneración de sujetos responsables de graves violaciones de derechos humanos. Esto quebranta el deber de garantía, amparando las violaciones con sentencias absolutorias o sumamente benévolas a las que se atribuye autoridad

<sup>47</sup> Me referí al carácter dinámico y expansivo del debido proceso en el voto concurrente que emití para la *Opinión Consultiva OC-16/99*, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso”, del 1o. de octubre de 1999. *Cfr. Votos...*, *cit.*, pp. 21 y ss., disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf).

<sup>48</sup> En mi voto para la sentencia del caso *López Álvarez vs. Honduras*, del 1o. de febrero de 2006, propuse la consideración de un nuevo elemento para ponderar la razonabilidad del plazo: “afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo”. García Ramírez, Sergio, *Votos...*, *cit.*, p. 338, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *López Álvarez vs. Honduras*, 1o. de febrero de 2006, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf).

<sup>49</sup> Mi voto particular correspondiente a la sentencia del 2 de julio de 2004 en el caso *Herreya Ulloa vs. Costa Rica*, en García Ramírez, Sergio, *Votos...*, *cit.*, pp. 210 y ss., disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf). Asimismo, *cfr.* mi artículo García Ramírez, Sergio, “Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derechos fundamentales (artículos 8.2.h y 25 CADH)”, en Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El derecho humano al debido proceso. Sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 145-168.

de cosa juzgada. Es evidente que no subsistiría la justicia penal internacional ni se tendría en pie la justicia de derechos humanos si los hechos violatorios quedaran al margen de todo enjuiciamiento posterior, bajo al palio de la cosa juzgada. De ahí que la Corte haya insistido —insistencia de la que participé en varios casos—<sup>50</sup> en la ineficacia de ciertos procesos “a modo” y de las sentencias dictadas en ellos: ni aquéllos son verdaderos juicios, ni éstas son genuinas sentencias. En tal virtud, se autoriza la reapertura —o, mejor dicho, la apertura— de auténticos procesos.

En este sector de consideraciones procede mencionar la jurisprudencia sobre investigación de violaciones graves, concepto sobre el que no hay definiciones unánimemente aceptadas, aunque tales violaciones son claramente identificables en el examen cuidadoso de los hechos cuestionados. La Corte Interamericana ha fijado las reglas aplicables a la investigación —utilizando referencias alojadas en la normativa contra las ejecuciones extrajudiciales, la tortura o la desaparición forzada—, cuya indagatoria no puede sujetarse a procedimientos apresurados o ligeros. Se habla de investigación *ex officio*, no condicionada a la gestión o a la diligencia de las víctimas, inmediata, acuciosa, completa, cumplida por autoridades competentes, comprensiva del contexto. La invocación de reglas contenidas en instrumentos de *soft law* —como el Protocolo de Estambul— confiere a éstos la fuerza preceptiva indispensable para el buen despacho de la investigación.<sup>51</sup>

Las reflexiones y decisiones jurisdiccionales acerca del debido proceso —que constituye una suprema garantía de justicia, atenta a la satisfacción de la sociedad y de la víctima y a la respuesta razonable a la contienda entre quien vulnera derechos y quien es titular de éstos— se proyectan hacia la “justicia transicional”, aludida en líneas anteriores. La jurisprudencia interamericana ha insistido en la necesidad perentoria de mantener a salvo los principios y reglas del debido proceso, sin desconocer las otras necesidades que sustentan el concepto mismo de una justicia de transición. En el debate sobre esta materia, tan delicada, se ha sugerido reconocer las diferencias que median y la línea divisoria que debe existir entre la atención indispensable a procesos de paz, para erigir una nueva era democrática, y la consa-

---

<sup>50</sup> García Ramírez, Sergio, *Votos...*, *cit.*, pp. 341-343, 464 y 465, y en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, 12 de septiembre de 2005, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_132\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf) y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf).

<sup>51</sup> García Ramírez, Sergio, *El debido proceso...*, *cit.*, pp. 68-71.

gración de la impunidad en favor de los responsables de graves violaciones de derechos humanos.<sup>52</sup>

## XV. JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La protección jurisdiccional de los DESC o DESCAs, como se dice recientemente, es decir, la llamada “justiciabilidad” de esos derechos, requiere un comentario especial. Ha sido diversa la puesta en escena de los derechos económicos, sociales y culturales a través de las grandes declaraciones y los tratados internacionales: aquéllos figuran en la Declaración Americana y en la Declaración Universal, pero su tratamiento se hace por separado en los tratados y pactos mundiales y regionales. En esta separación se refleja el concepto de “generaciones” de derechos humanos, que no entraña jerarquía o preferencias inaceptables, sino diferencias cronológicas o documentales a propósito del ingreso al escenario de los derechos reconocidos.

A la Conferencia de San José llegó la pretensión de incluir en la Convención el régimen de los derechos económicos, sociales y culturales. Se hizo notar que la observancia de los derechos humanos deriva de la existencia de condiciones propicias, que el Estado debe aportar.<sup>53</sup> Sin embargo, estas aspiraciones sólo figuraron en el proyecto de Pacto, que recogió una alusión a los deberes de los Estados en esta materia (artículo 25), pero no prevalecieron en la deliberación y en el acuerdo final de esa Conferencia. El tema se incluyó solamente en un precepto, el artículo 26, bajo el rubro de “Desarrollo progresivo”, a reserva de que otro instrumento expusiera el catálogo de aquéllos, como efectivamente ocurrió a través del Protocolo de San Salvador. Empero, éste abre la puerta a una justiciabilidad muy limitada: asociación sindical y derecho a la educación.

---

<sup>52</sup> Sierra Porto, Humberto A., “Los retos jurídicos del proceso de paz colombiano”, en *Reconciliación...*, cit., pp. 79-99, y voto del juez Diego García-Sayán en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_252\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf). Me he referido a este tema en mi artículo García Ramírez, Sergio, “Justicia transicional y jurisprudencia interamericana”, en Agudelo Mejía, Dimaro et al. (coords.), *Justicia transicional*, Medellín, Universidad de Medellín, 2017. Igualmente, *cf.* CorteIDH, *Justicia transicional*, CorteIDH, 2017, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>53</sup> “Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos” y “Enmiendas al proyecto... presentadas por la Delegación de Guatemala”, en *Actas y Documentos...*, cit., pp. 23 y 107.

La Corte se ha ocupado de los DESCAs en tres vertientes o con tres referencias: asegurar la progresividad y rechazar la regresión de éstos, emprender la tutela de DESCAs o de bienes atinentes a éstos a través de la protección de ciertos derechos civiles (por ejemplo: salud, mediante la tutela de la integridad; desarrollo de comunidades indígenas, a través de las implicaciones del uso y el goce de bienes; niñez, mediante una comprensión intensa y extensa de la cláusula sobre derechos del niño expuesta en la CADH, etcétera), y proteger los DESCAs directamente por conducto del acceso a la justicia y diversas fórmulas de interpretación de la Declaración Americana y el Pacto de San José,<sup>54</sup> orientación que se ha abierto paso.

## XVI. VULNERABLES. JURISPRUDENCIA PARA LOS MÁS DÉBILES

Señalé que entre los temas relevantes, e incluso característicos y definitorios, de la jurisprudencia interamericana se hallan la tutela de los grupos vulnerables y de los individuos que los integran, y el régimen de las reparaciones por violación de derechos humanos. La atención a los derechos humanos de los grupos vulnerables viene de tiempo atrás: se mostró en la Declaración de Viena, de 1993,<sup>55</sup> y ha persistido en el panorama de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia formada a partir de éstos. En América ese interés eminente se acreditó en decisiones de la Cumbre Judicial Iberoamericana correspondientes a las Reglas de Brasilia —y sus precedentes— para el acceso a la justicia de personas vulnerables<sup>56</sup> y al Protocolo de la misma especialidad emitido en Santiago de Chile en 2014.<sup>57</sup> Se ha dado paso a una

<sup>54</sup> García Ramírez, Sergio, *Votos...*, *cit.*, pp. 541-546, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Acevedo Buendía y Otros ("cesantes y jubilados de la contraloría") vs. Perú*, 1o. de julio de 2009, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_198\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf); en la misma línea, mi artículo García Ramírez, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional..." *cit.*, pp. 136 y ss. Asimismo, *cf.* *Lagos del Campo vs. Perú*, 31 de agosto de 2017, párrs. 141-156, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, sentencia del 23 de noviembre de 2017, párrs. 192 y 193, *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 8 de marzo de 2018, párrs. 100-105, y los votos del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en los casos *Suárez Peralta, Canales Huapaya y otros, Gonzales Lluy y otros, Chinchilla Sandoval, Yarce y otras, I.V., Lagos del Campo, Vereda la Esperanza y San Miguel Sosa y otras*.

<sup>55</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 25 de junio de 1993, párrs. 18 y ss.

<sup>56</sup> Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad, 2008, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/DH091.pdf>

<sup>57</sup> Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades

especie de derecho judicial interamericano —uso la expresión con libertad, para fines expositivos— acerca de los sujetos vulnerables.

En el manejo de esta materia entran en juego dos principios centrales del derecho internacional de los derechos humanos, sostenidos por la jurisprudencia interamericana. De una parte, el principio de igualdad y no discriminación, al que la Corte reconoce explícitamente fuerza de *jus cogens*, como se manifestó en la *OC-18/03*, en la que participé;<sup>58</sup> y de la otra —en mi concepto— un principio de “especificidad” que atiende a la necesidad de establecer con realismo la “igualdad entre los desiguales” para que éstos puedan disponer efectivamente —no sólo discursivamente— de aquélla.<sup>59</sup> Se pretende alcanzar ese equilibrio entre las proclamaciones del derecho y las imposiciones de la realidad a través de ciertas providencias de compensación<sup>60</sup> o tutela diferenciada.<sup>61</sup> La jurisprudencia interamericana de estos años —en rigor, la de todo el tiempo, con acento creciente— ha procurado atender la igualdad y la especificidad para generar condiciones de ejercicio genuino de los derechos humanos en un continente en el que la mayoría de la población podría inscribirse bajo el concepto de vulnerable.

El elenco de los grupos o sujetos vulnerables se localiza en la Declaración de 1993 —que ya mencioné—, y más puntualmente en las Reglas de Brasilia, por lo que toca al acceso a la justicia. Con sustento en estos documentos es posible analizar la jurisprudencia del tribunal de San José en materia de derechos de mujeres, niños, indígenas, personas en situación de pobreza, personas con discapacidad, migrantes, desplazados y sujetos privados de libertad. Es pertinente incluir otras categorías que también ha examinado la Corte con un criterio tutelar específico atento a la vulnerabili-

---

y Pueblos Indígenas, 2014, disponible en: <http://www.cumbrejudicial.org/productos-y-resultados/productos-axiologicos/item/38-protocolo-de-acceso-a-la-justicia-para-personas-y-grupos-vulnerables>.

<sup>58</sup> García Ramírez, Sergio, *Votos...*, *cit.*, pp. 87 y ss., y Opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf).

<sup>59</sup> García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos de los menores de edad: perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 56; García Ramírez, Sergio y Martínez Breña, Laura, *Presos y prisiones: el sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, Coordinación de Humanidades, Programa Universitario de Derechos Humanos, 2014, pp. 8 y 9, y mi voto en el caso *Ximenes Lopes*, en García Ramírez, Sergio, *Votos...*, *cit.*, p. 411, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 de julio de 2006, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf).

<sup>60</sup> Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, t. I, pp. 275 y 276.

<sup>61</sup> Berizonce, Roberto, *Las tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

dad de sus componentes, probada ante el tribunal: así, los integrantes de las comunidades LGBTI, los periodistas y los defensores de derechos humanos. Aquéllos constituyen una minoría bajo asedio, recientemente movilizada para el rescate de sus derechos; los segundos militan en profesiones o actividades que se hallan en grave riesgo determinado por el enrarecimiento de la observancia de los derechos humanos.

En la jurisprudencia de los años en que integré o presidí el tribunal, hubo progreso en la atención a las mujeres, es decir, en la aplicación de la “perspectiva de género”, que informa grandes tratados internacionales: CEDAW, de Naciones Unidas, esforzada contra la discriminación, y Belém do Pará (1994), del Sistema Interamericano, dirigida contra la violencia. La primera decisión de la Corte que aplicó directamente la Convención de Belém do Pará fue la sentencia sobre el caso del penal *Castro Castro*. En el voto particular que emití entonces expuse los argumentos de carácter sustantivo y procesal que sustentan la competencia material de la CorteIDH para la aplicación directa de la Convención de Belém.<sup>62</sup> Luego llegarían varias sentencias en la misma línea, considerablemente enriquecida.

Por lo que toca a niños, niñas y adolescentes, o bien, menores de edad —una vez superado el debate terminológico—, también hubo y sigue habiendo pronunciamientos relevantes. Destaca la *Opinión Consultiva OC-17/02*, solicitada por la Comisión Interamericana a propósito de cuestiones procesales, pero comprensiva de otras manifestaciones del trato del Estado —y diversos sujetos obligados— con respecto a los niños, las niñas y los adolescentes.<sup>63</sup> El tribunal de San José destacó el interés superior del niño, que diversos instrumentos exaltan, y su condición como titular de derechos no sólo destinatario de la protección del Estado. Igualmente, la *OC-17* se refirió al carácter especial de garante que incumbe al Estado en su trato con menores de edad, y también con otros sujetos vulnerables. En el célebre caso *Niños de la Calle* (1997), el tribunal estudió —con reflexiones innovadoras en

---

<sup>62</sup> Mi punto de vista sobre la competencia de la Corte Interamericana para aplicar directamente la Convención de Belém do Pará figura en el voto que emití con respecto a la sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso *Miguel Castro y Castro vs. Perú* del 25 de noviembre de 2006, en García Ramírez, Sergio, *Votos...*, cit., pp. 390 y ss., y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 25 de noviembre de 2006, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf).

<sup>63</sup> El voto que emití en relación con la *Opinión Consultiva OC-17/02*, “Condición jurídica y derechos humanos del niño” —en el que igualmente analizo la superable antinomia entre las versiones “tutelar” y “garantista” acerca del procedimiento aplicable a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal— aparece en *Votos...*, cit., pp. 24 y ss., y Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf). Cfr., asimismo, García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos de...*, cit., pp. 99 y ss.

el ámbito de su jurisprudencia — la protección del derecho a la vida, no sólo a través de abstenciones, sino mediante acciones positivas que aseguren una vida digna.

La jurisprudencia de la Corte sobre derechos de indígenas —un sector de gran importancia histórica y actual en el mundo americano, donde también tienen presencia otros grupos étnicos vulnerables: afrodescendientes— cobró mayor vuelo en el examen del caso *Mayagna*, de 2000. Recuerdo el análisis que los magistrados hicimos acerca de la vinculación especial de los pueblos indígenas con la tierra o los territorios— que han ocupado tradicionalmente, y las consecuencias jurídicas de esa vinculación, así como la observancia de los usos y costumbres al amparo del derecho internacional, que confiere un marco normativo sui generis a las comunidades indígenas. De ese examen data la reflexión en tomo a la necesidad de apreciar los derechos de los individuos en conexión con los derechos de las comunidades a las que aquéllos pertenecen, posibilidad que subrayé en el análisis de los artículos 1.2 y 21, CADH.<sup>64</sup>

El sistema interamericano emitió una convención sobre personas que presentan alguna forma de discapacidad, antes de que lo hiciera el sistema mundial. En su jurisprudencia, la Corte acentuó los deberes del Estado en hipótesis de delegación o subrogación en manos de particulares de medidas curativas o asistenciales, originalmente atribuidas al poder público.<sup>65</sup> En pos de esas reflexiones, el tribunal ha formulado decisiones que aluden a la situación de las personas con discapacidad y, más ampliamente, a enfermos o personas que padecen ciertas restricciones o limitaciones, cuya superación amerita medidas especiales; tal ha sido el caso de la fecundación *in vitro*, tema que examinó el tribunal de San José —con posterioridad a la etapa de mi desempeño judicial—, entendiendo que la infertilidad es una manifestación especial de discapacidad.

Se ha hecho notar que la pobreza, extremada bajo la forma de indigencia, constituye un obstáculo —en ocasiones irremontable— para el efectivo ejercicio de los derechos humanos. Esta cuestión también ha ocupado a la Corte, que produjo criterios favorecedores del acceso a la justicia de quienes carecen de los medios necesarios para obtener una tutela efectiva.

La migración ofrece características específicas en el espacio americano, además de las muy graves que tiene en el ámbito mundial, últimamente

<sup>64</sup> Este voto, vinculado a la sentencia de la CorteIDH en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, del 31 de agosto de 2001, aparece en *Votos...*, cit., pp. 113 y ss., disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).

<sup>65</sup> Mi examen de esta materia en el voto del caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* en *Votos...*, cit., pp. 363 y ss., disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf).

agudizadas por adversas condiciones de vida en lugares donde imperan la pobreza, la violencia o el rezago económico y laboral. La situación de los extranjeros en países de recepción o tránsito, tratándose de migrantes regulares o de migrantes indocumentados, ha sido un tema de atención principal en la jurisprudencia interamericana, en la que tuve oportunidad de participar.<sup>66</sup> Ésta se ha pronunciado en opiniones consultivas, sentencias sobre casos contenciosos y medidas provisionales, destacando invariablemente el primado de los derechos humanos de quienes migran o lo intentan, sobre cualesquiera disposiciones o políticas nacionales que pudieran entrañar menoscabo de aquéllos. En la misma línea figura la jurisprudencia reciente a propósito de los desplazamientos forzados —internos o internacionales—, que implican violación a diversos derechos.

La situación de los reclusorios en países americanos es deplorable, inadmisibles; trae consigo la violación sistemática y masiva de diversos derechos en agravio de individuos o grupos numerosos. La prisión se aplica en demasía, casi siempre en condiciones sumamente desfavorables. En esta situación operan muchos reclusorios, a título de “instituciones totales”: la vida se halla minuciosamente regulada y controlada; o bien, a la inversa, prevalece el desorden e impera la ley de la selva.<sup>67</sup>

La jurisprudencia en torno a sujetos privados de libertad no abarca solamente la privación determinada por motivos penales o relacionados con éstos, sino cualesquiera otras formas de privación de libertad dispuesta por el Estado. Empero, las condiciones de vida son especialmente deplorables en los reclusorios donde se desarrolla la prisión preventiva y se ejecuta la punitiva. La jurisprudencia interamericana sobre las medidas que es preciso adoptar con respecto a la detención y al uso de reclusorios ha sido abundante desde el principio y constante a través de los años, tanto acerca de casos individuales como de comunidades de reclusos. La Corte llamó la atención de la Organización de los Estados Americanos acerca de las pésimas condiciones de vida prevalecientes en los reclusorios de nuestra región. Lo hice como presidente del tribunal, en informe ante la OEA.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> García Ramírez, Sergio, *Votos...*, *cit.*, pp. 86 y ss., y Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf).

<sup>67</sup> Sobre la situación de los reclusorios y la normativa internacional de los derechos humanos aplicable a los reclusos, *efr.* García Ramírez, Sergio y Martínez Breña, *Presos y prisiones...*, *cit.*, pp. 77 y ss.

<sup>68</sup> Ahí señalé que “(e)n diversos casos se ha observado que existe una verdadera crisis en el sistema de reclusorios para adultos y menores de edad. Esta crisis se traduce en extremada violencia y genera riesgos constantemente señalados. La Corte ha dictado resoluciones sobre

La tutela jurisdiccional de los vulnerables, al amparo de la CorteIDH, se ha extendido hacia otros grupos o individuos que han quedado sujetos al asedio de regímenes autoritarios o de presiones tradicionales en el interior de la sociedad, que implican discriminación y lesión. Los practicantes de ciertas profesiones o actividades y los integrantes de diversos grupos han resentido ese asedio y requerido la tutela de la jurisdicción interamericana: miembros de la comunidad LGBTTI, periodistas y defensores de derechos humanos.

## XVII. URGENCIA Y GRAVEDAD. MEDIDAS PROVISIONALES

Las medidas provisionales, que atienden a la que he llamado “competencia preventiva” de la Corte Interamericana, tuvieron y tienen un importante desarrollo en la jurisprudencia del tribunal. Éste ha perfilado los fundamentos de las medidas y previsto su permanencia mientras se mantengan las condiciones que las determinaron. Es relevante el criterio establecido por la Corte —que tengo presente por haberse dispuesto y caracterizado en los años en que formé parte de aquella— para modificar criterios previos y extender las medidas a personas no identificadas que se hallaran en la misma situación —es decir, en “comunidad de riesgo”— que se advirtió con respecto a personas individualizadas.<sup>69</sup>

## XVIII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS (REPARACIÓN). ACTUAR SOBRE LOS FACTORES DE LAS VIOLACIONES

Dije que la regulación de las reparaciones constituye un tema sobresaliente de la jurisprudencia interamericana. Ha destacado en poco tiempo, sentencia a sentencia, a través de disposiciones y orientaciones novedosas, con signo

---

medidas provisionales en las que se formulan diversas observaciones a este respecto y se urge a las autoridades a revisar a fondo el sistema de reclusorios. Parece indispensable que la Organización y los Estados dediquen especial atención al examen de este problema y provean soluciones inmediatas y progresivas, según las circunstancias”. Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2005*, 16 de marzo de 2006, OEA/Ser.G, CP/CAJP-2344/06, pp. 18 y 19.

<sup>69</sup> Mi voto conjunto con el juez Alirio Abreu Burelli referente a la resolución del 24 de noviembre de 2000 sobre el *Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, en García Ramírez, Sergio, *Votos...*, cit., pp. 529 y ss., y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000 medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado\\_se\\_02.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado_se_02.pdf).

“transformador”, que acreditan el empeño puesto en esta materia por los autores de la Convención Americana. En este punto, la CADH se distanció de los criterios adoptados por el sistema europeo y de los proyectos que informaron, antes de la Conferencia de 1969, lo que sería el Pacto de San José. Se ha dicho con razón, a mi juicio, que las aportaciones en materia de consecuencias jurídicas de los hechos violatorios de derechos humanos constituyen la “joya de la corona” en la jurisprudencia interamericana.

Tempranamente, la Corte resolvió reorientar el examen de esta materia y superó la noción de “indemnizaciones compensatorias” por la de “reparaciones” en sentido amplio. Luego llegaría —y no ha cesado— la elaboración del régimen plenario de las reparaciones a través de medidas numerosas y diversas que atienden a la fuente de las violaciones e implican corrección consecuente con el carácter de aquéllas y con la necesidad de prevenir violaciones futuras. Pude observarlo y contribuir a ese curso durante mi ejercicio como integrante del tribunal.

Este diseño aportado por la Corte al régimen que ahora menciono condujo a construir un catálogo de medidas de reparación en el que figura — además de las tradicionales indemnizaciones en favor de la víctima o de sus allegados, por daño material o inmaterial, pretérito o futuro— una relación muy amplia de actos públicos de distinta naturaleza: emisión o supresión de normas de cualquier rango —constitucionales, inclusive—, variación de jurisprudencia, invalidación y reapertura de procedimientos judiciales (cosa que entraña la revisión de antiguos conceptos a propósito de la cosa juzgada y el principio *ne bis in idem*), adopción o modificación de políticas públicas, medidas políticas, económicas o sociales diversas, reconocimiento de responsabilidad del Estado y otras más, que ya integran un conjunto muy variado, siempre dinámico. Desde luego, esta saludable complejidad de las condenas, muy por encima de las compensaciones pecuniarias, se proyecta en el tiempo y en la forma del cumplimiento.<sup>70</sup>

## XIX. CUMPLIMIENTO, IMPACTO Y TRASCENDENCIA

Acabo de mencionar el cumplimiento de las sentencias, y en otro lugar me referí a la diferencia entre cumplimiento, impacto y trascendencia de la juris-

---

<sup>70</sup> He dedicado diversos textos al examen del régimen de reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ciertamente constituye una cuestión de la más elevada importancia, a la que el tribunal ha incorporado novedades relevantes. Mis puntos de vista en torno a este tema, con el correspondiente deslinde entre las corrientes europea y americana, se expone en García Ramírez, Sergio y Benavides, Marcela, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, Porrúa, 2014.

prudencia interamericana. Es importante insistir sobre este último concepto —la trascendencia— que he mencionado varias veces en líneas precedentes, y que ahora deseo acentuar, porque se trata de un punto sobresaliente en el desarrollo de la justicia interamericana, dato “clave” para su proyección en el futuro.

El sistema interamericano no dispone de órganos y procedimientos semejantes a los que forman parte del sistema europeo, que se vale, con destacada relevancia, de un mecanismo depositado en los ministros de los Estados parte en el Convenio de 1950. Tampoco ha corrido con fortuna la idea de instituir un régimen de características similares a aquél, como lo sugirieron mis antecesores y lo mencioné yo mismo en intervenciones en la OEA.<sup>71</sup> En fin de cuentas, la Corte ha construido un régimen propio, a partir de las normas convencionales y de la interpretación de éstas, considerando asimismo las condiciones de la región y los problemas que suscita el cumplimiento simple y espontáneo de las decisiones supranacionales.

La Corte se ha valido de lo que denominó “competencia ejecutiva” para intervenir indagatoriamente en la etapa de cumplimiento nacional de aquellas decisiones. Sostuvo su facultad de requerir a los Estados información puntual y regular sobre la ejecución de las determinaciones jurisdiccionales, atribución que fue paulatinamente admitida por los Estados y alentada por la OEA. A partir de esta atribución, la Corte estableció en 2007 —en la etapa final de mi desempeño como presidente— la práctica de convocar a sesiones de revisión de cumplimiento en las que participan los Estados, los beneficiarios de la sentencia (con la calidad de víctimas o allegados a éstas) y la Comisión Interamericana.<sup>72</sup> Esta práctica, ya prevista en el Reglamento (artículo 69, bajo la reforma de 2009), ha cobrado intensidad y mostrada utilidad. Al cabo de las sesiones —para la supervisión de cumplimiento, privadas o públicas, que pueden versar sobre una sola sentencia o acerca de varias analizadas conjuntamente—, el tribunal de San José dicta resoluciones en las que menciona el grado de ejecución de las sentencias que motivaron la revisión, señala el punto al que se ha llegado y advierte sobre las medidas pendientes para el cabal cumplimiento de la condena.

---

<sup>71</sup> Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Síntesis del Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio del año 2004*, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.19/05, 10 de mayo de 2005, p. 11.

<sup>72</sup> Corte IDH, *Informe anual 2007*, pp. 41 y ss., y *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, competencia del 28 de noviembre de 2003, párr. 48 y ss.

## CAPÍTULO TERCERO

### *SOFT LAW Y JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ*

Maribel OLVERA ACEVEDO

*Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum coservetur* (Las leyes se deben interpretar con la mayor benignidad, para que se conserve su espíritu).

Celso, D. 1.3.18<sup>1</sup>

#### I. TRASCENDENCIA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL ACTUAL. CASO *LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ*

Para dimensionar las virtudes del paradigma jurisprudencial e interpretativo que representa la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), al resolver el caso *Lagos del Campo vs Perú*, es necesario referirnos, aun cuando sea de manera somera, a la concepción y trascendencia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESC, DES-CA o derechos sociales),<sup>2</sup> a las razones torales por las que durante muchos

<sup>1</sup> Domingo, Rafael (coord.), *Derecho, fuentes del derecho, cuestiones generales y derecho penal*. t. I: *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, p. 299.

<sup>2</sup> Según lo sostiene la CIDH en la opinión consultiva OC 23/2017, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el derecho a un “medio ambiente general satisfactorio, favorable al desarrollo” está estrechamente relacionado con los derechos económicos y sociales en la medida en que el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo, lo cual se ha sostenido en términos similares en la Declaración de Estocolmo y en la Agenda 2030; por tanto, para

años se afirmó que éstos no eran justiciables de manera directa y, por supuesto, a la interpretación sistemática que llevó a cabo ese órgano supranacional no sólo con base en el *hard law* del sistema interamericano de protección de derechos humanos (SIDH), sino también haciendo un destacado uso del *soft law* internacional, todo lo cual representa un panorama de evolución jurídica internacional.

Hecha la precisión que antecede, es oportuno citar una definición de los DESCAs, que desde nuestro punto de vista goza de la claridad requerida para iniciar este análisis. Se trata de los

...derechos subjetivos que propenden por la realización del ser humano en condiciones de dignidad, mediante la satisfacción de mínimos esenciales que salvaguarden esferas como la autonomía, la identidad y los ámbitos materiales de existencia, contribuyendo a la reducción de las brechas de desigualdad en la sociedad.<sup>3</sup>

Del concepto anterior vale la pena hacer énfasis en las palabras “existencia”, “dignidad” e “igualdad”, pues son elementos básicos para determinar ciertos indicadores del nivel de vida que constituyen las palabras clave de los DESCAs, es decir, mediante los indicadores socioeconómicos como salud, alimentación, educación, condiciones de trabajo, situación ocupacional, vivienda, descanso, esparcimiento y seguridad social, etcétera, se integra un parámetro para medir el nivel de vida y de desarrollo de un país.<sup>4</sup>

Por tales razones, los DESCAs han resultado tan políticamente redituables y a la vez tan riesgosamente vulnerables; esto es, hablamos de derechos que garantizan la digna existencia de las personas, y, que no obstante, hasta hace poco tenían un reconocimiento muy débil, y, en función de ello, una

---

efectos de este texto es dable referirnos de manera indistinta a DESC, DESCAs o simplemente a derechos sociales. También es importante decir que no utilizaremos la expresión de “derechos de segunda generación” al referirnos a los DESCAs, debido a que, como afirma Carlos Salvador Rodríguez Camarena, la publicación de “*Pour une Troisième Génération des Droits de l’Homme*”, de Karel Vasak relativa a “tres generaciones” fue muy bien aceptada, sin embargo desde el punto de vista histórico, indujo a distorsiones que presentan la historia por la lucha de los derechos como un especie de evolución que va, primero, de la conquista de los derechos civiles a los políticos, luego a los sociales y, finalmente, los que les sigan a éstos, lo cual indirectamente ha incidido en la justiciabilidad de los derechos sociales.

<sup>3</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Cooperación Alemana, Interpretado por GIZ, ¿Qué son los DESCAs?; disponible en: <https://iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/que-es-desca>.

<sup>4</sup> J. Monge, Arturo, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales*, pp. 221 y 222, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26886.pdf>.

protección desigual frente a los derechos civiles y políticos, de ahí que la sentencia eje de estas líneas resulte tan relevante para su reivindicación, con independencia de las críticas que generó, y que en lo personal consideramos poco trascendentes frente a un escenario no muy lejano que pudiera llevar a una homogeneidad jurídica internacional.

En efecto, es importante conocer el alcance de los DESCA en tanto se trata de derechos que históricamente se han enfrentado a deficientes sistemas públicos que nos hacen cuestionar la eficacia individual de los Estados para garantizarlos, no sólo porque tal tarea se ha dejado al sector privado, con lo cual los derechos sociales dependen de la disponibilidad de un salario, lo que a su vez incrementa las desigualdades y genera negocio y lucro muy importante para ciertos sectores económicos, que presionan a los gobiernos para profundizar en la privatización, a costa de un menor acceso a los derechos por parte de la ciudadanía,<sup>5</sup> sino también, porque su protección jurisdiccional nacional no ha logrado consolidarse por las circunstancias propias de cada Estado y por eventualidades externas, como las recientes crisis sanitarias que colapsan a naciones enteras, lo que hace pensar en la necesidad de acciones conjuntas de diversos Estados.

En cuanto al reconocimiento, al menos formal, de los DESCA, es dable indicar que aquél se materializó en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, instrumento que es el tratado internacional que da fundamento al SIDH; sin embargo, no fue hasta 2017 cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), con votación dividida,<sup>6</sup> dictó la primera sentencia en la que resolvió de manera textual la vulneración a dicho precepto, en un asunto promovido por un particular.

Se trata del caso *Lagos del Campo vs Perú*, en el que el tribunal interamericano utilizó en la sentencia tres, los incisos del artículo 29 (b, c y d) de la CADH, es decir, la CrIDH otorgó una protección más amplia a los DESCA, que derivó del reconocimiento del derecho al trabajo tanto en la ley como en la Constitución del Perú, así como de los derechos reconocidos en cualquier tratado del que el Estado sea parte y los efectos de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). En este caso, su efecto fue delimitar los derechos que se encuentran expresados en normas de la Carta de la OEA.

---

<sup>5</sup> Escorihuela, Irene, “Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, garantía para una vida digna”, *Crítica Urbana*, núm. 2, 20 de septiembre de 2018, disponible en: <http://criticaurbana.com/los-desca-garantia-para-una-vida-digna>.

<sup>6</sup> Parcialmente disidente de dos (Vio Grossi y Humberto Sierra Porto) de los siete jueces de Corte Interamericana.

En el caso, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot precisó en el voto concurrente emitido en la sentencia, que esos tres incisos no tienen, *prima facie*, que ser concurrentes para hacer justiciables derechos sociales, es decir, puede que el derecho no esté reconocido expresamente en la legislación nacional, pero sí que se encuentre en un tratado internacional del que el Estado sea parte; o bien, de manera inversa, puede que el derecho no se encuentre expresamente contemplado en los tratados internacionales del cual el Estado es parte, pero su legislación nacional sí lo contemple.<sup>7</sup>

Con tal línea de interpretación, a partir de esa sentencia surgió un nuevo paradigma jurídico, no sólo para la jurisprudencia interamericana, sino también para el derecho internacional público en general, porque es aquí y hasta ese momento cuando se da una interpretación *oficial* diferente al contenido del aludido artículo 26 leído en su correlación con el artículo 29 del mismo ordenamiento, que durante muchos años estuvieron ensombrecidos por la interpretación que se daba al artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), que alude destacadamente a la progresividad de los DESCAs.

*Lagos del Campo* representa la consagración de la justiciabilidad directa<sup>8</sup> de los DESCAs, a la vez que constituye el más importante precedente en el que se reconoció expresamente la posibilidad de que las violaciones alegadas fueran planteadas por un particular;<sup>9</sup> al mismo tiempo que la sentencia rompe viejos paradigmas en torno al uso del *soft law* en el SIDH, fenómeno que se materializó a través de la interpretación sistemática de declaraciones, precedentes, e incluso de votos particulares sin aparente fuerza vinculante, dieron contenido a la determinación de la CrIDH.

Parafraseando al juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en muy pocos casos la CrIDH se había pronunciado sobre el contenido del artículo 26 de la Convención Americana,<sup>10</sup> y en éste no sólo lo hizo, sino que además,

---

<sup>7</sup> Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *Voto concurrente. Caso Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia del 31 de agosto de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf).

<sup>8</sup> Como bien lo apunta el entonces juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en los párrafos 47 y 49-52 del voto que emitió en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*, a partir de esta sentencia, el tribunal interamericano puede abordar las diversas problemáticas que se le presenten, ya no a través de la conexidad o vía indirecta, ya no subsumiendo el contenido de los DESCAs en los derechos civiles y políticos.

<sup>9</sup> Pues antes de ese precedente, la progresividad a que alude el artículo 26 de la CADH impedía un análisis de caso no fuera representativo de la situación general de un Estado, como se consideró en el caso de *Cinco Pensionistas vs Perú*, resuelto con algunos años de antelación al caso *Lagos del Campo vs Perú*.

<sup>10</sup> En sólo dos ocasiones había sido directamente alegado como vulnerado por la Comisión Interamericana, y en seis oportunidades por los representantes de las víctimas.

por primera vez en sus casi cuarenta años de existencia, declaró la violación del artículo, lo cual representa un importante avance jurisprudencial para el SIDH, al otorgar justiciabilidad directa a los DESCAs y dejar en claro la sinergia entre otros artículos de la CADH y el artículo 26 del mismo tratado.

El jurista mexicano destaca al respecto, que los avances realizados en el caso *Lagos del Campo* en materia del derecho al trabajo y sobre la protección y garantía de los DESCAs por la vía directa y mediante un análisis integral y englobado de los derechos sociales, civiles y políticos permiten dar un paso histórico hacia una nueva época de la jurisprudencia interamericana, conduciendo a la región hacia la misma dirección de lo que diversos países de Naciones Unidas acordaron mediante los Objetivos del Desarrollo Sostenible para el 2030 (ODS), en tanto que, como lo ha señalado la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), actualmente la desigualdad social en nuestra región constituye un obstáculo para el desarrollo sostenible.

Como bien apuntó el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en el párrafo 51 del voto concurrente<sup>11</sup> que emitió en la sentencia que resolvió el caso *Lagos del Campo vs Perú*, este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o no regresividad, o sobre aspectos sobre la disponibilidad de recursos, o sobre la legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas.

Es dable destacar que, a partir del caso, sus consideraciones han cobrado sentido en diversas resoluciones, como la opinión consultiva OC 23/2017, del 15 de noviembre de 2017,<sup>12</sup> de manera muy especial en los párrafos 57 a 59, en los que se sostuvo la interpretación interrelacionada entre los artículos 26 y 29 de la CADH y, fundamentalmente, el reconocimiento

<sup>11</sup> Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, *op. cit.*

<sup>12</sup> Que en los párrafos 44 y 45 sostuvo que se deben tener en cuenta "...otras convenciones relevantes a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales..." y que "...el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente [además de la] propia jurisprudencia [de la Corte]" Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, *Medio ambiente y derechos humanos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, *Medio ambiente y derechos humanos*, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf).

de otras legislaciones internas y las connotaciones individuales y colectivas de un derecho económico, social, cultural y ambiental.

De la misma forma, en diversos casos resueltos con posterioridad, la Corte Interamericana incluyó las consideraciones que dieron sustento a la sentencia de *Lagos del Campo vs Perú*, como son: *Trabajadores Cesados de Petroperú vs Perú*,<sup>13</sup> del 23 de noviembre de 2017; *San Miguel Sosa y otras vs Venezuela*,<sup>14</sup> de 8 de febrero de 2018; caso *Poblete Vilches y otros vs Chile*,<sup>15</sup> del 8 de marzo de 2018, *Cuscul Pivaral y otros vs Guatemala*,<sup>16</sup> del 23 de agosto de 2018, etcétera, de ahí la importancia que reviste la sentencia de *Lagos del Campo*, que dio un giro a las posiciones que tiempo atrás sostuvieron que los DESCAs sólo eran exigibles, para dar inicio a la nueva interpretación jurídica del artículo 26 de la CADH.

## II. EN TORNO A LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Como ya se anticipó, entre las virtudes de la sentencia dictada al resolver el caso *Lagos del Campo vs Perú*, resulta ineludible referirnos al paradigmático ejercicio de interpretación que llevó a cabo el tribunal interamericano a través del uso del *soft law* internacional en conjunción con el *hard law* de la región, lo cual sin duda fue determinante para alcanzar la justiciabilidad de los DESCAs; sin embargo, previo a ello es importante exponer someramente las razones por las que hasta antes del 31 de agosto de 2017 los derechos sociales no se consideraban justiciables, para lo cual, resulta necesario partir de la distinción entre justiciabilidad directa y justiciabilidad indirecta y exigibilidad.

Así las cosas, en primer lugar, la palabra “justiciabilidad” deriva del verbo “ajusticiar” o “justiciar”, que implica hacer justicia, y que en un modelo

---

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros vs. Perú*, sentencia del 23 de noviembre de 2017, párr. 192, pp. 70 y 71, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_344\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf).

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela*, sentencia del 8 de febrero de 2018 (fondo, reparaciones y costas), párr. 220, pp. 62-64, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_348\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf).

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, sentencia del 8 de marzo de 2018 (fondo, reparaciones y costas), párrs. 101-110, pp. 32-35, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_349\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf).

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala*, sentencia del 23 de agosto de 2018 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrs. 75-97, pp. 27-36, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf).

de legalidad “se logra por una vía institucional, mediante los mecanismos judiciales; esto es, los derechos son realizables por medio de la justicia...”.<sup>17</sup>

Ahora bien, la palabra “exigible” o “exigibilidad” deriva de la palabra “exigir”, que es un verbo que simplemente implica “pedir imperiosamente algo a lo que tiene el derecho”.<sup>18</sup>

En este sentido, si bien la justiciabilidad es un concepto ligado al de exigibilidad, la diferencia es la modalidad. De esta forma, si la exigibilidad pretende la realización de un derecho, la justiciabilidad busca que tal realización se haga por la vía de su reclamación ante instancias que administran justicia.<sup>19</sup>

Ahora bien, la justiciabilidad puede ser directa e indirecta. La indirecta se entiende como la protección de los DESCAs mediante pretensiones jurídicas formuladas a partir de otros derechos que mediatizan el objeto verdadero de la tutela (por ejemplo, el derecho social a la salud, a través del derecho civil a la vida), mientras que la justiciabilidad directa consiste en una invocación inmediata de tales derechos en la formulación de la pretensión.<sup>20</sup>

Dicho lo anterior, es propicio apuntar que la doctrina en torno a las razones por las que durante muchos años se cuestionó la justiciabilidad directa de los DESCAs es vasta, y generalmente está vinculada a la distinción entre los derechos civiles y políticos frente a los derechos económicos, sociales y culturales, para lo cual algunos autores aludieron a un reconocimiento tardío de los DESCAs, a una subordinación axiológica y a diferencias de estructura frente a los derechos civiles; sin embargo, desde un particular punto de vista, tales razones son secundarias, y se hicieron necesarias para justificar los motivos de origen que, como se reconoce en gran parte de la doctrina, tienen como punto de partida la falta de consenso entre distintos actores internacionales al aprobar el texto de la CADH, que originalmente incluía varios preceptos sobre derechos sociales.

---

<sup>17</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos con el apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Interamericana para el Desarrollo, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos sociales y culturales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, publicación coordinada por la Unidad de Información y de Servicio Editorial del IIDH, Costa Rica, 2009, pp. 84 y 85, disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1467/justiciabilidad-directa-desc-2009.pdf>.

<sup>18</sup> Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario de la lengua española*, edición del tricentenario, actualización del 2019, disponible en: <https://dle.rae.es/?w=exigir>.

<sup>19</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos sociales y culturales...*, cit.

<sup>20</sup> Moscoso Becerra, Gerson, *La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Arequipa, Facultad de Derecho, Universidad Católica San Pablo, 2019, disponible en: [https://www.academia.edu/37096601/La\\_justiciabilidad\\_directa\\_de\\_los\\_derechos\\_laborales\\_en\\_la\\_Corte\\_Interamericana\\_de\\_Derechos\\_Humanos\\_-\\_G.\\_Moscoso\\_Becerra](https://www.academia.edu/37096601/La_justiciabilidad_directa_de_los_derechos_laborales_en_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos_-_G._Moscoso_Becerra).

Así, pese a la existencia de distintos proyectos de Convención<sup>21</sup> que pudieron dar origen a uno más afortunado, sin embargo sólo incluyó un precepto alusivo a los DESCAs, justamente el artículo 26, cuyo texto hace énfasis en el desarrollo progresivo y en la cooperación internacional para lograr su efectividad, pero no así a su justiciabilidad directa.<sup>22</sup>

De modo que el artículo 26, colocado en el capítulo III de la CADH, es la única referencia expresa a los DESCAs, y no sería hasta 1999 cuando entraría en vigencia un protocolo adicional a la Convención, conocido como “Protocolo de San Salvador”, que regularía lo correspondiente a mecanismos de protección para los derechos económicos, sociales y culturales; sin embargo, surgió un nuevo problema, puesto que durante años se consideró que sólo los derechos sindicales y el derecho a la educación contenidos en el Protocolo podían ser objeto de la aplicación del sistema de peticiones individuales.<sup>23</sup>

Aunado a ello, la doctrina generó una serie de justificaciones o razones por las que los DESCAs no eran justiciables directamente, aludiendo en principio a un reconocimiento histórico tardío, por ser éste posterior al de los derechos civiles y políticos,<sup>24</sup> así como a una serie de características opuestas entre los DESCAs y los derechos civiles.

En vía de ejemplo, según el enfoque liberal, los derechos civiles y políticos se concibieron como universales, absolutos, definitivos, inmediatamente

<sup>21</sup> Texier, Philippe, “Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal”, en *Construyendo una agenda para la exigibilidad de los derechos sociales*, San José, CEJIL, 2004, disponible en: [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\\_files/construyendo\\_una\\_agenda\\_para\\_la\\_justiciabilidad\\_de\\_los\\_derechos%20sociales\\_0.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/construyendo_una_agenda_para_la_justiciabilidad_de_los_derechos%20sociales_0.pdf).

<sup>22</sup> “Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles por vía legislativa u otros medios apropiados”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), capítulo III. Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

<sup>23</sup> Meza Flores, Jorge Humberto, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1132-1138, disponible en: [file:///C:/Users/ASUS/AppData/Local/Packages/MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/4714-6076-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ASUS/AppData/Local/Packages/MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/4714-6076-1-PB%20(1).pdf).

<sup>24</sup> Núñez Uribe, Andrea Liliana, “La exigibilidad de los derechos sociales”, *La prohibición de regresividad en el ámbito del derecho a la educación en la jurisprudencia constitucional colombiana*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, núm. 5, pp. 64 y 65.

eficaces, y correspondían a todos los seres humanos, en tanto que los derechos sociales serían específicos de los trabajadores; los primeros serían derechos contra y frente a todos, y los derechos sociales eran relativos o frente a un obligado determinado, el Estado o los empresarios, mientras los derechos civiles y políticos serían inmediatamente eficaces contra el Estado, en tanto que la eficacia de los derechos sociales dependería de instrumentar medios costosos por el propio Estado, etcétera, y en lo más trascendente, para el tema que nos ocupa, se dijo que los derechos civiles y políticos eran justiciables, en tanto que los DESCAs sólo alcanzarían tal justiciabilidad en la medida en que el legislador estableciera acciones concretas para su protección.<sup>25</sup>

Por otro lado, para el pensamiento socialista, los DESCAs serían derechos auténticos y propiamente universales, al ser requeridos para la realización personal de las grandes masas de obreros, mientras los derechos individuales serían específicos de los burgueses, etcétera.<sup>26</sup>

En síntesis, esta serie de situaciones, aparentemente irrelevantes, provocaron en el imaginario social un fenómeno de exclusión de los DESCAs, con la consecuente debilidad de sus mecanismos de protección en un modelo político-económico liberal occidental en el que se privilegiaba a los derechos de libertad y autonomía, por constituir la base para un adecuado desarrollo de la propiedad privada, sobre aquellos de corte social que propenden por garantizar las mínimas condiciones de vida de las personas.<sup>27</sup>

La interpretación de la CrIDH a través de decisiones adoptadas a partir de 2009 y hasta antes de resolver el caso *Lagos del Campo vs Perú*, fue justo en ese sentido, aportando criterios de interpretación vinculados al uso del derecho duro de la región.

Hoy, la justiciabilidad directa ha superado la interpretación de los alcances del artículo 26 de la CADH, y requiere ser progresiva, evolucionada, integral, y no sólo regional, que como ha señalado el jurista Ferrer Mac-Gregor, siga la misma dirección que diversos países de Naciones Unidas acordaron mediante los ODS para 2030, a fin de abatir la desigualdad social en nuestra región y afrontar nuevos retos naturales y sociales.

---

<sup>25</sup> Hierro, Liborio Luis, “Los derechos económicos sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en Robert, Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., México, Fontamara, t. I, 2013, pp. 165 y 166.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 166 y 167.

<sup>27</sup> Núñez Uribe, Andrea Liliana, “La exigibilidad de los...”, *cit.*, p. 63.

### III. EL *SOFT LAW* Y LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Es importante decir que en la delimitación de los alcances del artículo 26 de la CADH y la justiciabilidad directa de los DESCAs han tenido una importante influencia ciertos fenómenos, como la conclusión de la guerra fría, la globalización mundial y el uso del *soft law* internacional, todos ellos se han materializado paulatinamente en diversas sentencias de la CrIDH, hasta llegar al caso de *Lagos del Campo vs Perú*, en el cual se conjuntan las aportaciones de diversos precedentes, se asienta uno de los más importantes criterios de ese órgano jurisdiccional y se configura un parteaguas en la interpretación sobre la justiciabilidad directa de los DESCAs. De los aludidos fenómenos sólo nos ocuparemos del *soft law*.

En este orden de ideas, y para efectos de aproximarnos a lo que se debe entender por la expresión *soft law*, resulta propicio acercarnos primero al término *hard law*, porque los alcances de este último resultan más sencillos de comprender. Así las cosas, tradicionalmente se ha utilizado el término *hard law* o simplemente *law*, para referirse a aquellas normas dispositivas del derecho internacional que dan lugar a derechos y obligaciones exigibles sólo a las partes involucradas, según el alcance de sus términos. Su nota distintiva es que la obligatoriedad de las mismas no se encuentra discutida.<sup>28</sup>

En consecuencia, la norma de *hard law* constituye un medio seguro para las relaciones entre los sujetos de derecho internacional, al proveer un marco de previsibilidad en las expectativas de las partes involucradas y de los terceros; esto es, al establecer derechos y obligaciones, otorga cierto nivel de certeza sobre conductas futuras, demuestra compromiso entre los sujetos y provee mecanismos para asegurar su cumplimiento, así como vías admisibles para reclamar en caso de un eventual incumplimiento.<sup>29</sup>

Una vez expuestos tales apuntamientos, es comprensible coincidir con la apreciación de la mayoría de los autores para quienes el *soft law* representa el primer eslabón de una cadena, que va desde lo *soft* hasta lo *hard*, y que culmina con las normas imperativas o *ius cogens* internacional;<sup>30</sup> por ello, las

<sup>28</sup> Feler, Alan Matías, “*Soft law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y Ensayos*, 2015, núm. 95, p. 285, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adequacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>30</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>.

primeras no imponen (o al menos tradicionalmente así se ha considerado) obligaciones internacionales, lo cual no significa que carecen de todo efecto jurídico, pues en diversas ocasiones reflejan el estado del desarrollo de normas consuetudinarias o son la base de tratados futuros, e incluso generan expectativas de comportamiento, y al estar regidos de alguna manera por el principio de la buena fe, tienen utilidad y cumplimiento.<sup>31</sup>

Algunos autores califican al *soft law* como explicativo o interpretativo del *hard law*, o bien consideran al primero como un derecho duro emergente o paralelo, precisando que si bien los Estados no están formalmente vinculados por esas disposiciones, lo cierto es que cumplen expectativas de comportamiento en busca de reconocimiento, credibilidad y confianza de los actores internacionales.<sup>32</sup>

Otra parte de la doctrina ha predicado el carácter de *soft law* de las resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales, que si bien es verdad que contienen el sustrato ético del derecho internacional que aún no está sancionado por la práctica, también es cierto que se trata de un contenido formulado a través de principios y objetivos, y no de reglas detalladas y precisas, por lo que este *soft law* podría constituir un difuminador de la distinción entre *lex ferenda* y *lex lata*, entre la *lex in status nascendi* y la norma u obligación elaborada. Desde esta perspectiva, una de las críticas que se hacen al *soft law* es que difumina el umbral entre el “pre-derecho” y el “derecho”.<sup>33</sup>

Como quiera que sea, lo cierto es que el *soft law* envuelve una amplia gama de documentos, desde resoluciones, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de tratados o convenios; disposiciones programáticas, acuerdos no normativos o políticos, códigos de conducta, directrices, estándares, etcétera,<sup>34</sup> cuyo reconocimiento tácito se ha dado en la jurisprudencia de la CrIDH, aun cuando no es clara la doctrina que justifique su uso.

Desde mi punto de vista, lo trascendente es tener focalizada la fuerza material del *soft law*, si se le puede llamar así, que puede surgir de disidencias contenidas en una sentencia, y que incluso pueden ir en contra del dere-

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> Mazuelos Bellido, Ángeles, “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2004, núm. 8, pp. 2-4, disponible en: [file:///C:/Users/ASUS/Downloads/MazuelosBellido\\_reei8\\_.pdf](file:///C:/Users/ASUS/Downloads/MazuelosBellido_reei8_.pdf).

<sup>34</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*

cho duro, porque nos guste o no, fue justamente la raíz de la justiciabilidad directa de los DESCAs. En efecto, *Lagos del Campo vs Perú* se construyó con base en precedentes que fueron retomando argumentos vertidos en votos particulares o disidentes de distintas sentencias que precedieron al caso en análisis.

Y aunque suene disparatado, tiene algún sentido si consideramos, por un lado, que el *ius cogens* ha atravesado cuestionamientos basados en su presunta ambigüedad (que no siempre es solventada con el *hard law*), así como relacionados con riesgos de la ampliación de los principios y derechos que protege como “intereses esenciales de la comunidad internacional” que se dan frente a la progresiva utilización del derecho blando como norma vinculante, con múltiples efectos en la interpretación de contenidos de los derechos humanos y en la estructuración de políticas públicas, áreas donde tiene un papel protagónico el activismo judicial. Justamente debido a estas funciones del derecho blando es de esperar su influencia en la evolución y actualización del *ius cogens*.<sup>35</sup>

En efecto, los estudiosos de los derechos humanos (DDHH) sostienen que los estándares de protección pueden ser elaborados por el SIDH, mediante los *soft law* de la Comisión y de la CrIDH, lo cual obedece a que el derecho internacional de los DDHH y los sistemas regionales constituyen un ordenamiento jurídico, que como tal, se va transformando derivado de la diversidad de situaciones y fenómenos que provocan efectos jurídicos vinculados a los derechos reconocidos por la comunidad internacional en los distintos Estados miembro que la componen,<sup>36</sup> por ende, es comprensible que incluso la interpretación disidente se convierta en un *soft law* que en un ámbito evolutivo logre modificar un criterio basado en el *hard law*.

Una muestra de ello es que, desde el primer caso resuelto, la CrIDH ha sentado doctrina en casi todas las materias de DDHH, a partir de pautas interpretativas establecidas en el artículo 29 de la CADH, en temas de derechos civiles y políticos, y si bien hasta antes de *Lagos del Campo* no había tenido una producción profusa respecto a los DESCAs,<sup>37</sup> con el tiempo se fue

---

<sup>35</sup> Cepeda Rodríguez, Emerson, “Interrelación entre el *ius cogens* y el derecho blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, núm. 36, enero-junio de 2016, disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redpub.36.2016.02>.

<sup>36</sup> Llugdar, Eduardo J. R., *La doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los derechos fundamentales*, junio de 2016, p. 7, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>.

<sup>37</sup> *Idem*.

gestando la época propicia para una interpretación evolutiva, que cambió el paradigma de interpretación y la justiciabilidad de los derechos sociales.

Así, las sentencias de la CrIDH, en tanto han ampliado el derecho imperativo (*ius cogens*) como fuente material del derecho internacional y han dado importancia al derecho blando (*soft law*), en la interpretación judicial y fundamentación de los intereses protegidos por el *ius cogens*, como los derechos humanos,<sup>38</sup> el ejemplo es la sentencia dictada al resolver el caso *Lagos del Campo vs Perú*, en la que vale la pena reflexionar sobre las reglas de aplicación del *soft law*, máxime que en la sentencia tuvieron especial relevancia los votos disidentes emitidos en casos que le precedieron.

#### IV. CRÍTICA SOBRE EL USO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el contexto ya planteado, es entendible que una de las críticas más severas al caso *Lagos del Campo* sea precisamente el uso de tratados no vinculantes para sentar el cambio de criterio que llevó a la justiciabilidad directa de los DESCAs, máxime que algunos de los argumentos torales derivaron de argumentos sostenidos con antelación en votos particulares emitidos por algunos jueces de la Corte Interamericana.

Es oportuno decir que no estamos frente a la primera y única vez que la interpretación se llevó a cabo con el auxilio de instrumentos que pertenecen a otros sistemas, y ciertamente estamos lejos de que este sea el último caso; esto es, la Corte Interamericana suele fallar apelando a tratados no vinculantes, al *soft law* y a decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales, lo que no es común es que lo haga con base en criterios disidentes.

Desde mi punto de vista, las críticas no son del todo erradas, toda vez que si bien es cierto que es válido el uso de *soft law* como auxiliar del *ius cogens* en un contexto globalizado, también es verdad que éste se debe emplear con cierto cuidado, de forma razonada y razonable, y sobre todo estableciendo reglas en las que se prioricen los principios *pro personae* y de certeza jurídica, como piso mínimo base de la interpretación sistemática, además de dejar en claro los posibles vicios que se deben evitar.

En el caso *Lagos del Campo vs Perú*, la relevancia de las críticas se dio no tanto por el uso de *soft law* a través de instrumentos y precedentes que no son del SIDH, sino del sistema europeo de derechos humanos; un ejemplo de

<sup>38</sup> Cepeda Rodríguez, Emerson, *op. cit.*

ello es la sentencia dictada al resolver el caso de *Artavia vs Costa Rica*, en el que para definir el concepto de embrión se utilizaron, a juicio de algunos, excesivamente, instrumentos no vinculantes provenientes del derecho europeo; la crítica más bien se fortaleció, en tanto que la sentencia dio origen a un cambio de criterio que la CrIDH había sostenido durante muchos años, lo cual no es del todo malo, en tanto es una técnica de interpretación; sin embargo, como diría Álvaro Paúl Díaz, deben cumplirse ciertas condiciones específicas, su uso debe ser muy excepcional, y, por certeza jurídica, se debe dejar claro cuál es el valor que se le está dando a esos instrumentos.

Uno de los problemas que presenta esta técnica es que pone al mismo nivel instrumentos vinculantes y no vinculantes, como si tal diferencia — fundamental en derecho internacional — fuera poco importante. Además, el tratar al *soft law* como derecho aplicable puede generar en los Estados una mayor desconfianza al momento de aprobar documentos no vinculantes y tratados internacionales programáticos.<sup>39</sup>

Las críticas a *Lagos del Campo* como a *Atavia* consideran que en el uso del *soft law* se debe tener cuidado en la utilización de instrumentos locales, universales o de regiones diversas, que *per se* no son vinculantes para interpretar un instrumento regional propio, de acuerdo con peculiaridades regionales y un Estado podrían reclamar que acordó someterse a la jurisdicción de la CrIDH y no a la jurisprudencia de la Corte Europea, constituyendo, sin más, una imposición en América, del consenso arribado en otro continente.

Otro punto también podría ser que algunos instrumentos universales no tienen una amplia aceptación, o, si la tienen, no establecen un sistema jurisdiccional de control de su cumplimiento, aunado a lo cual también se podría afirmar que la utilización de consensos foráneos puede no ser adecuada formalmente y resultar más protector de los derechos humanos; pero no necesariamente, y el desconocimiento de consensos americanos puede tener efectos que resulten en una menor concesión de los derechos.<sup>40</sup>

Sin hacer una manifestación puntual sobre el uso del *soft law*, el magistrado colombiano Óscar Parra Vera apunta también a ciertas cuestiones que se deben cuidar, y afirma que se debe valorar a profundidad la relación de un derecho social con la política social y el sistema institucional que permite su realización,<sup>41</sup> cuestiones que son netamente regionales.

<sup>39</sup> Díaz, Álvaro Paúl, *op. cit.*, pp. 303-345.

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso La-*

V. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* Y EL *SOFT LAW* EN EL CASO  
*LAGOS DEL CAMPO VS PERÚ*

Como sea que se mire, lo cierto es que el *soft law* ha tenido un papel fundamental en la interpretación de las normas internacionales, lo cual no es incorrecto, y de hecho ha funcionado en prácticamente todos los sistemas; lo importante es que se logre utilizar con base en una objetiva perspectiva *pro homine* o *pro persona*, la cual no podrá o al menos no deberá ir hacia atrás, a fin de no contravenir (salvo ponderación en contrario que derive de un riguroso test de proporcionalidad) el principio de progresividad.

Recordemos que a nivel internacional y regional, las normas adjetivas y las normas sustantivas en materia de derechos humanos están compuestas de principios universalmente aceptados, entre los que se encuentra el principio *pro homine* o *pro personae*, que puede considerarse desde dos perspectivas: a) una, como método hermenéutico, conforme a la que, ante una variedad de opciones, impone a inclinarse por aquella que sea más favorable a los derechos de la persona física frente al ejercicio de la potestad estatal, y a que en el caso que deba excepcionalmente restringirlos, mediante la autorización de un tratado, pacto, Constitución o ley, lo sea de manera tal que los afecte de la menor manera posible, y b) desde otra perspectiva, implica armonizar el interés individual con el interés general, preservando la efectividad del derecho garantizado.<sup>42</sup>

La sentencia dictada por la CrIDH al resolver *Lagos del Campo*, es un ejemplo de ambos aspectos de la aplicación del principio *pro personae*, un logro que fue posible con el uso del *soft law* aplicado en conjunción con el *hard law* del SIDH, fundamentalmente a través de precedentes jurisprudenciales, pero sobre todo de sólidos argumentos contenidos en votos particulares, que contribuyeron a integrar sus consideraciones.

La argumentación asumida por la mayoría de los jueces sostuvo la postura en la cual el Protocolo de San Salvador no está llamado a restarle fuerza normativa a lo ya previsto en la CADH. El aporte más relevante del caso *Lagos del Campo*, y en ese sentido la promesa que este caso involucra, se relaciona con la forma como debe redefinirse el litigio ante la Corte Interamericana y, en particular, el trabajo de la Comisión Interamericana en esta materia.<sup>43</sup>

---

*gos del Campo y los nuevos desafíos*, p. 232, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/6.pdf>

<sup>42</sup> Llugdar, Eduardo J. R., *op. cit.*

<sup>43</sup> Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, p. 232.

Conjuntando lo que hasta este punto se ha sostenido en relación al uso del *soft law*, el principio *pro persona* y la propuesta del jurista colombiano, podríamos decir que el contexto actual en el que vivimos ha dado todo tipo de pruebas (tecnológicas, medioambientales, biológicas, etcétera) que nos llevan a reflexionar en que la interpretación actual del derecho debe seguir una tendencia necesariamente evolutiva, a fin de otorgar eficacia real e integral a la protección interamericana o internacional en esta materia.

El ejercicio jurisdiccional debe ser acorde a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que manda interpretar un tratado “de buena fe”, haciendo énfasis en que esa interpretación debe ser necesariamente conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin justo como se consideró en la sentencia objeto de análisis.<sup>44</sup>

El contexto actual en el que la regulación jurídica sobre temas globales, como la protección de la salud ante pandemias, el combate a la corrupción o el uso de redes sociales, no puede darse el lujo de tomar acciones individuales, y pone a la vista la necesidad de replantear la doctrina de soberanía, las bondades y riesgos de emplear el derecho blando internacional y la sinergia para delimitar los alcances de la protección de derechos sociales y civiles.

*Lagos del Campo* da cuenta de la importancia de la decisión a través de diversos instrumentos internacionales que pueden actuar de manera sinérgica para delimitar los alcances de la protección de derechos sociales interamericanos mediante el Pacto de San José, y su trascendencia es justo esa, la de un parteaguas, que ha ido consolidando una nueva forma de interpretación flexible del derecho internacional.

Ferrajoli llama la atención sobre situaciones que dejan ver la fragilidad de las naciones y de la necesidad de interdependencia global, que hace urgente un constitucionalismo planetario mediante la creación, no tanto de instituciones de gobierno, que está bien que sigan confiadas sobre todo a los Estados, sino de funciones e instituciones globales de garantía de los derechos humanos.

Tal vez, de manera implícita todos reconocemos esa necesidad, sería importante empezar a trabajar en la dogmática que la sustente, en aras de garantizar los derechos humanos y la paz,<sup>45</sup> ello, sin perder de vista que el

---

<sup>44</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia del 31 de agosto de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf)

<sup>45</sup> García Jaén, Braulio, “Luigi Ferrajoli, filósofo: «Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata»”, *El País*, disponible en: <https://elpais.com/>

derecho blando no es del todo malo y que las leyes se deben interpretar con la mayor benignidad, para que se conserve su espíritu.<sup>46</sup>

## VI. CONCLUSIONES

Hoy, el estudio de la justiciabilidad directa de los DESCAs ha superado la interpretación de los alcances del artículo 26 de la CADH; nuestra realidad globalizada requiere un sistema de protección de derechos humanos progresivo, evolucionado, integral, y no sólo regional, que haga frente a la desigualdad social en nuestra región y afronte nuevos retos naturales, económicos y sociales.

Algo fundamental en el análisis del caso *Lagos del Campo* es la forma en la que se materializa la fuerza del *soft law*, si se le puede llamar así, que puede surgir no sólo de resoluciones, sino de disidencias contenidas en una sentencia, y que incluso pueden tener fuerza relevante frente al derecho duro del sistema interamericano de derechos humanos. Sin embargo, vale la pena reflexionar sobre las reglas de aplicación del *soft law*, porque no estamos frente a la primera y única vez que la interpretación se lleva a cabo con el auxilio de instrumentos que pertenecen a otros sistemas o que pueden resultar cuestionables; de hecho, la Corte Interamericana suele fallar apelando a tratados no vinculantes y a decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales.

Por tanto, consideramos que es válido el uso de *soft law* como auxiliar del *hard law* y del *ius cogens* en un contexto globalizado; pero el derecho blando se debe emplear con cierto cuidado, de forma razonada y razonable, y sobre todo con base en el establecimiento de reglas en las que se prioricen los principios *pro personae* y de certeza jurídica, como piso mínimo base de la interpretación sistemática; además, se deben dejar en claro los posibles vicios que se deben evitar.

Se requiere una técnica de interpretación que cumpla ciertas condiciones específicas, su uso debe ser excepcional, y se debe dejar claro cuál es el valor que se le está dando a esos instrumentos.

---

*ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html*

<sup>46</sup> Cuenca, Francisco *et al.*, “Regula iuris. I. Derecho, fuentes del derecho, cuestiones generales y derecho penal”, en Domingo, Rafael (coord.), *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998, p. 299.

En la teoría se ha empezado a hablar sobre la fragilidad de las naciones y de la necesidad de interdependencia global, lo que hace urgente un nuevo constitucionalismo no nacional, sino planetario; en la tarea judicial tal vez no se diga expresamente, pero implícitamente la tendencia a la flexibilidad del derecho parece indicar que ese será el camino para seguir.

## CAPÍTULO CUARTO

# ANÁLISIS HISTÓRICO Y ELEMENTOS DEL CRIMEN DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Javier DONDÉ MATUTE

### I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este estudio es responder a la pregunta: ¿cómo han analizado al crimen internacional los tribunales penales internacionales previos a la formación de la Corte Penal Internacional? Es importante recordar que al buscar construir una teoría del crimen internacional resulta importante identificar los elementos y la estructura que lo componen.

Al responder a la pregunta inicial se pretende hacer una aportación histórica a la teoría del crimen internacional. Se analizarán los elementos que los tribunales internacionales han considerado indispensables para que exista un crimen internacional. No es parte de este estudio profundizar en el significado y contenido de los conceptos identificados, dado que muchos de ellos han cambiado a raíz de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, se mencionarán los componentes de los mismos, sobre todo en la medida en la cual contribuyan a la conformación de una teoría del crimen internacional.

Los tribunales que se han seleccionado para este trabajo son: el Tribunal Internacional Militar (Tribunal de Núremberg), los tribunales militares de Núremberg (también conocidos como los Juicios Posteriores a Núremberg), el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Se excluyen del estudio los tribunales híbridos y los tribunales nacionales que hayan aplicado el derecho penal internacional. De igual forma, se descarta el análisis del

Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente dado que, como la doctrina considera, se limitó a emular al Tribunal de Núremberg.<sup>1</sup>

Este trabajo no es sólo de doctrina judicial, pues también se estudiarán los instrumentos fundacionales de los diversos tribunales, en la medida en la cual puedan aportar a la construcción del concepto de crimen internacional.<sup>2</sup> Estos instrumentos son importantes en la medida en la que representan el estado de la costumbre internacional en un momento determinado.

## II. TRIBUNAL DE NÚREMBERG

Desde la lectura de la Carta del Tribunal de Núremberg se puede apreciar un incipiente sistema de elementos del crimen internacional, si se parte de una interpretación contextual del texto, en particular de la parte II, titulada “Jurisdicción y principios generales”. Así, al desglosar los elementos competenciales previstos en esta parte, se pueden identificar aspectos sustantivos de utilidad para la construcción de un concepto de crimen internacional.

El artículo 6o. es clave para este análisis. En primer lugar, establece que el Tribunal de Núremberg tendrá competencia para conocer de los crímenes internacionales que se hayan cometido de forma individual o colectiva, por miembros de organizaciones. En seguida, se mencionan los crímenes internacionales, estableciendo por primera vez una descripción típica en el ámbito internacional. Al final de este precepto se establecen las formas de intervención.

El artículo 7o. de la Carta del Tribunal de Núremberg señala por primera vez que la posición o cargo oficial no constituirá una excluyente de responsabilidad ni atenuante. Igualmente, el artículo 8o. señala que la orden de gobierno o de un superior no constituye una excluyente de responsabilidad ni atenuante.

El artículo 9o. establece que una persona puede ser considerada como penalmente responsable por pertenecer a una organización criminal. El texto de este instrumento internacional señala:

En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el

---

<sup>1</sup> Boister, Neil y Cryer, Robert, *The Tokio International Military Tribunal—A Reappraisal*, Oxford University Press, 2008, pp. 302-327. El legado jurídico de este tribunal es limitado, tiene más relevancia ver las contribuciones históricas y educativas de la sentencia.

<sup>2</sup> Fletcher, George P., “New Court, Old Dogmatik”, *Journal of International Criminal Justice*, 2011, vol. 9, p. 184. La dogmática penal internacional se basa sustancialmente en la doctrina judicial.

que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal.

Como se desprende de la lectura del precepto, para que una persona sea considerada penalmente responsable son necesarios dos elementos: 1. Que la persona efectivamente haya pertenecido al grupo u organización criminal, y 2. Que haya realizado algún acto vinculado con las actividades criminales de la organización.

De estos artículos se pueden empezar a desprender ciertas conclusiones. Si bien se enfatiza que la responsabilidad penal puede ser por las conductas desplegadas o por pertenecer a una organización criminal, se excluye la responsabilidad colectiva. Es decir, la persona es responsable por su conducta, aunque ésta se haya realizado junto con otros integrantes del grupo u organización.<sup>3</sup>

También es importante notar que hay una secuencia (aludiendo a la interpretación contextual) que debe seguir el establecimiento de la responsabilidad penal. En primer lugar, debe haber una conducta que implique la realización de cualquiera de los crímenes internacionales tipificados. Como consecuencia, esta conducta debe encuadrar en las descripciones previstas en el propio artículo 6o. de la Carta del Tribunal de Núremberg. Por último, se establecen las formas de intervención aceptadas adicionales a la “ejecución” de la conducta.

Si bien no se previeron excluyentes de responsabilidad, por lo menos se mencionan dos que no son aplicables: el cargo oficial y las órdenes del superior jerárquico.

En consecuencia, para que haya un crimen internacional debe haber una conducta (*act*), una descripción típica de las conductas criminales (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad) y alguna forma de intervención (liderar, organizar, incitar, auxiliar en la comisión o ejecutar la conducta). Quizá sería muy riesgoso señalar que también se deben considerar excluyentes de responsabilidad, dado que no se menciona alguna de forma expresa. Aceptar alguna podría caer en el campo de la especulación. Los artículos 7o. y 8o. señalan cuáles no se pueden alegar, por exclusión podría pensarse que cualquier otra (legítima defensa, estado de necesidad, error, etcétera) sería aplicable.

En seguida se analizará cómo el Tribunal de Núremberg aplicó estos aspectos para establecer la existencia de un crimen internacional.

---

<sup>3</sup> Heller, Kevin Jon, *The Nuremberg Military Tribunals and the origins of international criminal law*, Oxford, 2012, pp. 253 y 254.

No hubo mucho interés en establecer las bases para imputar responsabilidad penal por la comisión de crímenes internacionales en Núremberg, de tal forma que el énfasis está en la tipificación de las conductas consideradas como criminales. No obstante, hay dos aspectos que resulta importante destacar como parte de la génesis del derecho penal internacional, y que tuvieron una repercusión importante con posterioridad: la criminalización de la pertenencia a un grupo u organización criminal y la intervención a través de un plan común o conspiración para cometer algún crimen internacional. Estas dos figuras son importantes, pues se alejan de la comisión material de los crímenes internacionales, por lo que representan un buen parámetro para establecer las condiciones mínimas para establecer la existencia de la responsabilidad penal.

Un primer aspecto que debió abordarse en el Tribunal de Núremberg fue la identificación de las organizaciones o grupos criminales. Si la pertenencia era considerada como criminal, el primer paso era señalar cuáles eran estos grupos. En la sentencia se dedica una parte sustancial a describir las organizaciones del régimen nazi que se consideraron criminales.<sup>4</sup> En esencia se señala que la organización surge para buscar la cooperación en la consecución de ciertos fines (no necesariamente criminales). Debe existir cohesión entre los miembros del grupo u organización para buscar en conjunto los objetivos planeados. En el caso de las organizaciones criminales, el objetivo es criminal; es decir, se forma o se utiliza en conexión con crímenes internacionales. Sin embargo, los integrantes que no tengan conocimiento de los propósitos criminales de la organización o de los actos criminales de los demás miembros no pueden ser penalmente responsables.<sup>5</sup>

En este mismo sentido, se reiteró que la mera pertenencia no era suficiente para establecer responsabilidad penal, por lo que no se excluyeron del análisis varios integrantes de grupos u organizaciones que no cometieron crímenes internacionales, ya sea porque se trataba de personal administrativo o de apoyo,<sup>6</sup> no tenían conocimiento de que la organización estaba cometiendo crímenes internacionales,<sup>7</sup> la organización no fue concebida para cometer crímenes internacionales<sup>8</sup> o la persona procesada no tenía control sobre la comisión de los crímenes.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> *Sentencia del Tribunal de Núremberg*, 22 IMT, 1946, pp. 470-485.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 469.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 477.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 481.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 525 y 526.

En cuanto al segundo aspecto mencionado, el artículo 6o. de la Carta del Tribunal de Núremberg señala:

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sean en ejecución de dicho plan.<sup>10</sup>

En la sentencia del Tribunal de Núremberg también se analiza el concepto de conspiración, aunque se hizo en términos muy parecidos a la responsabilidad por pertenecer a una organización criminal. Esta forma de intervención debe partir de un acuerdo para cometer un crimen internacional (en el caso concreto se analizó la comisión de crímenes contra la paz). El objetivo del acuerdo debe ser criminal, es decir, debe haber un propósito criminal concreto, que se evidencia con un plan para realizar la conducta. Se excluyen declaraciones políticas, discursos o actos muy alejados en el tiempo y espacio de la efectiva realización del crimen internacional.<sup>11</sup> Por último, se señala que debe haber conocimiento del objetivo de la conspiración, que como ya se mencionó debe ser criminal, porque se participa con pleno conocimiento de que se realizarán conductas criminales.<sup>12</sup>

Del análisis de la pertenencia a una organización criminal y de la conspiración surge un elemento adicional que no está expresamente previsto en la Carta del Tribunal de Núremberg que es el conocimiento (*knowledge*). Debe haber un conocimiento vinculado con la actuación de los demás integrantes de la organización o del acuerdo. Esto es fundamental, pues en ambos casos las personas que no cometieron materialmente los crímenes internacionales, pero tenían conocimiento de que otras personas los estaban cometiendo o sabían que existía un plan o una estructura encaminada a realizar crímenes internacionales, eran igualmente responsables.

---

<sup>10</sup> La versión original en inglés tiene una redacción diferente. “Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan”.

<sup>11</sup> *Sentencia del Tribunal de Núremberg, op. cit.*, p. 448.

<sup>12</sup> *Idem.*

### III. JUICIOS POSTERIORES A NÚREMBERG (*SUBSEQUENT NUREMBERG TRIALS*)

Con este nombre se les denomina a todos los procesos penales que se llevaron a cabo después de concluido el magno juicio del Tribunal de Núremberg ante tribunales locales en las distintas zonas de ocupación de los aliados, con posterioridad a la capitulación de Alemania. También hubo procesos que se realizaron en países que fueron ocupados por la Alemania nazi o Japón, como en Noruega o China. En gran medida se trató de tribunales especiales o tribunales militares.

Todas estas instancias judiciales aplicaron las normas y principios derivados de la Carta del Tribunal de Núremberg, y la sentencia que se emitió con posterioridad. Para tal efecto se promulgó una ley denominada Ley No. 10, del Consejo de Control Aliado (Control Council Law No. 10) (Ley No. 10 del CCA), cuyo fin era homogeneizar la aplicación de las normas y principios de derecho penal internacional vigentes en ese momento. Este esfuerzo tuvo resultados mixtos, ya que la aplicación de las normas jurídicas fue uniforme en las zonas de ocupación estadounidense y francesa, pero en la zona británica no se consiguió tal efecto.<sup>13</sup> También pudiera pensarse que muchos de estos tribunales fueron un antecedente de los tribunales híbridos que proliferaron al principio del actual siglo, pues tenían una naturaleza local, pero aplicaban una mezcla de derecho nacional y derecho penal internacional.

Desde una perspectiva metodológica, es importante tener esto presente, pues no se trata de instancias puramente internacionales. Sin embargo, aplicaron el derecho consuetudinario vigente en ese momento,<sup>14</sup> y han tenido una influencia notable en la evolución del derecho penal internacional.<sup>15</sup> Es por ello que se analizan, aunque esto implique apartarse del objeto de estudio inicialmente propuesto.

La Ley No. 10 del CCA tiene un esquema similar al de la Carta del Tribunal de Núremberg. El artículo 2o., en su primer inciso, establece la tipificación de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como la pertenencia a grupos u organizaciones considerados criminales por el Tribunal de Núremberg.

---

<sup>13</sup> Taylor, Telford, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10*, 1949, pp. 6-8, disponible en: [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/NT\\_final-report.html](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_final-report.html).

<sup>14</sup> Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, pp. 375 y 376.

<sup>15</sup> Taylor, Telford, *op. cit.*, Anexo A, p. 116.

A continuación, se enumeran las formas de intervención. Aunque la regulación es más detallada que en la Carta del Tribunal de Núremberg, la redacción es complicada y con una terminología confusa. El artículo 2 (2) consta de seis subincisos en los cuales se establecen de una forma desorganizada los supuestos normativos. En primer lugar, se utiliza la palabra *principle*, que en el derecho anglosajón se refiere al autor, para distinguirlo del partícipe.<sup>16</sup> Sin embargo, de una interpretación contextual del precepto parece que se refiere al autor material o directo de la conducta.<sup>17</sup>

En el siguiente subinciso se menciona el término *accessory*, que genéricamente se refiere al partícipe.<sup>18</sup> Sin embargo, también se menciona el ordenar y asistir (*abetted*) de forma individual, como si éstas no fueran formas particulares de participación. Ya se adelantaba que la redacción era confusa.

Las siguientes hipótesis normativas son más inusuales. Se menciona el formar parte consciente de la comisión (*took a consenting part therein*)<sup>19</sup> y tener una conexión con los planes o empresas relacionados con la comisión del crimen (*was connected with plans or enterprises involving its commission*).<sup>20</sup> En seguida se menciona la membresía a una organización criminal, aunque a diferencia de la Carta del Tribunal de Núremberg, no se hace alusión a la realización de un acto.<sup>21</sup>

Por último, también se es penalmente responsable (exclusivamente en relación con el crimen contra la paz) quien tuviera un alto cargo político, civil o militar en Alemania o sus aliados, así como una alta posición financiera, industrial o económica en dicho país.<sup>22</sup>

Resulta bastante complejo encontrarle coherencia a esta disposición, además de que muchas de estas formas de intervención han caído en el desuso. Quizá se trató de establecer fórmulas genéricas tratando de equilibrar la aplicación de estas disposiciones por tribunales nacionales con las normas

---

<sup>16</sup> Ashworth, Andrew, *Principles of criminal law*, 4a. ed., Oxford University Press, 2003, p. 413 (se le denomina *principal* a la persona que materialmente lleva a cabo los elementos de la descripción típica).

<sup>17</sup> Ley No. 10 del CCA, artículo 2o, fracción 2, inciso a.

<sup>18</sup> Ashworth, Andrew, *op. cit.*, p. 413 (se le denomina *accessory* a la persona que de alguna manera facilita a la persona que lleva a cabo los elementos de la descripción típica).

<sup>19</sup> Ley núm. 10 del CCA, artículo 2o, fracción 2, inciso c.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 2o, fracción 2, inciso d.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artículo 2o, fracción 2, inciso e.

<sup>22</sup> *Ibidem*, artículo 2o, fracción 2, inciso f. “with reference to paragraph 1 (a) if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country”.

jurídicas que se desprendieron de la Carta del Tribunal de Núremberg y la sentencia dictada por dicho tribunal, tomando en consideración que eran propias del derecho penal internacional y no tenían un reconocimiento en las jurisdicciones locales.

El tercer inciso representa una novedad interesante, pues establece un catálogo de penas que van desde la imposición de la pena de muerte hasta la restricción de derechos civiles. Es la primera vez que un instrumento internacional establece punibilidades; situación que no se repetirá hasta el estatuto de la Corte Penal Internacional. Para efectos del presente análisis es importante señalar que la redacción indica que “la sanción podrá consistir en una o más de las siguientes:...”<sup>23</sup> Esto significa que no hay una obligación de imponer una pena; es una opción que tienen los tribunales. En otras palabras, la punibilidad no es un componente indispensable para que haya un crimen internacional.

En los siguientes incisos se reitera la norma de que el cargo oficial y las órdenes del superior jerárquico no podrán ser consideradas como eximentes de responsabilidad o como atenuantes.<sup>24</sup>

Consecuentemente, el esquema que se desprende de la Carta del Tribunal de Núremberg se repite en este instrumento internacional con los siguientes elementos: conducta, tipicidad y responsabilidad penal (la cual se manifiesta con las formas de intervención). De igual forma, se señala qué eximentes de responsabilidad no son aplicables, aunque no se dice si hay alguna que lo sea. El énfasis está en las punibilidades. Si bien se contemplan, se establecen de forma optativa. Así, para quienes pudieran considerar que la punibilidad es una parte esencial del delito, en este momento del desarrollo histórico no es un elemento del crimen internacional.

Solamente hay un esfuerzo doctrinal para sistematizar los elementos del crimen internacional derivados de esta jurisprudencia. Marxen, un autor citado por Kai Ambos, realizó un estudio del *Justice Trial*, del cual desprendió una estructura preliminar del crimen internacional, consistente en tres elementos y dos factores de conexión (*connecting links*). Los elementos son: la conducta concreta que se cometió, un contexto supraindividual y el resultado criminal. Por su parte, los factores de conexión son: la participación del individuo en una empresa criminal que a su vez tiene un resultado criminal.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> *Ibidem*, artículo 2o, fracción 3., “Such punishment may consist of one or more of the following...”.

<sup>24</sup> *Ibidem*, artículo 2o, fracción 4.

<sup>25</sup> Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I: *Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, p. 85.

La jurisprudencia de los juicios posteriores a Núremberg aporta algunos datos interesantes. En primer lugar, es importante señalar que se reiteran algunos de los principios establecidos por el Tribunal de Núremberg, lo cual no debe sorprender, pues como se mencionó previamente, este esquema normativo tuvo la intención de aplicar las normas jurídicas establecidas por dicho tribunal internacional. Por ejemplo, se establecieron los mismos elementos para la determinación de la responsabilidad por pertenecer a una organización criminal.<sup>26</sup> Destaca el caso de *Hoess*, ya que el acusado era comandante en Auschwitz, por lo que se declaró que cualquier campo de concentración cumplía con las características de una organización criminal.<sup>27</sup>

Hay mucha disparidad en la aplicación del derecho en estos tribunales, lo cual hace difícil establecer reglas generales para una teoría del crimen internacional. Sin embargo, Heller ha identificado tres elementos en común: la comisión de un crimen previsto en la acusación, el conocimiento (*knowledge*) de la comisión del crimen y la participación de conformidad con alguna de las formas de intervención previstas.<sup>28</sup> Este esquema es muy similar al que se propone en este estudio con base en el análisis del texto de la Ley No. 10 del CCA. La única diferencia sustancial es que se enfatiza el segundo elemento, que es el conocimiento. Según Heller, hubo una convicción tal en la necesidad de adoptar este elemento subjetivo que la hipótesis normativa en la que se buscaba penalizar a los altos mandos políticos, civiles y militares del régimen nazi nunca fue utilizada, pues implicaba la ausencia de conocimiento (*strict liability*).<sup>29</sup>

Las formas de intervención previstas en la Ley No. 10 del CCA no trascendieron en el derecho penal internacional. Sin embargo, en este contexto surgió la responsabilidad del superior jerárquico. El caso más emblemático es el de *Yamashita*, en donde el tribunal consideró que el acusado era penalmente responsable de las “atrocidades” cometidas por sus tropas. Cuando las conductas criminales son generalizadas no se puede alegar que el mando militar no tenía conocimiento de los hechos. Así, el mando es penalmente responsable cuando existe: 1) conocimiento de los hechos, 2) no hay un intento efectivo por investigar (*discover*) o controlar las conductas criminales,

---

<sup>26</sup> *Trial of Hauptsturmführer Amon Leopold Goeth*, Law Reports of Trials of War Criminals, 1948, vol. 7, p. 6.

<sup>27</sup> *Trial of Obersturmbannführer Rudolf Franz Ferdinand Hoess*, Law Reports of Trials of War Criminals, 1948, vol. 7, pp. 18-24.

<sup>28</sup> Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, p. 252.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 251.

y 3) teniendo amplias facultades para sancionar.<sup>30</sup> Heller agrega como elemento la relación de suprasubordinación, que, aunque es un dato implícito y evidentemente necesario para establecer la responsabilidad de mando militar, no se menciona expresamente en los casos analizados.<sup>31</sup>

Si bien el concepto de pertenencia a una organización criminal ya no se encuentra vigente, surge en algunos casos una noción de “responsabilidad colectiva” (no responsabilidad de la empresa, la cual ya había sido descartada desde la sentencia del Tribunal de Núremberg). Puede mencionarse como un antecedente de la empresa criminal conjunta o la autoría mediante aparato organizado de poder.

En *Almelo*, el tribunal trazó una analogía con las pandillas a nivel nacional en un caso en el que se privó de la vida a unos prisioneros de guerra. El tribunal determinó que para establecer la responsabilidad penal es necesario que las personas estén presentes en el lugar de los hechos, que participen de una empresa común (*common enterprise*) que sea de carácter ilegal y con un propósito en común.<sup>32</sup>

Heller agrega en su análisis de esta novedosa figura que deben reunirse cuatro elementos: la existencia de una empresa criminal, la comisión de un crimen internacional de conformidad con los objetivos de la empresa, el conocimiento del acusado de la existencia de la empresa criminal y la participación de la persona en dicha empresa.<sup>33</sup> Este autor destaca que no hay evidencia de que se haya requerido intención alguna para cometer los crímenes internacionales.<sup>34</sup> El elemento subjetivo requerido se limita a su participación dentro de la empresa.

En cuanto a las excluyentes de responsabilidad, se reitera en múltiples ocasiones que recibir órdenes del superior jerárquico no es una excluyente de responsabilidad, aunque pudiera considerarse como una atenuante. Sin embargo, no hay un solo caso en el que la orden del superior jerárquico haya sido considerada como atenuante, por lo que no se puede determinar con claridad en qué circunstancias se actualizaría uno u otro supuesto.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Case 21, Reports of Trials of War Criminals, 1948, vol. 4, p. 35; *Trial of Lt. General Baba Masao*, Case. 60, Law Reports of Trials of War Criminals, 1949, vol. 11, pp. 57-60.

<sup>31</sup> Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, p. 263.

<sup>32</sup> *The Almelo Trial*, Case 3, Law Reports of Trials of War Criminals, 1947, vol. 1, p. 35.

<sup>33</sup> Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, p. 281.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 283.

<sup>35</sup> *Peleus Trial*, Reports of Trials of War Criminals, 1947, vol. 1, pp. 16-20; *Dolster Case*, Reports of Trials of War Criminals, 1947, vol. 1, pp. 31-33; *Jaluit Atoll Case*, Reports of Trials

Lo que resulta novedoso son los casos en donde las excluyentes de responsabilidad no se descartan de forma automática, sino que se permite utilizarlas, aunque sea de forma muy restringida. Heller identifica que los tribunales (sobre todo los que aplicaron la Ley No. 10 del CCA) permitieron que se invocaran las excluyentes de estado de necesidad (*necessity* o *duress*), legítima defensa, error de derecho y necesidad militar.<sup>36</sup>

En *Flick* se ilustra bien el punto anterior. En primer lugar, se hace un análisis de las disposiciones, la Ley No. 10 del CCA, y se argumenta que si bien se le niega la posibilidad de invocar las órdenes del superior jerárquico como excluyente de responsabilidad, esta prohibición no se hace extensiva al estado de necesidad. Incluso, el tribunal señaló que negar de antemano una excluyente podía interpretarse como un acto de venganza y no de justicia.<sup>37</sup> En seguida, siguiendo la doctrina del *common law*, estableció los elementos necesarios para que esta excluyente sea válida: la conducta tiene que realizarse con la intención de repeler una agresión grave e irreparable, que no exista una alternativa de actuación y que la acción elegida no fuera desproporcionada. Se agregó, a manera de comentario, que una persona que actúa de esta manera no lo hace de forma libre y con intención.<sup>38</sup>

En este momento histórico no es muy relevante hablar del contenido de las excluyentes de responsabilidad y de las condiciones para su aplicación. El simple hecho de que jurisprudencialmente se hayan reconocido algunas, con una clara referencia a los sistemas jurídicos nacionales, es ya un avance importante. En conexión con el tema central de este estudio, se puede señalar que se trata del reconocimiento de los elementos negativos del crimen internacional.

#### IV. PRINCIPIOS DE NÚREMBERG

Derivado de la Carta y de la sentencia del Tribunal de Núremberg, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los Principios de Núremberg como la base de lo que constituiría el derecho penal internacional.<sup>39</sup>

---

of War Criminals, 1947, vol. 1, p. 75; *Trial of Max Wielen and 17 others (Stalag Luft III Case)*, Reports of Trials of War Criminals, 1949, vol. 11, pp. 46 y 47.

<sup>36</sup> Heller, Kevin Jon, *op. cit.*, pp. 299-311.

<sup>37</sup> *The Flick Trial*, Reports of Trials of War Criminals, 1949, vol. 9, p. 19 (This Tribunal might be reproached for wreaking vengeance rather than administering justice if it were to declare unavailable to defendants the defense of necessity here urged on their behalf).

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> Dondé Matute, Javier, *Los principios de Núremberg: desarrollo y actualidad*, Inacipe, 2015, pp. XI-XIII.

No obstante, no hay novedades a lo ya señalado en este estudio. El principio I señala que los crímenes internacionales son actos cometidos por personas, el principio III establece que el cargo oficial no es una excluyente de responsabilidad, el principio VI tipifica las conductas consideradas crímenes internacionales, y el principio VII establece que la complicidad es igualmente un crimen internacional.

Quizá lo único interesante es que se matiza la aplicación de la regla de las órdenes del superior jerárquico. El principio IV establece: “El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma”.<sup>40</sup> Aunque hay quienes señalan que la responsabilidad penal seguía siendo absoluta, restándole importancia a este matiz,<sup>41</sup> pudiera interpretarse como un primer reconocimiento del principio de culpabilidad, entendida como reprochabilidad de la conducta.<sup>42</sup>

## V. TRIBUNALES *AD HOC*

En este apartado se analizará la evolución del concepto de crimen internacional conforme al desarrollo que se ha evidenciado en el TPIY y en el TPIR (conjuntamente tribunales *ad hoc*).<sup>43</sup> Se utilizará la misma metodología empleada en los apartados anteriores, se iniciará con una interpretación de los estatutos que les dan vida a estos organismos internacionales y se complementará con la jurisprudencia que los interpreta y desarrolla. Con respecto a la jurisprudencia, es importante señalar que los razonamientos no siempre se vinculan de forma directa y precisa con los hechos que se consideran comprobados, por lo que el análisis tiene un margen de discrepancia que debe considerarse en las conclusiones.

---

<sup>40</sup> El texto en inglés es más preciso, y la redacción, menos confusa. Señala que la persona tuviera la posibilidad de elegir entre realizar o no la conducta desde una perspectiva moral: “The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him”.

<sup>41</sup> Quero García, Alberto Ulises, “Principio IV”, en Dondé Matute, Javier (coord.), *Los principios de Núremberg: desarrollo y actualidad*, Inacipe, 2015, p. 171.

<sup>42</sup> Zafarroni, Eugenio Raúl *et al.*, *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa, 2013, pp. 487 y 488.

<sup>43</sup> Mettraux, Guénaél, *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford University Press, 2005 (Este libro contiene un análisis más detallado de los elementos de los crímenes internacionales, tal como fueron desarrollados e interpretados por los tribunales *ad hoc*).

El Estatuto del TPIY<sup>44</sup> comienza la parte de derecho penal sustantivo estableciendo la tipificación de los crímenes internacionales de su competencia. El artículo 2o. establece los crímenes de guerra correspondientes a las graves violaciones a los convenios de Ginebra de 1949, el artículo 3o. tipifica los crímenes de guerra correspondientes a las leyes y costumbres de guerra, el genocidio se encuentra en el artículo 4o. y los crímenes de lesa humanidad en el artículo 5o.

El artículo 2o. tiene la peculiaridad de que establece que el TPIY tiene “competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen...”.<sup>45</sup> De esta manera, se establecen dos formas de intervención dentro de la descripción típica.

El artículo 4o. establece una especie de “parte general” exclusivamente aplicable para el genocidio. El párrafo 3 señala que “serán punibles los actos siguientes: a) El genocidio; b) La conspiración para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio”.

La redacción no es clara, pues establece lo que aparentemente es una autoría directa en el inciso a), delitos autónomos vinculados a ésta en los siguientes dos incisos, la tentativa y la complicidad en los últimos dos. Esta es la misma fórmula que se empleó en el artículo III de la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio. La diferencia es que este tratado no prevé formas de intervención diversas, como sí lo hace el Estatuto del TPIY.

En efecto, el artículo 7o. establece las formas de intervención en su primer párrafo: “La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”.

Como puede verse, hay disposiciones redundantes y superfluas. El ordenar se encuentra en el artículo 2o. y en el artículo 7o. del Estatuto del TPIY. Si se entiende “la comisión” como referencia al autor material, entonces la primera hipótesis del párrafo 3 del artículo 4o. relativa a la comisión del genocidio parece innecesaria. En este mismo precepto, los verbos “incitar” e “instigar” parecen intercambiables.

El artículo 7o., párrafo 3, establece la responsabilidad del superior jerárquico con los elementos que se identificaron por los tribunales anterior-

<sup>44</sup> Estatuto del TPIY, UNSC Resolución 827, 25 de mayo de 1993.

<sup>45</sup> Estatuto TPIY, artículo 2o, párrafo 1.

res, sobre todo en el caso *Yamashita*. Se requiere que el superior supiera o “tenía razones para saber” que los subordinados iban a cometer o estaban cometiendo algún crimen internacional y no lo impidió o, en su momento, sancionó.

Se repite la fórmula de que el cargo oficial no exime de la responsabilidad ni será considerado para atenuar la pena.<sup>46</sup> Las órdenes del superior jerárquico tampoco serán consideradas como una excluyente, pero el TPIY podrá considerarlas para atenuar la pena si “lo estima conforme a la justicia”.<sup>47</sup>

Desde la perspectiva de la doctrina judicial, las aportaciones de la Sala de Apelaciones en *Tadic* son fundamentales, ya que establecieron la base del análisis en los casos siguientes. Se parte del cuestionamiento hecho por la defensa de que solamente las personas que materialmente cometían un crimen internacional podían ser consideradas penalmente responsables. Este punto fue rápidamente resuelto por la Sala, ya que el propio Estatuto del TPIY prevé formas de intervención distintas a la autoría material, así como el mandato de sancionar a todas las personas responsables de crímenes internacionales, que claramente se extiende más allá del autor material, sobre todo cuando hay varias personas que participan de una empresa criminal conjunta.<sup>48</sup>

Entonces, era necesario establecer bajo qué condiciones era posible sancionar a los otros autores. La Sala parte del principio de *nulla poena sine culpa* que interpreta en el sentido de que la responsabilidad penal es personal, por lo que las personas sólo deben responder por los hechos propios.<sup>49</sup> Este tipo de responsabilidad está compuesta de dos elementos: uno objetivo (*actus reus*) y otro subjetivo (*mens rea*). Estos son requisitos mínimos según la costumbre internacional.<sup>50</sup>

No obstante, se diluyó el concepto de elemento subjetivo, ya que en un caso extremo (como es la llamada empresa criminal conjunta III o ampliada) una persona es penalmente responsable de todos los crímenes que, aunque no formen parte del objetivo del plan común, se puedan prever

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, artículo 7o., fracción 2.

<sup>47</sup> *Ibidem*, artículo 7o., fracción 4 (“...but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal determines that justice so requires”).

<sup>48</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1 (Appeals Chamber), July 15, 1999, párrs. 189 y 190.

<sup>49</sup> *Ibidem*, párr. 186.

<sup>50</sup> *Ibidem*, párr. 194.

como una consecuencia natural de la empresa criminal conjunta, lo que la doctrina nacional denomina como “dolo eventual”.<sup>51</sup>

Aunque la doctrina ha criticado el uso del dolo eventual, se confirma que se requiere un elemento subjetivo mínimo. Se confirman igualmente los dos elementos básicos de la responsabilidad penal. Ahora bien, estos dos elementos de lo que la Sala de Apelaciones denominó como responsabilidad penal internacional permea a todo el sistema, tanto en el análisis de la conducta como crimen internacional como en las formas de intervención.

Desde la óptica de la doctrina, Werle y Jessberger han identificado los elementos del crimen internacional según el TPIY. Ellos consideran que se desarrolló un concepto dual de delito, que consiste en la comprobación de elementos objetivos y subjetivos a lo largo de tres niveles de análisis. Estos niveles comienzan con “la prueba del hecho global”, concepto que coincide con los elementos contextuales de cada crimen internacional. Estos elementos serían, por ejemplo, el conflicto armado o la población civil en el caso de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, respectivamente.

En un segundo nivel están los actos específicos que se comenten dentro del contexto (de un conflicto armado, por ejemplo). Nuevamente, estas conductas tienen elementos objetivos y subjetivos que los componen y que varían según el caso.

Por último, se encuentra el nivel de las formas de intervención, en donde se debe probar alguna de las hipótesis del artículo 7o. del Estatuto del TPIY. En este tercer nivel es donde el TPIY ha tenido mayor actividad, pues se han desarrollado figuras como la responsabilidad del superior jerárquico y la empresa criminal común.<sup>52</sup>

Estos autores no consideran que las excluyentes del crimen internacional formen parte del análisis. Esta postura resulta congruente si se considera que el marco jurídico básico elimina la posibilidad de hacer valer la orden del superior jerárquico y no se menciona ninguna otra. Aunque las Reglas de Procedimiento y Prueba permiten que las personas procesadas invoquen la eximente de coartada y trastorno mental,<sup>53</sup> todas las que fueron alegadas fueron rechazadas. Notablemente, está el caso de la coerción (*duress*), que fue considerada como una atenuante, pero no excluyente plena del crimen internacional.<sup>54</sup> El trastorno mental fue considerado como una excluyente si

<sup>51</sup> *Ibidem*, párr. 220.

<sup>52</sup> Werle, Gerhard y Jessberger, Florian, *Tratado de derecho penal internacional*, 3a. ed., México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 301.

<sup>53</sup> Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, IT/32, 14 de marzo de 1994, regla 67.

<sup>54</sup> *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22 (Appeals Chamber), October 7, 1997, párr. 19.

como consecuencia no podía comprender la naturaleza y condición de sus actos o la ilicitud de los mismos. En resumen, que fuera de tal magnitud que se eliminara el elemento subjetivo de la conducta.<sup>55</sup>

Más que un esquema de compuertas en las que se tiene que comprobar un elemento del delito para seguir a la comprobación del siguiente hasta llegar a la conclusión de que se está frente a un crimen internacional,<sup>56</sup> el esquema empleado por el TPIY es más bien el de un rompecabezas, en el que se deben juntar y poner en su lugar todos los elementos, sin importar la secuencia en la que esto ocurre; siempre y cuando al final se puedan comprobar los elementos objetivos y subjetivos de cada nivel de análisis.

Así, por ejemplo, en *Tadic* se comienza con el análisis de la existencia de un conflicto armado como “requisito general” común a las graves violaciones a los convenios de Ginebra (artículo 2o.), las violaciones a las leyes y costumbres de guerra (artículo 3o.) y a los crímenes de lesa humanidad.<sup>57</sup>

A continuación, se hace un análisis particular de cada uno de los requisitos generales de cada uno de estos crímenes. En el caso del artículo 2o., se estudia si las víctimas eran “personas protegidas”.<sup>58</sup> Para que el artículo 3o. sea aplicable era necesario que existiera un conflicto armado, que la conducta tuviera una conexión con dicho conflicto y que se hubiera realizado contra personas que no participan de las hostilidades.<sup>59</sup> Por último, los “requisitos generales” de los crímenes de lesa humanidad son, además del conflicto armado,<sup>60</sup> que la conducta vaya dirigida contra una población civil,<sup>61</sup> en el contexto de un ataque generalizado o sistemático.<sup>62</sup>

En el caso de los crímenes de lesa humanidad, se menciona que además del nexo entre el conflicto armado y la conducta desplegada es necesario que exista una intención discriminatoria<sup>63</sup> y una política en el contexto de la cual se lleva a cabo.<sup>64</sup>

---

<sup>55</sup> *Delalic et al.* (Appeals Chamber), February 20, 2001, párr. 582.

<sup>56</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *op. cit.*, p. 282. Zaffaroni señala que la teoría del delito es una serie de “compuertas” que deben abrirse una a una para permitir el ejercicio del poder punitivo. Debe verificarse que se dan todos los presupuestos por parte de la autoridad judicial para estar en posibilidades de aplicar el poder punitivo.

<sup>57</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1 (Trial Chamber), May 7, 1997, párr. 557-576.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párr. 578-608.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párr. 614-617.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párr. 627-634.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 635-645.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 645-659.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 650-652.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 653-655.

Es interesante que en esta primera sentencia no se hace un análisis de los elementos subjetivos requeridos para los crímenes de guerra previstos en los artículos 2o. y 3o.<sup>65</sup> En el caso de los crímenes de lesa humanidad, se requiere conocimiento del contexto amplio (que se presume es el conflicto armado y el ataque contra la población civil) en el que se comete la conducta.<sup>66</sup>

Como ya se adelantaba, el supuesto de la autoría material no fue objeto de mucho análisis, dado que se dio por hecho que los parámetros estaban claramente determinados. Mucho más problemático resultó establecer el alcance de las formas de intervención que no implicaban una participación directa en los hechos. Desde la perspectiva teórica, esta parte de la doctrina judicial es la más relevante, ya que establece los parámetros mínimos que se requieren para establecer un nexo entre la comisión y la persona procesada.<sup>67</sup>

La Sala de Primera Instancia se basó en la jurisprudencia de los juicios posteriores a Núremberg para establecer la base de la imputación, aunque admiten que dichos tribunales no hicieron un esfuerzo para fundamentar la culpabilidad de las personas procesadas.<sup>68</sup> No obstante, se llegó a la conclusión de que la responsabilidad penal se actualiza cuando con conocimiento se participa en la comisión del hecho criminal de forma directa y sustancial, ya sea antes, durante o después de la comisión (a través de alguna de las formas de intervención previstas en el Estatuto del TPIY). La persona también será penalmente responsable de todos los resultados que naturalmente ocurran como consecuencia de la conducta del autor material.<sup>69</sup>

En los párrafos siguientes se hace un recuento de las conductas particulares que se cometieron durante el conflicto, pero sin tomar en consideración los elementos objetivos y subjetivos de cada conducta.<sup>70</sup>

En conclusión, el esquema de Werle y Jessberger se aplicó en esta sentencia, comenzando con el nivel 1, después el nivel 2 y concluyendo con el nivel 3.

---

<sup>65</sup> *Kordic and Cerkez (Appeals Chamber)*, December 17, 2004, párr. 311 (En este caso posterior se menciona que se requiere conocimiento (*knowledge*) de la existencia del conflicto armado).

<sup>66</sup> *Prosecutor v. Tadic, op. cit.*, párr. 656.

<sup>67</sup> *Ibidem*, párr. 673.

<sup>68</sup> *Ibidem*, párr. 674.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 692.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párrs. 693 *et seq.*

Este orden de los elementos no parece ser casualidad, pues en *Celebici* también se parte del análisis de contexto de conflicto armado.<sup>71</sup> Posteriormente, se señalan los elementos de las formas de intervención, aunque cabe notar que en este caso ya se hace la distinción entre *actus reus* y *mens rea*.<sup>72</sup>

Es notorio el estudio de la responsabilidad del superior jerárquico, ya que se desglosan los elementos de esta forma de intervención. En primer lugar, se requiere: *a)* la existencia de una relación de supra-subordinación; *b)* el superior tenía conocimiento o debía haber tenido conocimiento de que la conducta criminal estaba por cometerse o ya se había cometido, y *c)* el superior no tomó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o sancionar la conducta.<sup>73</sup>

En este caso se aclara que el segundo de los elementos es el elemento subjetivo de la forma de intervención,<sup>74</sup> por lo que los otros dos constituirían los elementos objetivos de la responsabilidad del superior jerárquico.

Por último, se analizan los elementos de las conductas subyacentes, en donde aparece por primera vez la postura dualista. Se señala, citando jurisprudencia de los Estados Unidos, que “es un principio general de derecho que para establecer la responsabilidad penal se requieren dos elementos”.<sup>75</sup> En el análisis sobre homicidio se deja claro que el *actus reus* son los elementos objetivos de la conducta, en particular el acto físico que se lleva a cabo para privar de la vida.<sup>76</sup> Por su parte, el elemento subjetivo es la intención de privar de la vida o lesionar seriamente, sin consideración por la vida de la persona.<sup>77</sup>

En este caso tampoco se sigue el orden establecido por Werle y Jessberger, aunque el análisis dualista ya está presente en todos los niveles. Estos autores proponen un sistema lógico y ordenado, que va de lo general a lo particular, y que se concreta con la forma de intervención aplicable al caso. Sin embargo, esta secuencia no se evidencia en la jurisprudencia, por lo que lejos de tratarse de un sistema de compuertas, se confirma un sistema parecido a un rompecabezas.

<sup>71</sup> *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, Case No. IT-96-21 (Trial Chamber), November 16, 1998, párrs. 182-192.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párr. 326.

<sup>73</sup> *Ibidem*, párr. 346.

<sup>74</sup> *Ibidem*, párrs. 383-393.

<sup>75</sup> *Ibidem*, párrs. 424 (*It is apparent that it is a general principle of law that the establishment of criminal culpability requires an analysis of two aspects.*).

<sup>76</sup> *Ibidem*, párr. 424.

<sup>77</sup> *Ibidem*, párr. 439.

Es importante notar que el método dualista también fue empleado para analizar los elementos del genocidio. El elemento objetivo es la comisión de alguna de las conductas descritas en el tipo penal. El elemento subjetivo es la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.<sup>78</sup> El “requisito general” no se encuentra expresamente mencionado en el tipo penal, pero se puede inferir del carácter masivo y sustancial de la regulación que tiene su antecedente en la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio.<sup>79</sup>

Por su parte, el Estatuto del TPIR establece una estructura similar a la del TPIY. Comienza con la tipificación de los crímenes internacionales: genocidio (artículo 2o.), crímenes de lesa humanidad (artículo 3o.) y crímenes de guerra constitutivos de violaciones al artículo 3o. común a los convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II de los convenios (artículo 4o.). Asimismo, se establecen las formas de intervención y la negativa de considerar el cargo oficial y las órdenes del superior jerárquico como una excluyente de responsabilidad, aunque en el caso de las órdenes del superior jerárquico es posible considerar la atenuación de la pena por consideraciones de justicia.

La redacción es casi idéntica a la del Estatuto del TPIY, por lo que los comentarios que se hicieron en su momento son igualmente aplicables a este instrumento internacional. En cuanto a las diferencias, cabe destacar el encabezado del artículo 3o., que modifica el contexto en el que se debe cometer un crimen de lesa humanidad; como consecuencia, se modifican los “requisitos generales de aplicación”. En esta nueva redacción se elimina la necesidad de que haya un conflicto armado, lo cual se sustituye por el ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y se hace patente la intención discriminatoria, al señalar que las conductas se cometen “por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas”.

También debe señalarse que los crímenes de guerra que se cometen son únicamente en el contexto de un conflicto armado no internacional, a diferencia del TPIY, que tenía una competencia material, que incluía crímenes de guerra en el contexto de un conflicto armado internacional.

En este momento es importante realizar un apunte metodológico. Los tribunales *ad hoc* tuvieron mucha interacción, precisamente por la similitud en la redacción de sus instrumentos constitutivos. Por ejemplo, en *Akayesu* se utilizó el mismo concepto de responsabilidad penal para formas de inter-

<sup>78</sup> *Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10 (Trial Chamber), December 14, 1999, párr. 62.

<sup>79</sup> *Ibidem*, párr. 82.

vención no directas que en *Tadic*.<sup>80</sup> Como consecuencia, se abordará el análisis de la estructura de *Akayesu*, por ser la primera sentencia internacional por genocidio en la historia, y se abordarán temas particulares que abonen al estudio planteado, en el entendido de que los demás temas se analizaron al igual que el TPIY, y no hay aportaciones adicionales que se deban hacer. No obstante, hay temas relevantes que fueron abordados con mayor profundidad por el TPIR que su contraparte. Destaca la discusión respecto de los bienes jurídicos tutelados. En la dogmática penal nacional es un componente esencial del juicio de tipicidad,<sup>81</sup> consecuentemente, si existe un reconocimiento a nivel internacional habrá que señalarlo y vincularlo con el concepto de crimen internacional.

Después de realizar un recuento bastante amplio de los hechos posiblemente constitutivos de crímenes internacionales, el TPIR inicia el análisis de las disposiciones legales aplicables. En primer lugar, analiza la posibilidad de imputar distintos crímenes derivados de los mismos hechos, en lo que constituiría un concurso.<sup>82</sup> Se continúa con un análisis de las formas de intervención.<sup>83</sup> Concluye con un análisis del crimen de genocidio,<sup>84</sup> crímenes de lesa humanidad<sup>85</sup> y crímenes de guerra.<sup>86</sup>

Esta estructura es la misma que se presenta en los casos del TPIY, lo cual confirmaría que en los tribunales *ad hoc* adoptan un método de “rompecabezas”, en donde están presentes los elementos del crimen internacional, pero resulta irrelevante en qué orden se estudian. Aunque también es importante señalar que el orden preferido es (con base en el esquema de Werle y Jessberger): requerimientos generales, formas de intervención aplicables y conductas particulares. En efecto, aunque ya se haya detectado un patrón, hay casos en los que el orden de análisis se altera; por ejemplo, en *Musema* se inicia con un análisis de las formas de intervención (en particular, la responsabilidad del superior jerárquico).<sup>87</sup> A continuación, establecen las

---

<sup>80</sup> *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), September 2, 1998, párr. 477.

<sup>81</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *op. cit.*, pp. 368 y 369.

<sup>82</sup> *Prosecutor v. Akayesu*, *op. cit.*, párr. 461-470.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párr. 471-492.

<sup>84</sup> *Ibidem*, párr. 492-524.

<sup>85</sup> *Ibidem*, párr. 563-598.

<sup>86</sup> *Ibidem*, párr. 599-610.

<sup>87</sup> *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-T (Trial Chamber), January 27, 2000, párrs. 127-148.

bases del crimen de genocidio,<sup>88</sup> de los crímenes de lesa humanidad<sup>89</sup> y de los crímenes de guerra.<sup>90</sup>

Como ya se adelantaba, ante el TPIR se hicieron algunas afirmaciones con respecto al bien jurídico que pudieran contribuir a la formulación de un concepto de crimen internacional. En el contexto de determinar si es posible que haya un concurso de crímenes internacionales, se señaló en *Akayesu* que un factor determinante es la protección de intereses distintos, de tal forma que si una mayor protección implica condenar por dos o más crímenes distintos derivados de los mismos hechos, entonces no habría concurso.<sup>91</sup> Así, el genocidio protege a ciertos grupos de su exterminio, los crímenes de lesa humanidad protegen a la población civil de la persecución y los crímenes de guerra protegen a los no combatientes.<sup>92</sup>

Un aspecto relevante de las sentencias del TPIR es que se explica detalladamente la “parte general” que acompaña al tipo penal de genocidio. Para recapitular, el artículo 2 (3) del Estatuto del TPIR establece que serán sancionables el genocidio, la conspiración para cometer genocidio, la incitación pública y directa para cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio.<sup>93</sup>

De inicio, es importante aclarar que la jurisprudencia ha señalado que los primeros cuatro supuestos son crímenes autónomos. En particular, la incitación y la tentativa son crímenes inacabados. La complicidad, por su parte, es una forma de intervención.

La conspiración para cometer genocidio se define como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para cometer el crimen de genocidio, lo cual constituye el elemento objetivo.<sup>94</sup> Cabe notar que no es necesario que haya un acto posterior al acuerdo encaminado a realizar la conducta criminal.<sup>95</sup> Por su parte, al ser un crimen autónomo requiere de un elemento subjetivo que consiste en la intención de destruir total o parcialmente al grupo victimizado.<sup>96</sup>

<sup>88</sup> *Ibidem*, párrs. 149-198.

<sup>89</sup> *Ibidem*, párrs. 199-233.

<sup>90</sup> *Ibidem*, párrs. 234-288.

<sup>91</sup> *Prosecutor v. Akayesu, op. cit.*, párr. 468.

<sup>92</sup> *Ibidem*, párr. 469.

<sup>93</sup> *Estatuto del TPIR*, artículo 2o., fracción 3. (3).

<sup>94</sup> *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze* (Appeals Chamber), November 28, 2007, párr. 894.

<sup>95</sup> *Ibidem, Partly Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, párrs. 2-6.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párr. 894.

Por su parte, la incitación pública y directa para cometer genocidio tiene como elemento objetivo la realización de conductas que tengan como objetivo alentar o convencer a las personas para que cometan genocidio.<sup>97</sup> Por su parte, el elemento subjetivo es la intención de destruir (total o parcialmente) a alguno de los grupos protegidos.<sup>98</sup>

Aunque la complicidad es una forma de intervención, también debe desglosarse entre elementos objetivos y subjetivos. Así, el elemento objetivo se puede resumir en brindar asistencia, alentar, procurar medios o instigar a otras personas para que cometan genocidio. Al ser una forma de intervención, no se requiere el dolo específico del genocidio, sino solamente es necesario que la persona tenga conocimiento de que las personas que está auxiliando cometerán un genocidio.<sup>99</sup>

Por último, en la medida en la cual la conspiración y la incitación pública y directa para cometer genocidio son crímenes autónomos, pero inacabados, no se requiere que se consuma el crimen de genocidio.<sup>100</sup> Esto resulta evidente en el caso de la tentativa; pero no lo es tanto en el caso de la conspiración o de la incitación. La conspiración se agota en el momento en el que se concreta el acuerdo de voluntades.<sup>101</sup>

## VI. LOS PROYECTOS DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD (1951, 1954, 1991 Y 1996)

A partir de los Principios de Núremberg se generó un movimiento dentro de la Comisión de Derecho Internacional para codificar las normas de derecho penal internacional. El proceso sufrió de distintos obstáculos e interrupciones. Estos instrumentos internacionales nunca fueron probados ante los tribunales, pero la versión final, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad Internacional de 1996 (Proyecto 1996), influyó mucho en la determinación del derecho aplicable ante los tribunales *ad hoc*.<sup>102</sup>

<sup>97</sup> *Prosecutor v. Akayesu*, *op. cit.*, párr. 556.

<sup>98</sup> *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, *op. cit.*, párr. 677.

<sup>99</sup> *Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana* (Appeals Chamber), December 13, 2004, párr. 499.

<sup>100</sup> *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, *op. cit.*, párr. 720.

<sup>101</sup> *Prosecutor v. Žigiranyirazo* (Trial Chamber), December 18, 2008, párr. 389.

<sup>102</sup> *Prosecutor v. Akayesu*, *op. cit.*, párr. 475; *Prosecutor v. Tadić*, *op. cit.*, párrs. 622, 665 y 688; *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo*, *op. cit.*, párrs. 309, 338, 342, 378 y 395; *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1 (Trial Chamber), December 10, 1998, párrs. 231 y 232, 242 y 243; *Prosecutor v. Jelisić*, *op. cit.*, párr. 61 (estos son algunos de los ejemplos en donde se destaca la importancia del Proyecto 1996 para la determinación del derecho aplicable).

Es importante para este estudio, trazar la evolución del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, con objeto de tener más elementos para determinar cómo ha evolucionado el concepto de crimen internacional (a la par del desarrollo jurisprudencial, que ya se analizó),<sup>103</sup> concluyendo con el Proyecto 1996, que sirvió de antecedente directo del Estatuto de la CPI, y que puede ser considerado el reflejo de la costumbre internacional.<sup>104</sup>

Como ya se adelantaba, el Proyecto 1951 se basó en los Principios de Núremberg. Éste sufrió algunas revisiones en el Proyecto 1954, pero no hubo cambios sustanciales. Esta última versión consta de solamente cuatro artículos. Se señala que las conductas descritas son crímenes internacionales (artículo 1o.); se tipifican ciertas conductas que actualmente podrían constituir el crimen de agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (artículo 2o.). También se incorpora la conspiración, la instigación directa (no menciona que sea pública), la complicidad y la tentativa (artículo 2 (13)).

Se repite la regla consistente en que el cargo oficial no será una excluyente de responsabilidad (artículo 3o.). De igual forma, se retoma la noción de que la orden del superior jerárquico no puede ser una excluyente de responsabilidad si “tomando en consideración las circunstancias del momento, era posible no cumplir con la orden” (artículo 4o.). En los comentarios se aclara que si bien se cambió la redacción prevista en los Principios de Núremberg en el sentido de que las órdenes del superior jerárquico podrían constituir una excluyente si no había una opción moral (*moral choice*), no hubo intención en cambiar la norma jurídica subyacente.

Como se puede observar, no hay mayor aportación a lo que se desarrolló en otros ámbitos. Solamente es importante mencionar que los trabajos se suspendieron hasta que no se contara con una definición de agresión que fuera más precisa y se propusiera un estatuto para un tribunal penal internacional permanente.<sup>105</sup>

Como ya se observaba, no hubo cambios sustanciales hasta la década de los noventas, cuando se elabora el Proyecto 1991. Esta versión incluye avances importantes en sus dos primeros artículos. El primer artículo señala que los crímenes del Código son crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, lo cual apunta a la identificación de un bien jurídico tutelado. No es el momento de analizar si la paz y seguridad de la humanidad es un

<sup>103</sup> Sunga, Lyle S., “The Emerging System of International Criminal Law-Developments in Codification and Implementation”, *Kluwer Law International*, 1997, pp. 8-25 (para un resumen de la historia de los proyectos).

<sup>104</sup> *Prosecutor v. Furundzija*, *op. cit.*, párrs. 227 y 247.

<sup>105</sup> Sunga, Lyle S., *op. cit.*, p. 9.

bien jurídico precisamente identificado o si hay una correspondencia entre éstos y los crímenes tipificados; sin embargo, es importante señalar que la redacción ya apunta a que debe haber ciertos valores o intereses que deben protegerse.

El artículo 2o. señala que los crímenes internacionales pueden ser actos u omisiones. Si se considera que antes solamente se preveía la posibilidad de que estas conductas fueran solamente acciones, con el uso de palabras como “acto” (*act*), es evidente el cambio de postura.

El artículo 3 (2) señala de forma todavía muy rudimentaria algunas formas de intervención, como la ayuda o asistencia (*aiding and abetting*), la conspiración y la incitación directa a cometer alguno de los crímenes internacionales. De la redacción no se precisa si se trata de crímenes autónomos (o inacabados) o formas de intervención. En el artículo 3 (3) se regula la tentativa con cuatro elementos: 1) el propósito de cometer un crimen determinado; 2) un acto que implique el principio de comisión; 3) la posibilidad aparente de cometerlo, y 4) la no consumación por causas ajenas al autor.<sup>106</sup>

El artículo 4o. prevé una disposición novedosa, pues establece que los móviles no serán tomados en cuenta y son ajenos a la definición típica. Debe pensarse que por móvil no se entiende lo mismo que intención,<sup>107</sup> pues esto implicaría un retroceso en el desarrollo del derecho penal internacional, que desde sus inicios reconoció que todas las conductas deberían tener un elemento subjetivo, de conformidad con el principio de culpabilidad.

Por lo demás, se reiteran las normas relativas a las órdenes del superior jerárquico (artículo 11), cargo oficial (artículo 13) y responsabilidad de mando (artículo 12).

Quizá la parte más novedosa del Proyecto 1991 es la inclusión de crímenes internacionales que no se habían considerado previamente. Se incluyen tipos penales de agresión (artículo 15), amenaza de agresión (artículo 16), intervención (artículo 17), dominación colonial o extranjera (artículo 18), genocidio (artículo 19), *apartheid* (artículo 20), violaciones sistemáticas o masivas a los derechos humanos (que al parecer pretendía sustituir a los crímenes de lesa humanidad) (artículo 21), crímenes de guerra excepcionalmente graves (artículo 22), mercenarismo (artículo 23), terrorismo internacional (artículo 24) y crímenes ambientales (artículo 26).

El artículo 14 prevé la posibilidad de invocar causas de justificación “conforme a los principios generales del derecho y la naturaleza del crimen”. Asimismo, prevé la posibilidad de que el tribunal considere y evalúe

<sup>106</sup> *Proyecto 1991*, artículo 3o., comentario 5.

<sup>107</sup> *Ibidem*, artículo 4o., comentario único.

atenuantes posibles. Si bien se consideró importante establecer la posibilidad de que se analizaran causas de justificación, no hubo consenso en determinar con precisión cuáles serían aplicables.<sup>108</sup>

El Proyecto 1996 es el documento más acabado y que goza de mayor legitimidad pues recoge los comentarios que los Estados le hicieron al Proyecto 1991. Este ejercicio, como ya se adelantaba, fortalece la postura de que se trata de un documento que forma parte de la costumbre internacional.<sup>109</sup>

Antes de entrar al análisis del esquema normativo del Proyecto 1996 es importante mencionar que en las discusiones previas que se dieron en las revisiones de 1994 y 1995 se consideró la posibilidad de incluir un concepto general de crimen internacional, con la finalidad de establecer un punto de partida para la identificación de crímenes internacionales. Aunque hubo dificultades en incluir dicha definición, se pudo consensar que hubiera ciertos elementos que todo crimen internacional debería contener, como la gravedad, su carácter masivo y la afectación sobre el orden jurídico internacional.<sup>110</sup>

En los primeros artículos se reafirma la existencia del concepto de responsabilidad penal internacional, del cual derivan los crímenes internacionales propuestos en el Proyecto 1996.<sup>111</sup> Cabe mencionar que el amplio catálogo de conductas previstas en el Proyecto 1991 se redujo sustancialmente para incluir únicamente los crímenes internacionales nucleares (*core crimes*).

Estos crímenes pueden cometerse a través de acciones u omisiones.<sup>112</sup> Además, se enfatiza que solamente se considera la comisión dolosa de los mismos.<sup>113</sup> Esto se destaca en el artículo 2 (3), donde se incorporan las formas de intervención, muchas de las cuales establecen expresamente la comisión dolosa con el uso de términos como “intencionalmente” o “con conocimiento”.

Este precepto se redacta de forma similar a lo que ya se había incorporado en el Proyecto 1991. Se incluyen formas de intervención, como ordenar, auxiliar, la conspiración y la instigación pública y directa. Asimismo, se regula la tentativa con los mismos elementos que en el Proyecto 1991.<sup>114</sup>

<sup>108</sup> *Ibidem*, artículo 14, comentarios 1-3.

<sup>109</sup> Allain, Jean y Jones, John R. W. D., “A patchwork of norms: A commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”, 1997, 8 *Eur. J. Int'l L.* 100 (para un análisis crítico del Proyecto 1996).

<sup>110</sup> Boister, Neil y Cryer, Robert, *op. cit.*; véase Fletcher, George P., *op. cit.*

<sup>111</sup> *Proyecto 1996*, artículos 1o. y 2o.

<sup>112</sup> *Ibidem*, artículo 2o., comentario 7.

<sup>113</sup> *Ibidem*, artículo 2o., comentario 7.

<sup>114</sup> *Ibidem*, artículo 2o., fracción 3, comentario 17.

Del Proyecto 1991 al Proyecto 1996 se pueden identificar los siguientes cambios sustanciales: 1) se agrega autoría directa, ordenar y la incitación pública y directa a las formas de intervención;<sup>115</sup> 2) la orden del superior jerárquico se regula como una atenuante solamente, ya no como una excluyente de responsabilidad;<sup>116</sup> 3) el Proyecto 1991 incluía un esquema de punibilidades que se eliminó.

Sobre los dos últimos puntos es importante hacer algunas observaciones. Las órdenes del superior jerárquico se plantean como una atenuante, no como una excluyente de responsabilidad. No obstante, se redactó como un estado de necesidad, pues se debe ponderar el daño que producirá el no acatar la orden, que deberá ser igual o mayor. También se señala que el daño debe ser inminente.<sup>117</sup>

Las punibilidades se habían omitido hasta el Proyecto 1991, pues resultaba problemático establecer consensos. No obstante, su eliminación en el Proyecto 1996 se sustituyó con una regulación novedosa, que implicaba establecer parámetros para la aplicación de penas. Esto es un rudimentario reconocimiento al principio de proporcionalidad que se basa en el tipo y gravedad del crimen internacional.<sup>118</sup> En los comentarios se precisa que los factores que deben considerarse son la preparación y la comisión con especial crueldad o barbarie.<sup>119</sup>

Por último, se puede destacar que la responsabilidad del superior jerárquico curiosamente se considera en dos partes. Primero como una omisión derivada del artículo 2 (3) (c) y, posteriormente, con los elementos propios ya considerados previamente en el artículo 6o.

No se regulan las excluyentes de responsabilidad. Simplemente se menciona que se aplicarán conforme a “principios generales de derecho”.<sup>120</sup> No obstante, en los comentarios se mencionan la legítima defensa,<sup>121</sup> la coerción,<sup>122</sup> la necesidad militar<sup>123</sup> y el error de hecho.<sup>124</sup>

---

<sup>115</sup> *Ibidem*, artículo 2o. Cabe notar que se agrega que la incitación pública y directa; antes solamente se requería que la incitación fuera pública.

<sup>116</sup> *Ibidem*, artículo 5o.

<sup>117</sup> *Ibidem*, artículo 3o., comentario 5.

<sup>118</sup> *Ibidem*, artículo 3o.

<sup>119</sup> *Ibidem*, artículo 3o., comentario 3.

<sup>120</sup> *Ibidem*, artículo 14.

<sup>121</sup> *Ibidem*, artículo 14, comentario 7.

<sup>122</sup> *Ibidem*, artículo 14, comentarios 9 y 10.

<sup>123</sup> *Ibidem*, artículo 14, comentario 11.

<sup>124</sup> *Ibidem*, artículo 14, comentario 12.

Se menciona que las atenuantes se aplicarán con base en los principios generales de derecho, para cuyo efecto se remiten los comentarios a la jurisprudencia de los juicios posteriores a Núremberg.

En términos generales, los proyectos no ofrecen información adicional para establecer un concepto de crimen internacional. El Proyecto 1996, que fue la última versión, y que además cuenta con la incorporación de los comentarios vertidos por los Estados, establece y confirma la existencia de elementos aislados, como el elemento subjetivo, la comisión a través de acciones u omisiones, las formas de intervención más comunes, la responsabilidad del superior jerárquico, las órdenes del superior jerárquico y la tipificación de los crímenes internacionales más aceptados. Como ya se ha visto, hay un escaso reconocimiento a las excluyentes de responsabilidad y a las atenuantes; aunque en el tema de las punibilidades se empieza a formar un concepto de culpabilidad. No obstante, sería aventurado proponer una definición de crimen internacional con base en estos elementos, sobre todo cuando la propia Comisión de Derecho Internacional prefirió retirar su propia propuesta.

## VII. CONCLUSIONES

A manera de conclusión se identificarán las contribuciones más relevantes para el futuro de la teoría del crimen internacional derivadas de la presente indagatoria.

Es importante señalar que desde el Tribunal de Núremberg se descartó la posibilidad de establecer sanciones colectivas en favor de la responsabilidad penal individual. Esto tuvo como consecuencia un primer acercamiento a un concepto de crimen internacional con tres elementos: 1) conducta, 2) tipicidad, y 3) forma de intervención.

Este esquema tripartito se confirma en los juicios posteriores a Núremberg, donde se agrega un elemento adicional, que es el conocimiento. Es importante señalar que si bien el elemento subjetivo no se ubicó propiamente como parte de la conducta, siempre quedó claro que era indispensable para que existiera un crimen internacional. Esto se confirmó en *Tamashita* y en los demás casos donde se analizaron formas de intervención que se alejaban de la comisión material de la conducta.

A pesar de que desde sus inicios se rechazó la responsabilidad colectiva, en el Tribunal de Núremberg y en los juicios posteriores a Núremberg ya se empezaba a generar un concepto de responsabilidad grupal en donde un individuo era penalmente responsable, pero siempre actuaba en combina-

ción con otras personas. Esta noción culminaría con la figura de la empresa criminal conjunta ante el TPIY.

También es importante señalar que se empieza a gestar un concepto de culpabilidad incipiente, vinculado a la idea de reprochabilidad de la conducta. Esto se ve en los Principios de Núremberg y con el caso *Tadic*.

En *Tadic* se desarrolla el concepto de *nullum crimen sine culpa*, aunque referido a la necesidad de establecer un elemento subjetivo. De ahí deriva, por primera vez, el análisis binario de crimen internacional: *actus reus* y *mens rea*. En la jurisprudencia del TPIY este último elemento no está integrado solamente por el conocimiento, sino también por la intención de cometer la conducta criminal.

A partir de *Akayesu*, se pueden empezar a identificar ciertos bienes jurídicos, que tradicionalmente forman parte del juicio de tipicidad, pero que en el TPIR se vuelven indispensables para analizar el concurso de crímenes.

En los proyectos hay otros elementos que paulatinamente se van incorporando al concepto de crimen internacional: la posibilidad de cometer un crimen a través de las omisiones, la tentativa, la reiteración de un concepto incipiente de bien jurídico tutelado e indicios de la existencia del principio de proporcionalidad para la determinación de las penas aplicables.

En todos los casos destaca la ausencia de excluyentes de responsabilidad. Un análisis más profundo y detallado de éstas podría contribuir a establecer un concepto de crimen internacional al dejar claramente establecido cuándo no se actualiza éste.

Aunque la doctrina citada ha intentado establecer diversos esquemas para identificar los elementos y niveles de análisis, éstos no se confirman con el estudio de la doctrina judicial. Es correcto, como afirman Werle y Jessberger que se ha desarrollado (principalmente a raíz de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*) un esquema de elementos objetivos y elementos subjetivos en tres niveles. Sin embargo, no hay evidencia de que se haya analizado de forma ordenada y sistemática en lo que se ha denominado un sistema de compuertas.

Aunque los elementos han sido correctamente identificados, se propone pensar en un sistema de rompecabezas, donde no es importante identificar con qué elementos del crimen internacional debe iniciarse el análisis (elementos contextuales, conductas en particular o formas de intervención), siempre y cuando al final se puedan verificar los tres niveles de análisis, con sus respectivos elementos objetivos y subjetivos. Cada tribunal podrá libremente decidir por dónde iniciar, continuar y concluir su análisis del crimen internacional, según las circunstancias del caso.

## CAPÍTULO QUINTO

### EL VALOR DE LOS TRIBUNALES *AD HOC* DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RUANDA Y SU APORTACIÓN JURISPRUDENCIAL AL TRABAJO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Mónica ROCHA HERRERA

#### I. INTRODUCCIÓN

Este artículo defiende la legalidad y legitimidad del origen y competencia de los tribunales *ad hoc* de la ONU para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), cuyos detractores equiparan con las violaciones a los principios de legalidad *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege*, que los tribunales internacionales militares de Núremberg y de Tokio de 1946 cometieron. No hay sustento legal para afirmar que los tribunales *ad hoc* violaron estos principios, porque los crímenes internacionales de su competencia ya habían alcanzado el estatus de fuente de derecho internacional en la costumbre internacional, y por tanto obligatorios en su observancia. Para ello, se ofrece amplia autoridad en derecho positivo internacional y consuetudinario, *opinio juris*, práctica de los Estados y jurisprudencia internacional, que avala que tanto el genocidio como los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra ya eran parte de la costumbre internacional previamente a la adopción de los tribunales *ad hoc* de la ONU en los años noventa del siglo XX.

Se argumenta que la creación de estos tribunales por el Consejo de Seguridad de la ONU es legal y legítima, y no meramente un acto político o de fuerza de este órgano ejecutivo, encargado del restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales en los capítulos V, VI y VII de la Carta de la ONU de 1945. La Carta, en el artículo 29, delega facultades al Consejo de Seguridad a “crear los organismos subsidiarios que estime necesarios para

el desempeño de sus funciones”, lo cual incluye organismos jurisdiccionales al no haber mención en contrario, por lo que el nacimiento de los tribunales *ad hoc* debe su existencia no sólo a la adopción de sus estatutos, sino a las facultades ejercidas por el Consejo de Seguridad en el artículo 29 de la Carta de la ONU; es decir, de un tratado internacional que data de 1945. Además, son fruto de dos resoluciones del Consejo de Seguridad,<sup>1</sup> cuyas decisiones son obligatorias para los Estados miembros de la Carta, como lo mandata el artículo 25, que menciona que los Estados miembros de la ONU “convienen en aceptar y cumplir [sus] decisiones”, por lo que la creación de los tribunales *ad hoc* está sustentada en derecho positivo internacional.

Por otro lado, se destaca el valor incuestionable de la jurisprudencia internacional producto del trabajo de los tribunales *ad hoc* de la ONU en la construcción y desarrollo del derecho internacional penal en la responsabilidad penal individual y castigo penal de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Se hace un análisis de la jurisprudencia relevante en la *ratione materiae* de los tribunales *ad hoc* de la ONU, a decir, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y su aplicación en el trabajo de la CPI. Esta última, que sin estar obligada en su estatuto a retomar jurisprudencia de otros tribunales, lo hace constantemente citando y absorbiendo consistentemente el trabajo judicial de estos tribunales, porque al hacerlo invoca autoridad en derecho positivo, y en muchos casos, consuetudinario, así como principios de derecho internacional.

## II. CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES *AD HOC* PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RUANDA

Los tribunales penales internacionales de la ONU para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), surgidos durante la década de los noventa del siglo XX, en 1993 y 1994, respectivamente, representaron significativos avances en la implementación e interpretación del derecho internacional penal desde lo acontecido en los tribunales de Núremberg y Tokio en 1946. Los tribunales *ad hoc* de la ONU, como también se les conoce a estos tribunales internacionales creados conforme a la competencia del Consejo de Seguridad en la Carta de la ONU, fueron las primeras instituciones internacionales de la posguerra fría que incorporaron la responsabilidad penal del individuo por los crímenes cometidos durante la guerra en la ex Yugoslavia (1992-1995) y el genocidio en Ruanda (1994).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> TPIY Res. 827/1993; TPIR Res. 855/1994.

<sup>2</sup> Roper, Steven D. y Barria, Lilian A., *Designing Criminal Tribunals*, Ashgate, UK, 2006.

El Consejo de Seguridad de la ONU, en su resolución 827 (1993), creó el TPIY, siendo el primer tribunal internacional penal desde el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, así como del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente, apenas terminada la Segunda Guerra Mundial. Su mandato fue el enjuiciamiento de las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, graves violaciones de los convenios de Ginebra de 1949, así como de las transgresiones de las leyes y costumbres de la guerra cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.<sup>3</sup> Apenas un año más tarde, el Consejo de Seguridad, en su resolución 855 (1994), creó el TPIR con jurisdicción para enjuiciar a las personas responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, así como de las violaciones del artículo común tercero de los convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II de 1977 Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 cometidos por personas naturales en la primavera de 1994 en Ruanda y por nacionales ruandeses en Estados fronterizos.<sup>4</sup>

La creación del TPIY y el TPIR fueron seguidos de un *impasse* en la agenda internacional producido por la Guerra Fría, que había frenado todo intento serio de consolidación de un tribunal internacional penal. De hecho, para que se volviera a hablar de esto tuvo que caer el bloque soviético y sus Estados satélites en 1989, para que en el seno de la ONU se retomara el proyecto hacia una jurisdicción penal internacional permanente que derivaría en la fundación de la Corte Penal Internacional (CPI), lo que permitió en tanto, desbloquear la parálisis del Consejo de Seguridad de la ONU, para que este órgano ejecutivo ejerciera sus competencias conforme a la Carta de la ONU y creara los tribunales internacionales penales *ad hoc*, el TPIY y TPIR. El Consejo de Seguridad creó los tribunales *ad hoc*, o específicos, cuyo mandato, en el caso del primero, fue enjuiciar a los presuntos responsables de crímenes del *jus gentium* (*ratione materiae*) en los contextos de la Guerra de los Balcanes de 1992-1995 y, en el segundo, a los presuntos perpetradores del genocidio en Ruanda de 1994.

La creación de los tribunales *ad hoc* de la ONU ha significado un desarrollo monumental en los resultados de sus trabajos, y al mismo tiempo se han constituido en eslabones de un proceso muy largo de la comunidad internacional, que tuvo desde el inicio del siglo XX en su agenda la creación de una jurisdicción internacional penal, que fructificó en la adopción en 1998 del Estatuto de Roma, que dio vida a la CPI, un tribunal penal internacional con carácter permanente. La importancia de los tribunales *ad hoc*

<sup>3</sup> Estatuto del TPIY, 1993.

<sup>4</sup> Estatuto del TPIR, 1994.

ha sido enorme, y su jurisprudencia retomada y citada, así como en gran parte absorbida por la CPI en su quehacer jurídico.

### III. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y EL DEBATE SOBRE LA LEGALIDAD DE LOS TRIBUNALES *AD HOC*

Los tribunales *ad hoc*, el TPIY y el TPIR son muy importantes y cruciales en la construcción del trabajo de la CPI y de toda la disciplina del derecho internacional penal. Contrariamente a lo dicho por sus detractores y en un debate ya superado, los crímenes de la competencia de los tribunales *ad hoc* en sus estatutos no violaron los principios de legalidad (*nullum crime sine lege, nulla poena sine lege*), como fue el caso de los tribunales de Núremberg y de Tokio, pues los crímenes de la competencia de los tribunales *ad hoc*, es decir, genocidio, violaciones graves a los convenios de Ginebra de 1949, infracciones al DIH y crímenes de lesa humanidad, ya formaban parte de la costumbre internacional, esta última era fuente de derecho internacional primaria y obligatoria para los Estados, conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la ONU,<sup>5</sup> por lo que la prohibición de los crímenes de la competencia de los tribunales *ad hoc* de la ONU, TPIY y TPIR, ya existía de manera consuetudinaria antes de la adopción de los estatutos de estos tribunales.

#### 1. *El derecho internacional humanitario y la costumbre internacional*

Los crímenes de guerra están sustentados en el derecho internacional humanitario, que se integra por el edificio jurídico del derecho de Ginebra y del derecho de La Haya, hoy ya considerados costumbre internacional. La Corte Internacional de Justicia, en su *Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares*,<sup>6</sup> así lo determinó: “Se ha mantenido en el curso de esta Opinión Consultiva que estos principios y normas de derecho humanitario son parte de *jus cogens* como es definido en el artículo 53 de la *Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados* de mayo de 1969”.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Estatuto de la CIJ, 1945.

<sup>6</sup> CIJ, *Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, Legalidad de la Amenaza o del Uso de las Armas Nucleares*, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/93/093-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.

<sup>7</sup> ICJ, *Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, Legalidad de la Amenaza o del Uso de las Armas Nucleares*, cit., párr. 83.

Por lo que hay autoridad para afirmar que la *ratione materiae* o crímenes internacionales de la competencia de los tribunales *ad hoc* en sus estatutos son parte de la costumbre internacional porque en el caso de los convenios de Ginebra de 1949 y de las leyes de la guerra que constituyen lo que se conoce como derecho internacional humanitario (DIH), ha sido la Corte Internacional de Justicia de la ONU la que ha asumido que el DIH forma parte de la costumbre internacional, siendo obligatoria su observancia.<sup>8</sup> Ello es claro cuando la Corte Internacional de Justicia dice que “respetar los Convenios [de Ginebra de 1949] y más aún, asegurar el respeto de éstos en todas las circunstancias no es una obligación que se derive sólo de los Convenios en sí, pero de los principios generales de derecho humanitario de los cuales los Convenios se constituyen en su expresión específica”.<sup>9</sup>

En esta misma sentencia sobre *Nicaragua vs. Estados Unidos de América*, la Corte Internacional de Justicia se ocupó de analizar el estatus consuetudinario del artículo común tercero a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, lo cual es relevante para entender la legalidad de su utilización como fuente de derecho del TPIR. La Corte Internacional de Justicia afirmó con relación a los conflictos armados de carácter no internacional, que el artículo común tercero a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 define algunas de las normas aplicables a estos conflictos armados. No habiendo duda de que en la sucesión de hechos en estos conflictos internos, como sin duda lo constituyó el conflicto armado de Ruanda, “estas normas se constituyen en los criterios mínimos (*minimum yardstick*), que, sumados a otras normas aplicables, éstas reflejan, en opinión de la Corte, lo que se conoce como consideraciones elementales de humanidad (*elementary considerations of humanity*)”.<sup>10</sup>

El Estatuto del TPIR incluyó también como fuente de derecho en su artículo 4o. el Protocolo II de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, cuyo estatus como fuente de derecho consuetudinario, hay que decirlo, no es contundente, al no haber suficiente autoridad para afirmar lo contrario, por lo que su tratamiento es del de un tratado internacional que, y de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, requiere adhesión previa del Estado concerniente, en este caso a Ruanda, que lo ratificó en 1984. Su inclusión en el Estatuto del TPIR en consecuencia no viola los principios generales de derecho *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege*.

<sup>8</sup> CIJ, *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua, Nicaragua vs. Estados Unidos de América*, 1986, párrs., 215, 218, 220.

<sup>9</sup> CIJ, *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua, Nicaragua vs. Estados Unidos de América*, 1986, párr. 220.

<sup>10</sup> *Ibidem*, párr. 218.

## 2. *La prohibición del genocidio como costumbre internacional*

Respecto al crimen de genocidio, desde muy temprano, después de la adopción de la Convención que Previene y Castiga el Crimen de Genocidio de 1948, la Corte Internacional de Justicia emitió una opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención que Previene y Castiga el Genocidio (1951), donde de forma autoritativa afirmó su prohibición, que es obligatoria incluso para los Estados que no hubieran ratificado la Convención.<sup>11</sup> En esta opinión consultiva, el máximo tribunal explicó la naturaleza barbárica de este crimen, que

...significa la negación del derecho de existencia de grupos de seres humanos, una negación que golpea a la conciencia humana... siendo la primera consecuencia de este razonamiento que los principios de la Convención son valores reconocidos para las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados incluso si no han emitido su aprobación.<sup>12</sup>

Lo anterior se reiteró en una decisión más reciente, al decir que la prohibición del crimen de genocidio es considerada como parte de la costumbre internacional, y se constituye en una norma *jus cogens*.<sup>13</sup> Por lo que para los tiempos en que el genocidio apareció en ambos estatutos (TPIY, 1993 y TPIR, 1994) el crimen era ya punible conforme a la costumbre internacional, siendo replicada su definición de manera idéntica a aquella del artículo II de la Convención de Genocidio de 1948.<sup>14</sup>

## 3. *Los crímenes de lesa humanidad y la costumbre internacional*

Los crímenes de lesa humanidad aparecieron formalmente en los juicios de Núremberg, en la Carta de Londres de 1945. Sin embargo, el término “crímenes de lesa humanidad” es un concepto que data de la Declaración de 1915 de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, que

<sup>11</sup> CIJ, *Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>13</sup> CIJ, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 2007, párr. 161.

<sup>14</sup> *Sala de Primera Instancia (2016), El Fiscal vs. Radovan Karadzic, Sentencia, La Haya, Caso No. IT-95-5/18-T*, disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement.pdf), párr. 539.

denunciaron la masacre del imperio otomano en contra de la población armenia en Turquía, a lo que denominaron como “un crimen en contra de la civilización y la humanidad”. Conforme a esa Declaración, se instaba a hacer responsables a todos los agentes implicados.<sup>15</sup> En los hechos no se hizo responsable a nadie, y tampoco esta categoría de crímenes fue incluida en el Tratado de Versalles de 1919, que en cambio sí incluía en su artículo 228 una provisión en materia de crímenes de guerra, aunque ésta estaba dirigida solamente a los militares alemanes. Sin embargo, desde la Primera Guerra Mundial se empezaron a utilizar más frecuentemente las expresiones “las leyes de la humanidad”, así como “crímenes u ofensas en contra de las leyes de humanidad”, para describir los ataques masivos en contra de la población civil durante las hostilidades, sobre todo cuando las potencias centrales y sus países aliados como Bulgaria y Turquía, violaban las leyes y costumbres de la guerra, así como las “elementales leyes de humanidad”. De hecho, en esta época los “crímenes en contra de las leyes de humanidad” empezaron a ser superpuestos a las violaciones del derecho de La Haya, es decir, a las leyes y costumbres de la guerra. Sería hasta los tribunales internacionales militares de Núremberg y de Tokio cuando la categoría de crímenes de lesa humanidad emergería de forma independiente en la Carta de Londres de 1945, que contenía en su artículo 6o. los crímenes de la competencia de ese tribunal.

Sin duda, el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad encontró sustento legal en su origen en el DIH, específicamente en los preámbulos de las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 respectivamente.<sup>16</sup> Siendo su núcleo eminentemente consuetudinario.<sup>17</sup> La Convención de La Haya de 1907 ya se expresaba en estos términos:

Mientras que se forma un Código más completo de las Leyes de la Guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Bassiouni, Cherif M., *International Criminal Law*, 2a. ed. Crimes, NY, Transnational Publishers Inc., 1999, pp. 536 y 537.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 522.

<sup>17</sup> Dinstein, Yoram, “Crimes Against Humanity After Tadić”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13 (2), 2000, pp. 373-393.

<sup>18</sup> Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, CICR, 1992, pp.18 y 19.

El párrafo anterior vino a conocerse como la *Cláusula Martens*, en referencia al diplomático ruso que la formuló. La *Cláusula Martens* fue retomada medio siglo después en el derecho de Ginebra, en los cuatro convenios de 1949 y en los dos Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios, como se puede apreciar del artículo 2o. del Protocolo I: “En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.<sup>19</sup>

De conformidad con lo anterior, es posible decir que el fundamento legal en la historia de los crímenes de lesa humanidad se encuentra en los preceptos del DIH, que prohíbe los ataques a la población civil.<sup>20</sup> De hecho, el fiscal Robert Jackson escribió en su reporte al presidente de los Estados Unidos de América en 1945, que “estos principios (crímenes de lesa humanidad) han sido asimilados como parte del derecho internacional desde 1907”,<sup>21</sup> claramente refiriéndose a los convenios de La Haya de 1899 y 1907, respectivamente.

En la nueva categoría de crímenes, los de lesa humanidad, la población civil se reconoció como el bien jurídico protegido, cuyos ataques no sólo de tipo militar encontraron sustento en su prohibición consuetudinaria; por lo que los ataques o conductas criminales en contra de la población civil, la Carta de Londres de 1945 los definió de forma separada a los crímenes de guerra como crímenes de lesa humanidad en el asesinato, exterminio, deportación o traslado forzoso de la población, así como en su persecución por motivos diversos e inaceptables, en los delitos sexuales y otras conductas inhumanas, conductas que iban en contra de los principios elementales de humanidad, que eran masivos y constantes en contra de la población civil,<sup>22</sup> población civil que durante la Segunda Guerra Mundial era hecha blanco a menudo, aunque en otras ocasiones su sufrimiento no era menor al ser parte de los efectos devastadores en tan cruentos enfrentamientos. El carácter masivo y constante de los ataques se consideró desde muy temprano, parte integral del crimen en su generalidad y/o sistematicidad, que con conocimiento o intencionalidad en su comisión tenía efectos catastróficos en la po-

---

<sup>19</sup> Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

<sup>20</sup> Bassiouni, Cherif, *op. cit.*, pp. 544 y 545.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 542.

<sup>22</sup> *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany.*

blación civil, al golpear la conciencia humana, porque se comprendió que en tanto se atacaba a la población se hacía víctima a la humanidad misma.

El principio de la humanidad como víctima de los crímenes de lesa humanidad, y de ahí su carácter universal en su prohibición fue rápidamente compartido en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) estableció que en tanto se cometen crímenes de esta naturaleza se ataca a la humanidad misma, como lo dijo en *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, citando al TPIY en *Erdemovic* explicándolo claramente: “lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”.<sup>23</sup> Su castigo es una obligación *erga omnes* porque, añade el CoIDH: “son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo”.<sup>24</sup>

El legado de los crímenes de lesa humanidad desde los juicios de Núremberg no sólo incorporó su prohibición consuetudinaria, sino que también agregó la imprescriptibilidad de éstos. Numerosas resoluciones de la Asamblea General de la ONU desde 1946, así como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968, que entró en vigor en 1970, así lo reconocieron. Dicha Convención, en su preámbulo, estableció que “es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional... el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”. Fue aún más explícita en su artículo 1 (b), al decir que dichos crímenes no eran privativos de tiempos de guerra, dando un paso más allá de Núremberg:

Que los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> CIDH, caso *Almonacid, Arellano y Otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf), p. 47, párr. 105.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Convención sobre la sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968.

Sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y el carácter consuetudinario en la prohibición de estos crímenes, la Corte Europea de Derechos Humanos fue desde temprano muy coherente para unirse a esta *opinio juris*, al grado que en opinión de Sánchez Montero,<sup>26</sup> a juzgar por los hallazgos de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, producto de una condena por crímenes de lesa humanidad impuesta por los tribunales de dicho país por hechos cometidos en 1979, la Corte fue enfática en la vigencia de los crímenes de lesa humanidad como normas de derecho internacional consuetudinario basadas en las leyes de humanidad y reafirmadas en el DIH y en el tribunal de Núremberg de 1946, haciendo su naturaleza obligatoria e imprescriptible para cuando se dieron los hechos:

El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945 (artículo 6 c). Si bien el Tribunal de Núremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial.<sup>27</sup>

En palabras de Sánchez Montero, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció la validez de la persecución *ex post facto* y consecuente condena impuesta a los responsables de crímenes de lesa humanidad en el caso, porque independientemente de si para la fecha de la comisión de los hechos los crímenes de lesa humanidad se hallaban tipificados como tales en el ordenamiento jurídico interno del Estado en cuestión, la vigencia consuetudinaria e imprescriptibilidad de dichos crímenes en el orden internacional era

---

<sup>26</sup> Sánchez Montero, Joan, “Corte Interamericana, Crímenes contra la Humanidad y Construcción de la Paz en Suramérica”, *ICIP Working Papers 2010/02*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona 2010, p. 66, disponible en: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/357317424.pdf>.

<sup>27</sup> CEDH, *Kolk y Kislyiy vs. Estonia*, sentencia del 17 de enero de 2006, p. 9, en Sánchez Montero, 2010, pp. 25 y 26.

incuestionable.<sup>28</sup> En otras palabras, para la Corte Europea fue irrelevante si el tipo penal de crímenes de lesa humanidad existía en la legislación doméstica del Estado cuando se cometieron los hechos. Lo que importaba era que los crímenes de lesa humanidad ya existían consuetudinariamente antes en derecho internacional, siendo además imprescriptibles, lo cual fue contundente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) también ha sido consistente en manifestarse sobre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad como normas *jus cogens*, así como en su imprescriptibilidad. Hay evidencia de ello. Como se lee de su Informe No. 28/92, del 2 de octubre de 1992, donde habla no sólo sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sino incluso de su incompatibilidad con las leyes de impunidad, de acuerdo con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>29</sup>

Dicho lo anterior, no es posible sostener que para cuando iniciaron sus trabajos los tribunales *ad hoc* de la ONU para la ex Yugoslavia y Ruanda en los años noventa del siglo XX, la prohibición universal de los crímenes de lesa humanidad no se constituyera en costumbre internacional, por lo que las salas de estos tribunales no hicieron más que reconocer lo que ya se sabía, que tanto en tiempos de paz como de guerra “existía una prohibición absoluta en atacar a los civiles de conformidad con la costumbre internacional”.<sup>30</sup> Que los crímenes de lesa humanidad como una categoría aparte de crímenes internacionales ya prohibían los ataques a la población civil, al ser “crímenes en contra de las leyes de humanidad que habían sido superpuestos a las violaciones del derecho de La Haya, es decir, a las Leyes y Costumbres de la Guerra que prohíbe los ataques a la población civil como costumbre internacional”.<sup>31</sup> Para cuando la CPI inició sus trabajos recogió este legado confirmando estos hallazgos.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Sánchez Montero, Joan, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>30</sup> TPIY, Sala de Apelaciones (2004) *El Fiscal vs. Tihomir Blaškić*, sentencia, La Haya, Case No. IT-95-14-A, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>, párr. 109.

<sup>31</sup> TPIY, Sala de Apelaciones (2004) *El Fiscal vs. Tihomir Blaškić*, sentencia, La Haya, Case No. IT-95-14-A, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>, párr. 107.

<sup>32</sup> CPI, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Situación en la República Centro Africana*, Caso. No. ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo de 2016, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_02238.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF).

#### IV. JURISDICCIÓN Y LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES *AD HOC*

La jurisdicción y competencia de los tribunales *ad hoc* ha sido también cuestionada; estos tribunales han sido acusados de ser el producto de la omnipotencia del máximo órgano político internacional, es decir, el Consejo de Seguridad de la ONU. Independientemente de consideraciones de tipo político, lo anterior jurídicamente no se sostiene, porque estos tribunales fueron creados como parte de las competencias que tiene el Consejo de Seguridad, que es el encargado de la paz y la seguridad internacionales en los capítulos VI y VII de la Carta de Naciones Unidas; conforme al artículo 29 de este mismo instrumento en el capítulo V, es competente para “establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones”, lo cual incluye todo tipo de organismos, incluidos los jurisdiccionales al no haber una mención en contra, por lo que la existencia de los tribunales *ad hoc* está legítimamente sustentada, no sólo en sus estatutos, que son producto de resoluciones del Consejo de Seguridad, sino de manera fundacional en el artículo 29 de la Carta de la ONU. Es decir, en derecho positivo representado por la propia Carta de la ONU, que entró en vigor en 1945, décadas antes de la creación de los tribunales *ad hoc*. Y al estar los Estados parte de la Carta, además, obligados a aceptar y obedecer las decisiones del Consejo de Seguridad, conforme lo dictamina el artículo 25. Por estas razones, es posible decir con certeza que la cuna de los tribunales *ad hoc* se gestó conforme a derecho internacional positivo y vigente, representando al mismo tiempo, y, a juzgar por sus resultados, como un gran avance y una enorme contribución en la delineación y fisonomía del derecho internacional penal como lo conocemos hoy en día.

La CPI heredó este legado, habiendo pulido los defectos de Núremberg y Tokio. Tomada del brazo del rico legado y de la abundante jurisprudencia producto del trabajo de estos tribunales *ad hoc*, cuyas decisiones han sentado derecho, precedentes que en mayor medida y sin estar obligada la CPI a tomarlos en cuenta, ha absorbido enormemente invocándolos constantemente. La CPI en forma conjunta con los tribunales *ad hoc*, TPIY y TPIR, así como de la mano de los tribunales híbridos, mixtos o internacionalizados que proliferaron en la primera década del siglo XXI, representan el rostro jurídico de la disciplina del derecho internacional penal y de su institucionalización. La justicia internacional ha incorporado tribunales híbridos, mixtos o internacionalizados, entre los que podemos nombrar a la Corte Especial para Sierra Leona (2002); las salas extraordinarias en las cortes de Camboya (2003); las salas especializadas de Kosovo y la Oficina del Fiscal

Especializado (2015); el Tribunal Especial para Líbano (2007); los paneles especiales para Crímenes Graves de Timor Oriental (hoy Timor Leste) (2000); las Salas de Crímenes de Guerra de la Corte del Estado de Bosnia Herzegovina (2005), y los Paneles del Reglamento 64, Jueces y Procuradores Internacionales de Kosovo (2000).

#### V. EL FIN DEL MANDATO Y LA CREACIÓN DEL MECANISMO DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

El TPIR y el TPIY cerraron sus puertas en 2015 y 2017, respectivamente, al haber completado su mandato de enjuiciar a los mayores perpetradores de los crímenes más graves del derecho internacional penal y derecho internacional humanitario durante el genocidio ruandés (1994) y de la guerra de los Balcanes (1992-1995), respectivamente. De 161 personas acusadas en la serie de conflictos armados de los Balcanes de los años noventa del siglo XX, noventa fueron sentenciados, diecinueve absueltos, trece casos transferidos a jurisdicciones domésticas en tribunales de las repúblicas balcánicas, 37 casos terminados y/o suspendidos, dos casos en proceso en el Mecanismo de los Tribunales Penales Internacionales de la ONU (MICT) y ningún fugitivo (UN ICTY, 2020). En el caso del TPIR, 93 individuos fueron acusados por genocidio y violaciones del derecho internacional humanitario cometidos en los terribles eventos bien establecidos como genocidio en Ruanda de abril a junio. De los acusados, 62 fueron sentenciados, diez transferidos a otras jurisdicciones, catorce liberados, dos decesos antes del juicio, quedando ocho fugitivos, de los cuales 3 han sido referidos al MICT y 5 a la jurisdicción ruandesa (UN MICT, 2020).

En 2010, el Consejo de Seguridad de la ONU creó el MICT como un tribunal residual que se encargaría de la captura y juicio de los tres fugitivos del TPIR y de finalizar los juicios de apelación de los últimos casos en desarrollo en el TPIY. Respecto al TPIY, sobresalen notablemente los casos del líder militar serbio bosnio Ratko Mladić y del autoproclamado presidente de la República de Sprska, Radovan Karadžić. La Sala de Primera Instancia en 2017 condenó a Mladić a cadena perpetua y en 2016, a Karadžić a cuarenta años de prisión, cuya sentencia fue cambiada a cadena perpetua en su juicio de apelación en 2019. Actualmente, el MICT está llevando a cabo la reposición del juicio en Stanišić & Simatović, así como el juicio de apelación de Ratko Mladić (UN MICT, 2020). Asimismo, al momento de escribir este ensayo, dos de los tres fugitivos más importantes bajo jurisdicción del MICT con respecto al TPIR han sido localizados. En el caso

de Félicien Kabuga, ha sido capturado y arrestado en Francia, y podrá ser extraditado a La Haya para su enjuiciamiento.<sup>33</sup> Con respecto a Agustín Bizimana, la fiscalía ha confirmado su deceso, que probablemente tuvo lugar en 2000 en la República Democrática del Congo, donde se ha confirmado el hallazgo de sus restos.<sup>34</sup>

## VI. *RATIONE MATERIAE* Y EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA Y DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

### 1. *Genocidio*

La prohibición del crimen de genocidio se encuentra establecida en el artículo 4o. del Estatuto del TPIY y en el artículo 2o. del Estatuto del TPIR, así como en el artículo 6o. del Estatuto de Roma de la CPI. La definición de genocidio en el TPIY, TPIR y en el CPI se retoma de la definición del crimen del genocidio en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 en su artículo II, al decir: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”.

Por lo que el genocidio es “perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial y religioso como tal”, y no contra grupos con otro tipo de identificación, como pueden ser grupos políticos o de género. Ello, porque la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, que acuñó el término de “genocidio”, lo definió en función de los horrores del holocausto nazi. Es decir, el genocidio significa estrictamente la liquidación intencional parcial o total de un pueblo con identificación exclusivamente nacional, étnica, racial y religiosa.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> ONU, MICT 13-38, Félicien Kabuga Hoja Informativa, 2020, disponible en: [https://www.irmct.org/sites/default/files/cases/public-information/cis-kabuga\\_en.pdf](https://www.irmct.org/sites/default/files/cases/public-information/cis-kabuga_en.pdf).

<sup>34</sup> ONU, “Fiscal del Mecanismo Serge Brammertz confirma la muerte del fugitivo Augustin Bizimana”, MICT, *Boletín de Prensa*, Oficina del Fiscal, La Haya, 22 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.irmct.org/en/news/20-05-22-mechanism-prosecutor-serge-brammertz-confirms-death-fugitive-augustin-bizimana>.

<sup>35</sup> Rocha Herrera, Mónica, “Modalidades de comisión del delito de genocidio y otros actos genocidas como la conspiración, la instigación pública y directa, la tentativa y la complicidad”, en Olásolo y Eirene, *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*.

El genocidio es entonces un crimen internacional de contornos jurídicos estrechos que incorpora sólo un delito cuyos actos están contenidos en los artículos 4 (2) del TPIY, 2 (2) del TPIR y 6 del Estatuto de Roma de la CPI. La definición de “genocidio” protege exclusivamente a grupos identificados por razones de pertenencia “nacional, étnica, racial o religiosa como tal”, lo que se constituye en el “grupo protegido”. El crimen de genocidio alude entonces a la destrucción del grupo “nacional, étnico, racial y religioso como tal”, y no a la destrucción de otros grupos con una identidad distinta. Igualmente, cuando un grupo es objeto de ataque, los elementos del crimen de genocidio deben evaluarse a la luz de la composición del grupo en lo específico y caso por caso.<sup>36</sup>

La definición de genocidio provee los actos o modalidades de la comisión de genocidio (*actus reus*) constitutivos de este crimen, que se reproducen fielmente de la Convención de Genocidio de 1948, tanto en los estatutos del TPIY y del TPIR, como en el Estatuto de Roma de la CPI:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Una persona puede ser responsable del crimen de genocidio si comete uno o más de los actos enumerados en los artículos 4 (2) del TPIY, 2 (2) del TPIR y 6o. del Estatuto de Roma de la CPI (*actus reus*), si lo hace con la intención de “destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal” (*dolus specialis*).<sup>37</sup> Respecto al aspecto intencional o doloso del crimen de genocidio, así como a los actos objetivos y materiales de éste, ubican al genocidio en un umbral de mayor gravedad dentro del derecho internacional penal.

Por otro lado, y a diferencia del artículo 6o. del Estatuto de Roma de la CPI, los estatutos del TPIY y del TPIR aún conservan en sus artículos 4o. (TPIY) y 2o. (TPIR), lo establecido en el tercer párrafo del artículo 2o. de la

---

*La contribución iberoamericana y el legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, vol. 9, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 399-424.

<sup>36</sup> TPIY, Sala de Primera Instancia, *El Fiscal vs. Radovan Karadzic*, sentencia, La Haya, Caso No. IT-95-5/18, 2016, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324judgement.pdf>, párr. 545.

<sup>37</sup> *Digest of ICTR and ICTY Appeals Chamber Judgments*, 2013, p. 3.

Convención de Genocidio de 1948. Es decir, los otros actos punibles de genocidio, siendo los siguientes (Estatuto, TPIY; Estatuto TPIR; Convención de Genocidio de 1948):

- a) El genocidio;
- b) La conspiración para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Los actos punibles anteriores ya no aparecen en el artículo 6o. del Estatuto de Roma de la CPI en la definición del crimen, siendo redefinidos e incluidos en el artículo 25 del Estatuto como formas de intervención penal en la responsabilidad individual.<sup>38</sup>

*Valor de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc de la ONU  
en el castigo del crimen de genocidio*

Los tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas contribuyeron mucho con su trabajo para entender cómo se comporta y qué aspecto tiene el genocidio en un proceso judicial. El TPIR es sin duda el tribunal con mayor número de casos relevantes, pues lo que pasó en Ruanda en 1994 significó la liquidación intencional del grupo protegido tutsi. Tal contundencia fue reconocida desde la primera sentencia de este tribunal,<sup>39</sup> a tal punto que en 2006, la Sala de Apelaciones del TPIR declaró hecho probado que “entre el 6 de abril de 1994 y el 17 de julio de 1994 hubo un genocidio en Ruanda en contra del grupo étnico tutsi”.<sup>40</sup> En otras palabras, desde ese momento ya no fue necesario para la fiscalía demostrar en cada caso que el genocidio ocurrió en Ruanda en 1994.

A diferencia del TPIR, en el TPIY el reconocimiento del genocidio durante el conflicto bélico en la ex Yugoslavia (1992-95) fue más difuso, no siendo establecido para todo el territorio que estuvo bajo la jurisdicción de este tribunal. A diferencia de los hallazgos constantes por el TPIY de crí-

<sup>38</sup> Rocha Herrera, Mónica, *op. cit.*

<sup>39</sup> TPIR, Sala de Primera Instancia (1998) *El Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*, sentencia, Arusha, Case No. ICTR-96-4-T, disponible en: <http://unict.unmict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>.

<sup>40</sup> TPIR, Sala de Apelaciones, “ICTR Appeals Chamber takes Judicial Notice of Genocide in Rwanda”, Press Release, 2006, disponible en: <http://unict.irmct.org/en/news/ict-appeals-chamber-takes-judicial-notice-genocide-rwanda>.

menes de lesa humanidad y graves violaciones a los convenios de Ginebra de 1949, así como de las leyes y costumbres de la guerra, el genocidio, ante el desmayo y consternación mundial, no tuvo mejor suerte; a lo largo de la vida de este tribunal, sólo ha sido probado en la municipalidad de Srebrenica, en Bosnia Herzegovina, cuando fueron asesinados en 1995 ocho mil hombres y niños en edad adolescente, después de haber sido forzosamente separados de sus familias en esa localidad.<sup>41</sup>

Ha sido aleccionador lo dicho por las salas del TPIY que se ocuparon del genocidio de Srebrenica a lo largo de la vida del tribunal que cerró sus puertas en 2017. Y es que, al asesinar a los hombres de la colectividad de Srebrenica, se atentó contra la existencia del grupo nacional en sí mismo, al ser el factor masculino, componente del grupo, una parte sustancial de éste y emblemático de su colectividad. Al darles muerte, se atacó al grupo protegido nacional bosnio musulmán como tal, con la intención de impedir su existencia física y biológica, ya que lo que querían sus asesinos era negar la existencia del grupo en sí mismo, dejándolos sin posibilidades de procreación.<sup>42</sup>

En la CPI sólo hay una situación relevante de genocidio al momento, cuyo presunto mayor responsable, por autoría o coautoría, está prófugo, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, presidente de ese país. Al Bashir cuenta con una orden adicional de arresto por genocidio, que la Sala de Cuestiones Preliminares I le imputó en 2010. En ella, la Sala considera que hay motivos para creer que a partir de 2003, bajo sus órdenes o por lo menos bajo su mando, las fuerzas armadas sudanesas, las milicias Janjaweed, la fuerza de

---

<sup>41</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones (2004), *El Fiscal vs. Radislav Krstic*, sentencia, La Haya, Case No. IT-98-33-A, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>; Tribunal Internacional Penal de la ONU para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2016), *El Fiscal vs. Radovan Karadzic*, Resumen de la sentencia, La Haya, Caso No. IT-95-5/18-T, disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement\\_summary.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement_summary.pdf); Tribunal Internacional Penal de la ONU para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2017), *El Fiscal vs. Ratko Mladic*, resumen de la sentencia, La Haya, Caso No. IT-09-92-T, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/mladic/tjug/en/171122-summary-en.pdf>.

<sup>42</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones (2004) *El Fiscal vs. Radislav Krstic*, sentencia, La Haya, Case No. IT-98-33-A, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>; Tribunal Internacional Penal de la ONU para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2016), *El Fiscal vs. Radovan Karadzic*, resumen de la sentencia, La Haya, Caso No. IT-95-5/18-T, disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324\\_judgement\\_summary.pdf](http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tjug/en/160324_judgement_summary.pdf); Tribunal Internacional Penal de la ONU para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia (2017), *El Fiscal vs. Ratko Mladic*, resumen de la sentencia, La Haya, Caso No. IT-09-92-T.

policía sudanesa, el Servicio Nacional de Inteligencia y Seguridad y la Comisión de Ayuda Humanitaria cometieron genocidio en una campaña de contrainsurgencia en toda la región de Darfur en contra de la población civil de las etnias fur, masalit y zaghawa, próximas a los grupos armados de oposición, por lo que las aldeas y pueblos bajo ataque fueron seleccionados debido a su composición étnica, cometiendo genocidio conforme al artículo 6o. del Estatuto de Roma en las modalidades de *a)* matanza; *b)* lesión grave a la integridad física o mental; *c)* sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física contra los grupos étnicos fur, masalit y zaghawa.<sup>43</sup> El día que Al Bashir sea capturado y enviado a La Haya, enfrentará cargos además de genocidio, por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

## 2. Crímenes de lesa humanidad

Los artículos 5o. de los estatutos del TPIY y 3o. del TPIR, respectivamente, así como el artículo 7o. del Estatuto de Roma, incorporan la categoría de crímenes de lesa humanidad. En términos generales, los tres estatutos se refieren a un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil. Mientras que el Estatuto del TPIY refiere tanto “en conflicto armado interno o internacional”, así como en el Estatuto del TPIR se dice “en razón de [*sic*] su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso”. El Estatuto de Roma de la CPI, en su artículo 7o., dice que son los actos cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. A pesar de las diferencias en los estatutos, la práctica judicial del TPIY y del TPIR no mostraron gran diferencia en el tratamiento de la definición de crímenes de lesa humanidad que el Estatuto de Roma aporta, porque desde muy temprano en los trabajos de los tribunales *ad hoc*, su jurisprudencia gradualmente asumió la fisonomía jurídica que hoy conocemos, como que dichos crímenes no eran privativos de tiempos de conflicto armado, pudiéndose darse en tiempos de paz.

Lo anterior se confirmó desde muy temprano en la jurisprudencia del TPIY con el caso *Tadić*, que abordó varias cuestiones cruciales relaciona-

---

<sup>43</sup> CPI, *Segunda orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“Omar Al Bashir”), *Situación en Darfur (Sudán)*, Caso No. ICC-02/05-01/09, del 12 de julio de 2010, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010\\_05452.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_05452.PDF).

das con los crímenes de lesa humanidad.<sup>44</sup> Más específicamente, cuando las salas emitieron como precedente la eliminación del vínculo de los crímenes de lesa humanidad con los conflictos armados, sustentando que aunque los primeros ya aparecían en las normas aplicables del derecho internacional de los conflictos armados, los crímenes de lesa humanidad tenían independencia y podían cometerse en tiempos de paz. O lo que es lo mismo, que conforme a la costumbre internacional, los crímenes de lesa humanidad no requieren la conexión con un conflicto armado.<sup>45</sup>

Respecto al umbral de gravedad, aunque los estatutos del TPIY y del TPIR no hacen una mención específica del nivel de conocimiento en la comisión de los crímenes de lesa humanidad como lo hace el Estatuto de Roma en su artículo 7o., muy pronto en los trabajos de los primeros se vislumbró que el ataque a la población civil debía contener el aspecto doloso del crimen, a fin de satisfacer el umbral de gravedad, por lo que el umbral de gravedad de los crímenes de lesa humanidad es muy alto, y su naturaleza, aberrante, al incluir, tanto en los estatutos del TPIY y del TPIR, así como el Estatuto de Roma, las siguientes conductas, a excepción de desaparición forzada, que, a diferencia de los tribunales *ad hoc*, el artículo 7o. del Estatuto de Roma sí lo incorpora:

*a)* asesinato; *b)* exterminio; *c)* esclavitud; *d)* deportación o traslado forzoso...; *e)* encarcelación u otra privación grave de la libertad...; *f)* tortura; *g)* violación, esclavitud sexual, prostitución forzada... u otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; *h)* persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género... u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables...; *i)* desaparición forzada de personas; *j)* el crimen del *apartheid*; *k)* otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos... (Estatuto de Roma, 1998).

Los crímenes de lesa humanidad son una categoría más amplia que el genocidio. Y a veces pareciera que todo aquello que no cabe en el genocidio fuera crimen de lesa humanidad. En apariencia es cierto, pero hay que estar alerta, pues los crímenes de lesa humanidad cuentan con elementos propios que son necesarios para su configuración, y que sin ellos no se puede hablar de éstos. Es decir, para que una conducta pueda ser considerada en esta

---

<sup>44</sup> TPIY, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995 ("Tadic Interlocutory Appeal Decision"), La Haya, Case No. IT-94-1-AR72, disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>.

<sup>45</sup> *Ibidem*, párr. 141.

categoría debe cumplir con los requisitos que Werle divide correctamente en tres elementos: “i) se cometen como parte de un ataque sistemático o generalizado; ii) el ataque (no necesariamente militar) es en contra de la población civil; iii) y con el conocimiento de dicho ataque”.<sup>46</sup>

Tampoco debemos confundir los crímenes de lesa humanidad con violaciones, incluso flagrantes, de derechos humanos, porque su naturaleza es distinta, aunque en ocasiones tengamos enfrente conductas criminales que parezcan idénticas. La esencia de las violaciones de derechos humanos es que el individuo es víctima de los abusos del Estado o de sus omisiones, en sus representantes, que derivan en la violación de sus derechos humanos y requieren una reparación del Estado. Los crímenes de lesa humanidad tienen una naturaleza distinta, al hacer responsable penalmente al individuo natural y no a entes abstractos, como el Estado, aunque el primero actuara por conducto del segundo. Por eso, actos o conductas criminales, como la tortura como crimen de lesa humanidad, así como tortura como violación de derechos humanos, el tipo penal es distinto.<sup>47</sup> La tortura como violación de derechos humanos requiere que sea perpetrada por un representante del Estado y con el objetivo de obtener una confesión.<sup>48</sup> Mientras que los crímenes de lesa humanidad no necesariamente son cometidos por representantes del Estado, y tampoco con el fin exclusivo para sacar una confesión.<sup>49</sup>

Así, tampoco debemos confundir conductas criminales que den lugar a crímenes de guerra sólo porque se ataque a la población civil. Lo anterior, porque los crímenes de lesa humanidad no requieren de un nexo con un conflicto armado, ya que pueden darse tanto en teatros bélicos como en situaciones de paz. “Un ataque como crimen de lesa humanidad es distinto a un ataque en el artículo 8o. del Estatuto [Roma] como crimen de guerra. El ataque pudiera ser, aunque tampoco parte de una operación militar”,<sup>50</sup> porque los crímenes de lesa humanidad no exigen que el ataque a una población civil sea dirigido sólo en contra de civiles, sino que incluye a cualquier

---

<sup>46</sup> Werle, Gerhard, *Tratado de derecho internacional penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 5.

<sup>47</sup> Rocha Herrera, Mónica, “Tipos penales diferenciados en la Corte Penal Internacional y en los derechos humanos (ni los mismos delitos ni tampoco los mismos crímenes)”, *Revista del Centro de Estudios Superiores Navales*, 40 (2), abril-junio de 2019, pp. 73-99, disponible en: [https://cesnav.uninav.edu.mx/cesnav/revista\\_pdf/2019/2019-2.pdf](https://cesnav.uninav.edu.mx/cesnav/revista_pdf/2019/2019-2.pdf).

<sup>48</sup> Rodley, Nigel, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford Clarendon Press, 1987.

<sup>49</sup> Werle, Gerhard, *op. cit.*, pp. 505-507.

<sup>50</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Situación en la República Democrática del Congo*, veredicto del 8 de julio de 2019, Caso No. ICC-01/04-02/06, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_03568.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF), párr. 662.

tipo de personas en una población civil.<sup>51</sup> El grupo protegido en la prohibición de crímenes de lesa humanidad es más amplio, al incorporar a grupos con otro tipo de identificación: “Lo que importa [en los crímenes de lesa humanidad] es el carácter colectivo del término”, donde el ataque a “una población civil conforme el artículo 7 (1) [del Estatuto] no puede ser entendido como limitado a una población definida de alguna u otra forma”,<sup>52</sup> ya que incluyen grupos tan diferenciados como los grupos políticos y de género, por ejemplo, aunque en este último rubro, el artículo 7 (3) del Estatuto de Roma alerta y dice que por el término “género” “se refiere a los dos sexos, masculino y femenino [no teniendo] más acepción que la que antecede”.

Los ataques “contra una población civil” deben ser generalizados o sistemáticos, conforme al artículo 7 (1) del Estatuto de Roma. De los elementos contextuales de ser de carácter generalizado o sistemático, sobresale que el primero es un elemento cuantitativo, y el segundo sugiere una acción por lo menos organizada, aunque no azarosa, de los ataques.<sup>53</sup> Sin embargo, es importante hacer notar que una vez que se tienen como probados los elementos contextuales de ser sistemáticos y/o generalizados, la muerte de un número menor de civiles dentro del contexto del ataque, digamos de un universo menor, un poblado o aldea, puede ser considerado como parte integral de este crimen.<sup>54</sup>

El Estatuto de Roma de la CPI es muy novedoso, e incluye en el artículo 7o. quiénes pueden ser responsables de cometer crímenes de lesa humanidad, figura que sus antecesores, el TPIY y el TPIR, no ofrecen, por lo que para la CPI los crímenes de lesa humanidad se pueden dar a partir “de una política de Estado o de una Organización”. “Política que puede consistir en un plan o diseño preestablecido, aunque puede también consistir en ac-

<sup>51</sup> *Ibidem*, párr. 669.

<sup>52</sup> *Ibidem*, párr. 667.

<sup>53</sup> TPIR, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Nahimana et al.*, sentencia, Arusha, Case No. ICTR-99-52-A, 2007, disponible en: <http://unict.unmict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-99-52/appeals-chamber-judgements/en/071128.pdf>; TPIR, Sala de Primera Instancia, *El Fiscal vs. Kayishema & Ruzindana*, sentencia, Arusha, Case No. ICTR-95-1.T, 1999, disponible en: <http://unict.unmict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>; CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Situación en la República Democrática del Congo*, veredicto del 8 de julio del 2019, Caso No. ICC-01/04-02/06, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_03568.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF).

<sup>54</sup> TPIY, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Miroslav Deronjic*, sentencia, La Haya, Case No. IT-02-61-A, 2005, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/deronjic/acjug/en/der-aj050720.pdf>, párr. 109; TPIY, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Kordic & Cerkez*, sentencia, La Haya, Case No. IT-95-14/2-A, 2004, disponible en: [http://www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf), párr. 95.

ciones que se desarrollen o lleven a cabo por los perpetradores mientras las realizan”.<sup>55</sup> Acciones que, aunque se desarrollen en el curso de los acontecimientos, son recurrentes o sistemáticas, aunque no esporádicas. Lo mismo si son generalizadas, deben estar condicionadas por la multiplicidad de actos en contra de la población civil.<sup>56</sup> Actos como aquellos realizados por el UPC/FPLC (Unión de Patriotas Congoleños/Fuerzas Patrióticas por la Liberación del Congo) durante la primera y segunda campaña militar, entre ellos “asesinatos, violación, esclavitud sexual, traslado forzoso de civiles [que se constituyeron] en una sucesión lógica de eventos”.<sup>57</sup>

En lo que se refiere a qué se entiende por “organización” que pueda ser responsable de una política a fin de cometer crímenes de lesa humanidad, el Estatuto de Roma no lo define.<sup>58</sup> Han sido las salas de la CPI en su trabajo judicial las que han definido el término. De especial forma, la Sala de Cuestiones Preliminares II en la *Decisión de Apertura de Investigación para Kenia* conforme al artículo 15 del Estatuto —la fiscal actuando *motu proprio*— para Kenia (2010) definió a la organización no como un ente oficial, sino como una colectividad organizada con un propósito criminal común, que en palabras de la Sala pueden estar conformados por “organizaciones privadas esencialmente criminales”.<sup>59</sup> La Sala argumentó que no veía razones para distinguir patrones de conducta graves dirigidos por entidades estatales con los de grupos privados, porque lo que cuenta es “la capacidad de estos últimos de infringir los derechos humanos básicos”.<sup>60</sup> Por lo que para la CPI, las organizaciones privadas criminales que tengan una política son capaces de cometer crímenes de lesa humanidad.<sup>61</sup>

La Sala en Kenia dijo que esa violencia organizada puede provenir de entes no estatales, los cuales no son excluidos del Estatuto,<sup>62</sup> como se vio al decir “que la violencia no fue espontánea ni se trató de actos aislados, sino de una serie de ataques planeados, dirigidos y organizados por distintos grupos que incluían líderes locales, hombres de negocios y políticos asocia-

<sup>55</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda, Situación en la República Democrática del Congo*, sentencia del 7 de noviembre de 2019, Caso No. ICC-01/04-02/06, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_06674.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06674.PDF), párr. 674.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 673.

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 664, 691 y 692.

<sup>58</sup> SCPII, *Decisión de Apertura de Investigación para Kenia*, 2010.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párr. 91.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párr. 90.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 92.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 117.

dos con los dos partidos políticos principales, así como de miembros de la policía”.<sup>63</sup>

De igual forma, la consideración de si un grupo criminal privado califica para ser organización capaz de cometer crímenes de lesa humanidad debe ser analizada caso por caso a la luz de factores como los siguientes:

...i) si el grupo está bajo un mando responsable o tiene jerarquía; ii) si el grupo posee los medios para atacar ampliada y sistemáticamente a la población; iii) si el grupo ejerce control efectivo de territorio; iv) si el grupo tiene objetivos criminales primarios en contra de la población; v) si el grupo tiene la intención explícita o implícita de atacar a la población civil; vi) si el grupo es parte de uno más grande.<sup>64</sup>

En lo concerniente al elemento del conocimiento del ataque, el elemento subjetivo del hecho exige dolo o intención para cometer los elementos objetivos o conductas criminales cuando se ataca a la población civil. Los estatutos del TPIY y del TPIR no lo definen, pero el Estatuto de Roma ya lo hace, y lo incluye en el artículo 30 (2), que define a una persona que actúa intencionalmente cuando: “a) en relación a [sic] una conducta, se propone incurrir en ella; b) ... se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”.

### 3. *Violaciones del derecho internacional humanitario y crímenes de guerra*

El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya constituyen lo que conocemos como “derecho internacional humanitario” o DIH.<sup>65</sup> El primero, dirigido a la protección de las personas y, el segundo, a los usos y costumbres en la guerra, así como en la reglamentación en el uso de armamentos. Los dos tribunales *ad hoc* incluyeron de manera específica al derecho de Ginebra y el Protocolo II de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, este último en el caso del TPIR. El TPIY incluyó en su Estatuto al derecho de La Haya, o las leyes y costumbres de la guerra. La violación de ambas, es decir, de las normas del DIH, fueron adoptadas en el artículo 8o. del Estatuto de Roma de la CPI como crímenes de guerra. Los crímenes de guerra son la tercera categoría incorporada en el Estatuto de Roma, y es la cate-

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 117.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 93.

<sup>65</sup> Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2010.

goría de crímenes más antigua, aunque no se tiene evidencia de que alguna persona haya sido llevada a juicio por estos crímenes antes de los juicios de Núremberg y de Tokio en 1946.<sup>66</sup>

Los crímenes de guerra sólo pueden cometerse en teatros bélicos, ya sea internacionales (guerras) o conflictos de carácter no internacional,<sup>67</sup> y al contrario de lo que usualmente se piensa, no sólo los combatientes pueden cometer este tipo de crímenes, sino también los civiles.<sup>68</sup> Hay evidencia de ello a partir de los hallazgos de los tribunales *ad hoc* TIPY y TPIR. Así se desprende de *El Fiscal vs. Musema* en el TPIR:<sup>69</sup> “Cualquier civil que sea accesorio en la violación de las leyes y costumbres de la guerra será responsable como criminal de guerra”.

El Estatuto de la CPI define a los crímenes de guerra de la siguiente forma: “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.<sup>70</sup> Los crímenes de guerra en el Estatuto incorporan en el artículo 8o., numeral 2, inciso (a), al derecho de Ginebra en las infracciones graves de los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, cuyas disposiciones están dirigidas a la protección de las personas, a los civiles que no forman parte de las hostilidades, a los heridos y a aquellas personas fuera de combate —*hors de combat*—, así como a los prisioneros de guerra. El inciso (b) incorpora el uso y costumbres de la guerra, que se refiere a los medios utilizados, así como a las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho de La Haya. El inciso (c) incluye la reglamentación en materia de conflictos armados que no sean de índole internacional, más precisamente, las violaciones graves del artículo 3o. común a los cuatro convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. El inciso (d) es

---

<sup>66</sup> Rocha Herrera, Mónica, *Evolución del derecho internacional penal de Núremberg y Tokio a la Corte Penal Internacional: sentando las bases de la justicia internacional*, Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México, Centro de Estudios Superiores Navales de la Secretaría de Marina Armada de México, 2018, disponible en: [https://www.academia.edu/36545888/Evolución\\_del\\_Derecho\\_Internacional\\_Penal\\_de\\_Núremberg\\_y\\_Tokio\\_a\\_la\\_Corte\\_Penal\\_Internacional\\_Sentando\\_las\\_Bases\\_de\\_la\\_Justicia\\_Internacional](https://www.academia.edu/36545888/Evolución_del_Derecho_Internacional_Penal_de_Núremberg_y_Tokio_a_la_Corte_Penal_Internacional_Sentando_las_Bases_de_la_Justicia_Internacional).

<sup>67</sup> CPI, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, Situación en la República Centro Africana*, Caso. No., ICC-01/05-01/08, sentencia del 21 de marzo de 2016, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_02238.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF), párr. 128.

<sup>68</sup> Dinstein, Yoram, *op. cit.*

<sup>69</sup> TPIY, Sala de Primera Instancia, *La Fiscal vs. Alfred Musema*, sentencia, Arusha, Case No. ICTR-96-13-A, 2000, disponible en: <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ict-96-13/trial-judgements/en/000127.pdf>, párrs. 279 y 280.

<sup>70</sup> Artículo 8o. del Estatuto de Roma.

aclaratorio de que la regulación no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. El inciso (e) incluye a otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional.<sup>71</sup>

Los elementos contextuales de los crímenes de guerra refieren que obligatoriamente debe existir un nexo con el conflicto armado, ya sea internacional (guerra) o de carácter no internacional, así como la percepción del presunto perpetrador de que los crímenes se dan en el contexto del enfrentamiento bélico.<sup>72</sup> En este último aspecto es irrelevante si el perpetrador se da cuenta o no si el conflicto es una guerra o un conflicto armado no internacional. Lo que cuenta es que por lo menos entienda que hay un conflicto bélico en curso, donde varios factores determinan que este crimen se verifique, como si la víctima o el perpetrador tienen un papel en el conflicto armado; si los crímenes cometidos se hacen en el contexto de las obligaciones oficiales del perpetrador; o si los actos criminales cometidos sirven o son parte de un objetivo en la campaña militar.<sup>73</sup>

Respecto a este último aspecto, hay que recordar que en el caso de *La Fiscal vs. Germain Katanga*,<sup>74</sup> la CPI resaltó la contribución sustancial de este individuo al esfuerzo bélico por parte de la milicia *ngiti* al reforzar la capacidad militar de este último durante el ataque del 24 de febrero de 2003 en Bogoro. Según la Corte, Katanga fue un colaborador con conocimiento de lo que hacía, al haber sido intermediario de los vendedores de armas y la milicia que utilizó este equipo militar para cometer los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Su contribución como colaborador fue fundamental en la comisión de los crímenes, y por ello, fue encontrado culpable de crímenes de guerra.<sup>75</sup>

Finalmente, y de manera interesante, en este mismo numeral, en el inciso (f), se incorpora la definición de conflicto armado de carácter no internacional que se adoptó en el caso *El Fiscal vs. Tadić*, en el TPIY, hoy adoptada como una fórmula reconocida en el trabajo de la CPI.<sup>76</sup> La fórmula *Tadić*, que define conflicto armado de carácter no internacional se originó de una

<sup>71</sup> Rocha Herrera, Mónica, 2018, *op. cit.*, p. 31.

<sup>72</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda*, *cit.*, párr. 698.

<sup>73</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda*, *cit.*, párrs. 731-733.

<sup>74</sup> CPI, Sala de Primera Instancia II, *La Fiscal vs. Germain Katanga*, sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, Caso No: ICC-01/04-01/07 2014, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014\\_02618.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF).

<sup>75</sup> CPI, *La Fiscal vs. German Katanga*, resumen de la sentencia del 7 de marzo de 2014, SPI II.

<sup>76</sup> CPI, *La Fiscal vs. Bosco Ntaganda*, *cit.*, párr. 701.

decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY, la *Decisión sobre el Alegato de la Defensa en la Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción*,<sup>77</sup> hoy recogida en el artículo 8 (2) (f) del Estatuto de Roma, que a la letra dice: “se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos” (Estatuto de Roma, 1998). Es fundamental mencionar que la CPI ha indicado claramente que la definición de conflicto armado de carácter no internacional retomada de *Tadić* y contenida en el artículo 8 (2) (f) del Estatuto de Roma difiere con aquella del artículo 1o. del Protocolo II de 1977 (adicional a los Convenios de Ginebra de 1949), que en el caso de la primera supone un umbral más bajo, donde no es necesario el control de territorio ni tampoco el estar bajo un mando responsable para definir a un grupo armado.<sup>78</sup>

Según la CPI, la definición en el artículo 8 (2) (f) del Estatuto de Roma tampoco requiere que el Estado reconozca el estatus de beligerancia, pues si los grupos armados cumplen con los requisitos de grado de organización y nivel de intensidad requeridos por las partes en conflicto, se puede determinar la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional.<sup>79</sup>

## VII. CONCLUSIONES

La creación de los tribunales *ad hoc*, el TPIY y el TPIR, por el Consejo de Seguridad de la ONU en 1993 y 1994, respectivamente, significaron un avance en el desarrollo del derecho internacional penal, que culminó con la creación de la Corte Penal Internacional en 1998. La idea de que la responsabilidad penal individual, y no de entes abstractos como el Estado, debe ser investigada, probada y, en caso de existir, castigada, vio en el trabajo de los tribunales *ad hoc* un avance monumental, al ser su jurisprudencia citada y retomada, reflejando en muchos casos principios generales de derecho y costumbre internacional. Tanto la CPI como los tribunales híbridos, mixtos o internacionalizados, así como los tribunales internacionales de derechos humanos, como la CoIDH, han retomado la experiencia y el trabajo de los tribunales

<sup>77</sup> Sala de Apelaciones del TPIY, *Decisión sobre el Alegato de la Defensa en la Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción*, 1995, párr. 70.

<sup>78</sup> CPI, Sala de Primera Instancia I, *La Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, No. ICC-01/04-01/06, 2012, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012\\_03942.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF), párr. 536; CPI, *El Fiscal vs. Bemba Gombo*, *cit.*, párr. 134.

<sup>79</sup> CPI, *El Fiscal vs. Lubanga*, *cit.*, párr. 536.

*ad hoc*. Los primeros para orientar, así como para establecer conforme a sus estatutos la responsabilidad individual de los acusados en la *ratione materiae* de su competencia, a decir y a grandes rasgos, en el genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Los segundos, es decir, los tribunales internacionales de derechos humanos, como la CoIDH, para definir los rasgos y el sentido de las leyes de la humanidad a fin de proteger la dignidad de la persona humana. Los puntos de encuentro en el DDHH y el DIP son frecuentes, como aquí se ha explicado, pero sus campos de acción, su jurisdicción y su competencia son distintas.

Se ha combatido en este ensayo la idea de deslegitimar a los tribunales *ad hoc*, confundiendo su origen con el de los tribunales internacionales militares de Núremberg y de Tokio de 1946. Los detractores de los tribunales *ad hoc*, TPIY y TPIR, afirman, sin pruebas, que los tribunales *ad hoc* violaron los principios de legalidad *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege*, como aquellos tribunales de la segunda posguerra mundial creados por los aliados, donde ningún nacional de esas potencias victoriosas de la guerra fue juzgado. Como se ha argumentado aquí extensamente, no hay sustento legal para afirmar que los tribunales *ad hoc* violaron los principios de legalidad, pues para comenzar, la *ratione materiae* de sus estatutos, a decir, los crímenes internacionales de su competencia, ya habían alcanzado el estatus de fuente de derecho internacional en la costumbre internacional y, por tanto, obligatorio en su observancia para los Estados. Para decir esto, hay autoridad, como se ha demostrado ampliamente, al haber sentencias contenciosas y consultivas de la Corte Internacional de Justicia previas a la creación de los tribunales *ad hoc*, donde se establece que tanto el genocidio como el edificio jurídico del derecho de Ginebra y del derecho de La Haya, o bien el DIH ya eran parte de la costumbre internacional, por lo que es irrelevante que los estados hubieran suscrito o no los tratados correspondientes, como los cuatro convenios de Ginebra de 1949 o la Convención de Genocidio de 1948.

Respecto a los crímenes de lesa humanidad como parte de la costumbre internacional, tiene su fundamento legal en la historia de estos crímenes, cuyos preceptos se encuentran en los principios fundamentales en el DIH, que prohíbe los ataques a la población civil. El núcleo de la norma o bien jurídico protegido en los crímenes de lesa humanidad es la población civil, cuyos ataques están prohibidos de manera consuetudinaria desde los preámbulos de las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, respectivamente. Lo anterior se reafirmó durante los juicios de Núremberg y Tokio de 1946 ante el horror que significó la muerte de millones de personas civiles durante la Segunda Guerra Mundial. Los tribunales *ad hoc* de 1993 y 1994 no hicieron más que reiterar en su jurisprudencia el carácter consuetudinario de esta

prohibición decantada como categoría aparte desde los juicios de Núremberg en 1946 en la Carta de Londres en su artículo 6o. Los tribunales *ad hoc*, TPIY y TPIR, en su extensa jurisprudencia han afirmado que los crímenes de lesa humanidad aplican a los actos dirigidos en contra de la población civil. Que existe una prohibición absoluta en atacar a los civiles de conformidad con la costumbre internacional. Que, recordando el derecho de Ginebra con sus convenios de 1949 y sus protocolos adicionales, que incorporan qué se entiende por población civil, reflejan costumbre internacional, siendo estas consideraciones relevantes en los estatutos de ambos tribunales en materia de crímenes de lesa humanidad.

A ello, hay que agregar que a lo largo del siglo XX la *opinio juris* en el seno de la Asamblea General de la ONU en sus resoluciones desde 1946, en su agenda y múltiples esfuerzos por décadas, a través de la Comisión de Derecho Internacional en su camino hacia la creación de consensos para construir la CPI, así como en la adopción de tratados como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1970, no hicieron más que reafirmar el carácter obligatorio de la prohibición de estos crímenes, así como su imprescriptibilidad. Lo anterior, reafirmado de manera paralela y a lo largo de los años en la jurisprudencia de tribunales de derechos humanos, como la CoIDH y la Corte Europea de Derechos Humanos. Todos estos esfuerzos en derecho positivo y consuetudinario, claramente previos a la adopción de los estatutos de los tribunales *ad hoc* de 1993 (TPIY) y 1994 (TPIR).

Asimismo, se argumentó ampliamente en este ensayo que no es sustentable afirmar que la creación de los tribunales *ad hoc* fue exclusivamente un acto de fuerza por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, órgano ejecutivo y político de esta organización. Aceptar lo anterior nos dejaría en el debate político solamente de un asunto que tiene una implicación y un valor jurídico monumental, al haber estos tribunales contribuido con su jurisprudencia a la delineación de la fisonomía que conocemos hoy del DIP y los tribunales penales internacionales, incluida la CPI. Los tribunales *ad hoc* fueron creados conforme a las competencias del Consejo de Seguridad en la Carta de la ONU en los capítulos V, VI y VII. El artículo 29 expresa con claridad que este órgano ejecutivo puede crear los organismos subsidiarios que estime pertinentes para ejercer sus funciones, y eso incluye funciones jurisdiccionales, al no haber mención en contrario, por lo que el nacimiento de los tribunales *ad hoc*, contrariamente a lo que sus detractores argumentan, se sustenta no sólo en sus estatutos, sino en el artículo 29 de la Carta de la ONU, que data de 1945, décadas antes de la creación de los tribunales *ad*

*hoc*. A todo esto hay que añadir que la Carta, en su artículo 25, recuerda que las decisiones del Consejo de Seguridad son obligatorias para los Estados miembros, lo que reafirma la legalidad y legitimidad de los tribunales *ad hoc*, cuya existencia es producto de dos resoluciones de este órgano, cuya acción se sustenta en la propia Carta de la ONU, lo cual es contundente.

## CAPÍTULO SEXTO

### EL NEOCOLONIALISMO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

#### I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la Corte Penal Internacional (CPI) atraviesa una profunda crisis de legitimidad, que se deriva, principalmente, de las críticas en contra de su carácter neocolonial.

El “neocolonialismo” se inscribe en el fenómeno más global de “poscolonialismo”. Se puede definir al “poscolonialismo” como el periodo que existe u ocurre después de una dominación colonial o después de que una colonia gana su independencia.<sup>1</sup> El “neocolonialismo” constituye un fenómeno que se desarrolla dentro del “poscolonialismo” y se relaciona estrechamente con el concepto de independencia de un Estado. El término fue utilizado por primera vez por Kwame Nkrumah, el primer presidente de Ghana. Según Nkrumah, la esencia del neocolonialismo se refiere a situaciones en las que un Estado es formalmente independiente y ejerce su soberanía tanto en el plano interno como en el internacional. No obstante, su sistema económico y político está informalmente dirigido desde el exterior.<sup>2</sup> En la opinión de Nkrumah, los medios de dominación en un escenario neocolonial no son militares, sino económicos, políticos, ideológicos, culturales, de educación, etcétera. Asimismo, una de las formas en las que se ejerce la dominación indirecta concierne los casos en los que un país dominante mantiene acuerdos con las elites políticas que detentan el poder en el país

---

<sup>1</sup> Macías Chávez, Karla Cecilia, “El neocolonialismo en nuestros días. La perspectiva de Leopoldo”, *Zeá*, Universitas Philosophica, 2015, vol. 65, p. 84.

<sup>2</sup> Nkrumah, Kwame, *Neocolonialism: The Last Stage of Imperialism*, Bedford, Panaf Books Ltd., 1965.

dominado.<sup>3</sup> En ese sentido, el término “neocolonial” se usa para denominar todo tipo de dominación y control ejercido sobre excolonias,<sup>4</sup> y, desde una perspectiva general, todo tipo de dominación de países fuertes sobre Estados débiles en el ámbito de las relaciones internacionales.

La CPI ha sido culpada de comportarse como una institución neocolonial por parte de muchos Estados del continente africano.

En efecto, 34 de los Estados miembros de la Corte son países africanos; es decir, más de la mitad de los 54 Estados que existen en ese continente han ratificado el Estatuto de Roma. Esto demuestra categóricamente el apoyo inicial de los países africanos hacia la creación de la CPI. El apoyo se debía, en buena medida, al éxito de los dos tribunales penales que se habían establecido con anterioridad para enjuiciar a individuos por la comisión de crímenes internacionales en África.<sup>5</sup> No obstante, este apoyo inicial comenzó a desvanecerse a partir de los primeros años de funcionamiento de la Corte y el sometimiento a su competencia de casos relacionados, en su cuasi totalidad, con hechos ocurridos en países africanos.

Al 25 de agosto de 2020, el 100% de los veintiocho casos resueltos y/o pendientes ante la CPI tratan de demandas en contra de nacionales de Estados del continente africano.<sup>6</sup> Hasta 2016, las situaciones bajo investigación

---

<sup>3</sup> Macías Chávez, Karla Cecilia, *op. cit.*

<sup>4</sup> Ashcroft, Bill *et al.* *Post-Colonial Studies: The Key Concepts*, Nueva York, Routledge, 2000.

<sup>5</sup> Uno de los dos tribunales penales *ad hoc* —el TPIR— se creó para determinar la responsabilidad penal internacional de individuos por los hechos constitutivos de genocidio en Ruanda, y el Tribunal Especial para Sierra Leona era un tribunal mixto, competente para procesar a personas inculpadas de la comisión de crímenes internacionales durante el conflicto interno que tuvo lugar en este país en los años noventa.

<sup>6</sup> En particular, en contra de Callixte Mbarushimana, de nacionalidad ruandesa, Sylvestre Mudacumura, de nacionalidad ruandesa, Mathieu Ngudjolo Chui, de nacionalidad, Bosco Ntaganda, de nacionalidad congoleña, Dominic Ongwen, de nacionalidad ugandesa, William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang, ambos de nacionalidad keniana, Simone Gbagbo, de nacionalidad de Costa de Marfil, Patrice-Edouard Ngaïssona y Alfred Yekatom, ambos nacionales de la República Centroafricana, Thomas Lubanga Dyilo, nacional de la República Democrática de Congo, Joseph Kony, nacional de, Al-Tuhamy Mohamed Khaled, de nacionalidad libia, Uhuru Muigai Kenyatta, de nacionalidad keniana, Germain Katanga, de nacionalidad congoleña, Abdel Raheem Muhammad Hussein, de nacionalidad libia, Ahmad Harun, de nacionalidad sudanesa, Paul Gicheru and Philip Kipkoech Bett, de nacionalidad, Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé, de nacionalidad de Costa de Marfil, Saif Al-Islam Gaddafi, de nacionalidad libia, Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, de nacionalidad sudanesa, Bahar Idriss Abu Garda, de nacionalidad sudanesa, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, de nacionalidad sudanesa, Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, nacional de Mali, Ahmad Al Faqi Al Mahdi, nacional de Mali, Mahmoud Mustafa Busyf Al-Werfalli, de nacionalidad libia, Abdallah Banda Abakaer Nourain, de nacionalidad sudanesa, Barasa, nacional de, Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda

de la CPI comprendían hechos acaecidos en Uganda, la República Democrática de Congo, Sudán, la República Centroafricana, Kenia, Libia, Costa de Marfil, Mali, Burundi y Georgia.<sup>7</sup> Por ende, el único caso no africano ante la Corte era el referente a la situación en Georgia durante el conflicto interno que tuvo lugar en este país entre julio y noviembre de 2008, después de la intervención militar rusa en Osetia del Sur. No obstante, a pesar de haber iniciado en 2016, la investigación todavía no ha concluido, y ningún nacional de Georgia o de Rusia ha sido formalmente acusado de la comisión de crímenes internacionales durante el conflicto.<sup>8</sup>

La concentración casi exclusiva de la competencia de la Corte en casos concernientes a países africanos ha suscitado fuertes críticas por parte de los representantes de esos Estados. Los líderes africanos han criticado la falta de independencia e imparcialidad de la CPI y han considerado que ésta se ha convertido en un tribunal neocolonial: un nuevo instrumento jurídico-institucional que busca perpetrar la influencia y dominación de Estados Unidos, y de los países europeos en la región. Así, por ejemplo, Tedros Adhanom, entonces ministro de Asuntos Exteriores de Etiopía y actual director general de la Organización Mundial de la Salud, consideró que la CPI se ha vuelto “un instrumento político en contra de África y de los africanos”.<sup>9</sup> Durante una reunión de los miembros de la Unión Africana, en 2013, Haillemariam Desalegn, el entonces primer ministro de Somalia, acusó a la CPI de librarse a una “cacería racial”.<sup>10</sup> En la opinión de Desalegn, el hecho de que 99% de los individuos acusados ante la Corte eran de nacionalidad de algún país africano demostraba que el funcionamiento de este tribunal internacional se había vuelto “defectuoso”. En términos similares, Urutu Kenyatta, presidente de Kenia, describió a la Corte como “un vehículo... en contra de nuestra soberanía, seguridad y dignidad como africanos”.<sup>11</sup> Según el presidente de Somalia, Paul Kagame, “con la CPI, todas las injus-

---

Kabongo, los tres de nacionalidad congoleña, y el segundo, naturalizado belga, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Bemba-et-alEng.pdf>.

<sup>7</sup> Corte Penal Internacional, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/cases#>.

<sup>8</sup> Corte Penal Internacional, *Georgia*, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/georgia>.

<sup>9</sup> Hickey, Shane, “African Union says ICC should not prosecute sitting President”, *The Guardian*, 2013, disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2013/oct/12/african-union-icc-kenyan-president>.

<sup>10</sup> Aljazeera, “African Leaders Accuse ICC of «Race Hunt»”, 2013, disponible en: <http://www.aljazeera.com/news/africa/2013/05/201352722331270466.html>.

<sup>11</sup> President Republic of Kenya, “Statement by his excellency hon. Uhuru Kenyatta, C.G.H., President and Commander in Chief of the Defence Forces of the Republic of Kenya, on the status of the Kenyan situation at the ICC”, 2016, disponible en: <http://www.president.go.ke/2016/01/30/statement-by-his-excellency-hon-uhuru-kenyatta-c-g-h-president-and->

ticias del pasado, incluyendo el colonialismo y el imperialismo están regresando en formas distintas. Ellos te controlan. Si eres pobre y débil, siempre encontrarán una forma de apoderarse de ti. La CPI se hizo para África y para países débiles”.<sup>12</sup> En la opinión de Mahmood Mamdani, un profesor de antropología y ciencias políticas de Uganda, la CPI es un “tribunal occidental”, creado para “enjuiciar crímenes africanos de lesa humanidad”, cuya “responsabilidad de proteger” se ha convertido en un mecanismo de “dominación colonial”.<sup>13</sup>

Es de señalarse que no sólo los Estados africanos, sino también otros países no occidentales, como Rusia y China, se han mostrado muy críticos hacia el funcionamiento actual de la CPI. Así, por ejemplo, representantes de Rusia han señalado que la Corte constituye un instrumento para realizar cambios de regímenes políticos internos desde el exterior,<sup>14</sup> mientras que agentes de China han considerado que la Corte es “la manifestación más repugnante de la globalización”.<sup>15</sup>

La adopción de una orden de arresto en contra de Omar al Bashir, el presidente de Sudán, y el inicio de un juicio en contra del presidente de Kenia, Urtu Kenyatta, y de un diputado en funciones del Parlamento de Kenia —William Ruto— no hicieron más que avivar las críticas de los Estados africanos en contra del supuesto neocolonialismo de la CPI. En consecuencia, varios países africanos anunciaron su intención de retirarse de la CPI, y Burundi denunció el Estatuto de Roma.<sup>16</sup> Kenia incluso presentó un plan para el retiro de todos los países africanos, en conjunto, de la Corte.<sup>17</sup> Adicionalmente, los Estados africanos hicieron un llamado de no cooperar

---

*commander-in-chief-of-the-defence-forces-of-the-republic-of-kenya-on-the-status-of-the-kenyan-situation-at-the-icc/.*

<sup>12</sup> Daily Nation, “Rwanda: Kagame Tells why He is Against ICC Charging Bashir”, disponible en: <http://allafrica.com/stories/200808120157.html>, accessed 4 April 2016.

<sup>13</sup> Mamdani, Mahmood, “Darfur, ICC and the new humanitarian order”, disponible en: <http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/crises/37-the-crisis-in-darfur/1842-all-africanadarfur-icc-and-the-new-humanitarian-order>.

<sup>14</sup> Hoile, David, *The International Criminal Court—Europe’s Guantanamo Bay?* Africa Research Centre, 2010.

<sup>15</sup> The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, “Statement by the Russian Foreign Ministry”, 2016, disponible en: [https://www.mid.ru/en/foreign\\_policy/news/-/asset\\_publisher/cKNonk7E02Bw/content/id/2523566](https://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonk7E02Bw/content/id/2523566).

<sup>16</sup> Dan, Zhu, “China, the International Criminal Court and International Adjudication”, *Netherlands International Law Review*, 2014, vol. 61, pp. 43-67.

<sup>17</sup> Agence France-Presse, “African Union members back Kenyan plan to leave ICC”, *The Guardian*, 2016, disponible en: <http://www.theguardian.com/world/2016/feb/01/african-union-kenyan-plan-leave-international-criminal-court>.

con la CPI.<sup>18</sup> En consecuencia, Omar al Bashir permaneció prófugo de la justicia penal internacional por varios años. Aunque se sabía de su paradero, los Estados africanos se negaban a cumplir con la orden de arresto emitida por la CPI en su contra.

En vista de lo anterior, el objetivo de la presente investigación consiste en analizar los fundamentos del alegado “neocolonialismo” de la CPI para determinar si dicha institución efectivamente ha sido diseñada y/o se ha comportado como un vehículo para perpetrar la dominación de países poderosos sobre países débiles en el ámbito de las relaciones internacionales. Asimismo, se estudiarán algunas respuestas a las críticas del carácter neocolonial de la Corte para determinar el potencial de éstas de remediar la crisis de legitimidad en la que se encuentra inmerso el quehacer de este tribunal penal internacional.

## II. LOS FUNDAMENTOS DEL SUPUESTO NEOCOLONIALISMO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El primer fundamento de las críticas en torno al carácter neocolonial de la CPI concierne algunos aspectos controvertidos de su diseño jurídico-institucional.

A primera vista, las reglas del Estatuto de Roma que rigen el alcance y el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte no tuvieron un propósito expresamente neocolonial.

En ese sentido, es de señalarse que la competencia de la CPI es complementaria a la de los tribunales internos de los Estados. En efecto, desde el prominente artículo 1o. del Estatuto de Roma se señala que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. El artículo 17 de ese tratado establece la inadmisibilidad de un asunto ante la CPI cuando éste “sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él”. Por lo tanto, a diferencia de los dos tribunales penales *ad hoc* (el TPIY y el TPIR), que ya acabaron su labor, la competencia de la CPI no tiene prioridad sobre la de los tribunales internos cuando se trate de reconocer la responsabilidad penal de individuos por la comisión de los crímenes internacionales a los que aluden los artículos 5o.

---

<sup>18</sup> Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of Decision Assembly/AU/Dec.270 (XIV) on the Second Ministerial Meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court, 27 July 2010; Assembly/AU/Dec.296; Assembly of the African Union, Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), 3 July 2009 Assembly/AU/Dec.245.

a 8o. de su Estatuto. Los tribunales internos del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen, o los del Estado cuyo nacional sea el inculcado, tienen prevalencia sobre la competencia de la Corte si deciden enjuiciarlo.<sup>19</sup> Esto significa que la CPI solamente interviene en situaciones en las que los Estados parte del Estatuto de Roma no pueden o no quieren enjuiciar a las personas responsables de crímenes internacionales que hayan ocurrido en el interior de sus fronteras. Se trata de una deferencia normativa hacia la soberanía interna de los Estados en materia jurisdiccional, destinada a evitar todo tipo de interferencias provenientes del exterior que pudieran constituir, entre otros, formas de dominación colonial de países fuertes sobre países débiles.

No obstante, si se examinan otras reglas del Estatuto de Roma que autorizan a la Corte a atraer casos de comisión de crímenes internacionales, se pueden resaltar mecanismos susceptibles de dar lugar a prácticas de índole intervencionista y potencialmente neocolonial.

Según el artículo 13 del Estatuto de Roma:

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: *a)* Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; *b)* El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o *c)* El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Dupuy, Pierre-Marie, “Principe de complémentarité et droit international général”, en Politi, Mario y Gioia, Federica, *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Routledge, 2008, p. 17.

<sup>20</sup> De conformidad con el artículo 15: “1. El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte. 2. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte. 3. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. 4. Si, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considerare que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte

Hasta la fecha, los casos resueltos y/o pendientes ante la CPI se han originado en tres referencias directas por parte de Estados miembros del Estatuto de Roma (Uganda, la República Democrática de Congo y la República Centrafricana), de conformidad con lo previsto en el artículo 13-a) de dicho tratado. Otros dos casos —los de Sudán y Libia— fueron referidos a la Corte por el Consejo de Seguridad de la ONU con base en el artículo 13-b) del Estatuto de Roma. Finalmente, los demás casos se iniciaron por denuncias *ex officio* del procurador(a) de la CPI, según el artículo 13-c) de dicho acuerdo internacional. En cuatro casos, se ha tratado de investigaciones (preliminares o definitivas) abiertas por hechos acaecidos en el territorio de Estados no partes del Estatuto de Roma o por hechos cometidos por nacionales de Estados no partes, a saber: Costa de Marfil, Kenia, Myanmar y Estados Unidos.

Es de señalarse que de todos los mecanismos que permiten iniciar una investigación ante la CPI, la referencia de situaciones a la Corte por el Consejo de Seguridad de la ONU ocupa una mayor importancia en las disposiciones del Estatuto de Roma. En efecto, cuando el Consejo refiere un caso a la CPI, el procurador(a) de la Corte debe realizar una investigación preliminar para apreciar la admisibilidad del caso, y al término de ella, puede concluir que no existen fundamentos suficientes para iniciar un juicio ante la Corte.<sup>21</sup> No obstante, cuando el procurador(a) determina la improceden-

---

con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa. 5. La negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación. 6. Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación”.

<sup>21</sup> Dichos motivos se establecen en el artículo 53 del Estatuto de la CPI en los siguientes términos: “1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares. 2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58; b) La causa

cia de un caso que ha sido referido a la Corte por el Consejo de Seguridad, su decisión se somete a un control obligatorio por parte de la cámara de primera instancia. Esto demuestra que la referencia de casos a la CPI por parte del “principal órgano político” de la ONU goza de mayor autoridad que la apertura de investigaciones por la simple iniciativa del procurador(a) de la Corte.

La función del Consejo de Seguridad en la selección de los casos que se presentan ante la CPI de conformidad con el artículo 13-b) del Estatuto de Roma busca salvaguardar un *statu quo* político preexistente a la creación de la Corte. Todas las decisiones en dicho órgano de las Naciones Unidas se adoptan a la unanimidad de sus cinco miembros permanentes. Esto permite a cualquiera de estos miembros (China, Estados Unidos, Francia, Rusia y el Reino Unido) ejercer un derecho de veto para oponerse a referir un caso a la CPI. Por otra parte, China, Estados Unidos y Rusia son miembros permanentes del Consejo y tienen competencia para referir a la Corte una situación en la que estén implicados nacionales de otros Estados; no obstante, por no haber ratificado el Estatuto de Roma, esos países no pueden referir a sus propios nacionales al foro de este tribunal penal internacional. El control de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad sobre las situaciones que pueden ser investigadas por la CPI otorga a esas potencias la posibilidad de orientar el actuar de la Corte hacia prácticas neocoloniales de dominación e injerencia en asuntos políticos internos de Estados débiles.

Las referencias a la CPI de las situaciones ocurridas en el territorio de dos países africanos —Libia y Sudán— constituyen un claro ejemplo de la instrumentación del artículo 13-b) del Estatuto de Roma por los intereses

---

es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b) del artículo 13. 3. a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión; b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares. 4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones”.

políticos y geopolíticos de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

En el caso de Libia, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1973 (2011), con fundamento en el capítulo VII de la Carta de la ONU, y autorizó a los Estados miembros de la organización a “utilizar todos los medios disponibles... para proteger civiles y áreas pobladas de civiles bajo amenazas de ataques” en Libia, pero al mismo tiempo “prohibió todo tipo de ocupación extranjera en cualquier parte del territorio libio”.<sup>22</sup> La resolución apeló a la “responsabilidad de proteger” a los civiles de las atrocidades cometidas por el régimen de Muammar Gadafi. Adicionalmente, la resolución impuso un embargo de armas y otro tipo de sanciones inteligentes (*targeted sanctions*) a personas de nacionalidad libia, entre otros, bloqueo de cuentas bancarias y prohibición de vuelos.<sup>23</sup> En su inicio, la operación militar en Libia se desarrolló bajo el mando de una coalición de Estados (entre otros, Francia, Estados Unidos y el Reino Unido) y, posteriormente, el mando fue asumido directamente por la OTAN. Hubo datos contundentes de que, lejos de limitarse a proteger la población civil, la OTAN estaba suministrando armas a los rebeldes y estaba bombardeando objetivos de las fuerzas de Gadafi, interviniendo en forma directa en el conflicto interno en Libia a favor de una de las partes.<sup>24</sup> China y Rusia protestaron vivamente y señalaron que la OTAN había excedido el mandato de la resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad y había cometido una injerencia ilícita en los asuntos internos de un Estado soberano.<sup>25</sup> Más allá del mandato de proteger a civiles, la OTAN habría instrumentado la autorización del Consejo de Seguridad para derrocar al gobierno del coronel Gadafi y sumir a Libia en el caos y la no gobernabilidad.<sup>26</sup> El no respeto del mandato del Consejo de Seguridad constituyó una violación del artículo 7o. del Tratado constitutivo de la OTAN, del artículo 2-4 de la Carta de la ONU y del principio con-

<sup>22</sup> UNSC, Resolution 1973.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> CNN Wire Staff, “Libyan rebels target Gadhafi’s birthplace”, *CNN*, 2011, disponible en: <http://www.cnn.com/2011/WORLD/africa/03/28/libya.war/>, Henderson, Christian, “International Measures for the Protection of Civilians in Libya and Cote d’Ivoire”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, vol. 60, p. 767; Deeks, Ashley, “The NATO intervention in Lybia (2011)”, *University of Virginia School of Law*, 2017, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2966122>.

<sup>25</sup> Jacobs, Andrew, “China Urges Quick End to Airstrikes in Libya”, *New York Times*, 2011, disponible en: <http://www.nytimes.com/2011/03/23/world/asia/23beijing.html>; Deeks, Ashley, *op. cit.*, p. 9.

<sup>26</sup> Thakur, Ramesh, *The UN, Peace and Security: From Collective Security to the Responsibility to Protect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

suetudinario de no injerencia en los asuntos internos de los Estados.<sup>27</sup> Adicionalmente, la intervención militar de la OTAN en Libia le causó un daño irreparable al concepto de “responsabilidad de proteger” y abrió un debate en torno a la (im)posibilidad de conciliar el concepto con los fines políticos perversos que puede abanderar. Algunos autores consideran, además, que el precio de los excesos de la OTAN en Libia es pagado directamente por el pueblo sirio.<sup>28</sup> En 2012, Rusia propuso que se abriera una investigación ante la CPI por la comisión de crímenes internacionales durante los bombardeos de la OTAN en Libia.<sup>29</sup> No obstante, la investigación nunca se abrió. El hecho de que tres de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad — Estados Unidos, Francia y el Reino Unido— son, además, miembros de la OTAN garantiza la no sumisión a la competencia de la CPI de los crímenes cometidos por nacionales de estos países durante las operaciones militares de dicha organización. En cambio, el Consejo de Seguridad sí refirió a la CPI la comisión de crímenes internacionales por parte de tres nacionales libios —el ya difunto coronel Muammar Gadafi, su hijo, Saif Al-Islam Gadafi, que permanece prófugo de la Corte, y su yerno, Abdullah Al-Senussi—. <sup>30</sup>

De manera similar, el caso de Sudán fue referido a la CPI en 2006 por el Consejo de Seguridad, a través de la resolución de 1593, que se basó en el capítulo VII de la Carta de la ONU; pero no invocó directamente el artículo 13 b) del Estatuto de Roma, porque Sudán no es parte de dicho tratado internacional. En 2007, el Consejo de Seguridad ordenó la constitución de una operación de mantenimiento de la paz en Darfúr, Sudán (UNAMID). En 2009, la Corte emitió una orden de arresto en contra de Omar al Bashir —el presidente en funciones de Sudán— quien fue inculpado de la comisión de crímenes internacionales. No obstante, los actos cometidos por otros

---

<sup>27</sup> Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “NATO’s «Brain Death»: A Legal Perspective”, *Russian Law Journal*, 2020, vol. 8.

<sup>28</sup> El autor recuerda que China y Rusia no vetaron la Resolución 1973 del CS porque creyeron que la intervención militar de la OTAN iba a ser limitada a los propósitos humanitarios de la “R2P”. El sentimiento de “traición”, acompañado por la real preocupación de Rusia ante la extensión de las fronteras de la OTAN hacia el Este, explica, en buena medida, el constante veto ruso a los proyectos de resolución del CS sobre el conflicto sirio. Así, el “fantasma” de Libia hace que Rusia y China guarden una excesiva cautela ante los instintos intervencionistas que la “R2P” puede alimentar. Thakur, Ramesh, *op. cit.*

<sup>29</sup> Bridge, Robert, “Russia urges NATO to investigate Libyan deaths”, *RT*, 2011, disponible en: <https://www.rt.com/russia/russia-libya-nato-investigation-un-217/>.

<sup>30</sup> Corte Penal Internacional, “Third Report of the Prosecutor to the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSC 1970 (2011)”, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D313B617-6A86-4D64-88AD-A89375C18FB9/0/UNSC\\_reportLibyaMay2012Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D313B617-6A86-4D64-88AD-A89375C18FB9/0/UNSC_reportLibyaMay2012Eng.pdf).

agentes durante el conflicto armado en Darfúr, incluyendo a los integrantes de la UNAMID, nunca fueron sometidos a un control judicial por parte de la CPI.

La referencia de los casos de Libia y Sudán a la CPI marca claramente la parcialidad geográfica y geopolítica en la activación del procedimiento establecido en el artículo 13-b) del Estatuto de Roma. Es obvio que no sólo en África se cometen crímenes internacionales. Así, por ejemplo, durante la guerra en Irak, en 2003 hubo indicios de la comisión de crímenes de esta naturaleza, pero este caso nunca fue referido a la CPI por el Consejo de Seguridad, porque implicaba el inicio de investigaciones en contra de nacionales de dos de los miembros permanentes del Consejo —Estados Unidos y el Reino Unido—. El principal órgano político de las Naciones Unidas tampoco ha solicitado a la Corte abrir investigaciones por lo ocurrido en el conflicto en la franja de Gaza (debido al posible veto de Estados Unidos) ni por la situación en Siria (por posibles vetos de China y Rusia), en Ucrania y en Venezuela (por el posible veto de Rusia). Es así como el Consejo ha ignorado por completo los crímenes internacionales cometidos en conflictos que involucran las grandes potencias y/o sus aliados. Solamente se han referido a la CPI hechos acaecidos en el territorio de países débiles, situados fuera de las esferas de influencia directa de esas potencias. De ahí que la referencia de crímenes a la CPI por parte del Consejo de Seguridad, de conformidad con el artículo 13-b) del Estatuto de Roma, se ha convertido en una fachada que busca proteger a los miembros permanentes del Consejo, a sus aliados y a sus intereses políticos y geoestratégicos de la justicia (penal) internacional. Así, la utilización de esa disposición sí ha sido, *de facto*, un instrumento de dominación neocolonial de Estados fuertes sobre países débiles.<sup>31</sup>

Los criterios de selectividad de los casos que se refieren a la Corte con base en el artículo 13 de su Estatuto constitutivo no sólo por el Consejo de Seguridad, sino también por los Estados parte en dicho tratado y por el procurador(a) de la CPI constituyen el principal fundamento de las críticas en torno a su naturaleza neocolonial. La decisión de investigar crímenes internacionales cometidos en determinados contextos y el silencio de la Corte sobre la realización de actos de barbarie y atrocidades en contra de la población civil en otros han debilitado la idea de una justicia penal imparcial y universal.

En este sentido, las sospechas de neocolonialismo han pesado sobre otros tribunales penales internacionales. Así, por ejemplo, en una célebre

---

<sup>31</sup> Sujith, Xavier, “The Dark Corners of the World: International Criminal Law and the Global South”, *Journal of International Criminal Justice*, 2016, vol. 14, p. 959.

opinión disidente de una de las sentencias del Tribunal de Tokio, el juez indio Radhabinod Pal denunció la “represión vengativa” y el “colonialismo de los vencedores” de la Segunda Guerra Mundial.<sup>32</sup> En la opinión de Pal, la no sumisión a la competencia del tribunal de los bombardeos estadounidenses sobre Hiroshima y Nagasaki y de otros actos de agresión colonial de los vencedores en contra de Japón, simplemente privaba a dicho tribunal penal internacional de las bases estructurales para impartir justicia y ser justo.<sup>33</sup> Aun cuando las bases estructurales de otros tribunales penales internacionales les permitían fungir como impartidores de justicia penal internacional, su funcionamiento concreto los alejó de este ideal. Así, por ejemplo, el TPIY claramente tenía competencia tanto territorial como material<sup>34</sup> para juzgar los actos violatorios del derecho penal internacional, cometidos por agentes de la OTAN en el territorio de la ex Yugoslavia. No obstante, ninguna investigación en contra de esa organización procedió. La entonces procuradora del TPIY, Carla del Ponte, confesó que había intentado iniciar una investigación por la intervención militar de la OTAN en la ex Yugoslavia en 1999, pero que se dio cuenta de que su intención “había entrado en colusión con el universo político en el cual el Tribunal podía funcionar...”<sup>35</sup> Ni las garantías convencionales del estatus independiente del procurador del TPIY ni su manifiesta competencia material sobre los hechos permitieron superar la selectividad política de los casos sometidos ante este órgano impartidor de la justicia penal internacional.

Otro fundamento de las críticas en torno a la selectividad neocolonial de la CPI se refiere a las fuentes de financiamiento de dicha organización internacional. El presupuesto de la CPI se integra por aportaciones de sus Estados miembros. Los principales contribuidores son los países europeos y Japón, lo que explicaría, en buena medida, por qué el procurador(a) de la Corte nunca ha abierto una investigación en contra de alguno de sus principales donadores.

---

<sup>32</sup> UN Archives, *Dissenting Opinion of Justice Pal*, disponible en: <https://search.archives.un.org/unwcc-annexes-dissenting-opinion-of-justice-pal-member-from-india-pages-1-37>.

<sup>33</sup> Tanaka, Yuki, McCormack, Tim and Simpson, Gerry (eds.), *Beyond Victors Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

<sup>34</sup> Ponte, Carla del y Sudetic, Chuck, *Madame Prosecutor: Confrontations with Humanity's Worst Criminals and the Culture of Impunity: A Memoir*, Nueva York, Other Press, 2009, p. 58.

<sup>35</sup> Kochler, Hans, *The NATO War of 1999 and the Impotence of International Law*, *International Conference The 1999 NATO Bombing Campaign: 20 Years Later*, Institute of International Politics and Economics in co-operation with Faculty of Security Studies, University of Belgrade Belgrade, 2019, disponible en: [http://hanskoehler.com/Koehler-NATO\\_War-1999-International\\_Law-March2019.pdf](http://hanskoehler.com/Koehler-NATO_War-1999-International_Law-March2019.pdf).

La CPI ha sido culpada de ser selectiva no solamente respecto a las situaciones de conflicto que no ha investigado, sino también respecto a las características de los conflictos africanos que sí ha investigado. Así, por ejemplo, su decisión de investigar la comisión de crímenes internacionales en una sola región de la República Democrática del Congo (la de Kivu) habría mermado los esfuerzos de paz en el territorio de dicho Estado. Al inculpar al expresidente de dicho país —Bemba— la Corte habría tomado partido político en favor de sus sucesores, los cuales no han sido investigados por la comisión de crímenes internacionales. La decisión de investigar sólo a grupos militares y paramilitares y no a miembros de los gobiernos de algunos países africanos, por ejemplo, en el caso de la República Centroafricana, no habría hecho más que empeorar los conflictos internos en esos Estados.<sup>36</sup> De igual modo, ha surgido la cuestión de saber por qué se investigaron solamente los crímenes cometidos por Muammar Gadafi, su hijo y su yerno, y no los cometidos por los grupos rebeldes al gobierno libio. Por qué enjuiciar solamente al expresidente de Costa de Marfil —Laurent Gbagbo— y a su esposa, y no indagar en torno a la posible comisión de crímenes internacionales por su sucesor Alassane Ouattara, que llegó al poder gracias a un fuerte apoyo occidental. ¿Será que la CPI sólo puede investigar líderes africanos que han perdido el apoyo de Occidente e ignorar los actos cometidos por los que todavía cuentan con dicho apoyo?<sup>37</sup>

### III. LAS RESPUESTAS A LAS CRÍTICAS DEL CARÁCTER SUPUESTAMENTE NEOCOLONIAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Una de las respuestas directas a las críticas del carácter neocolonial de la CPI consistió en nombrar a una mujer africana —Fatou Betsouda— como procuradora de la Corte. Asimismo, la Corte ha tratado de mostrar claramente que su quehacer judicial futuro no seguirá centrándose única y exclusivamente en crímenes internacionales cometidos en África. En ese sentido, la Corte ha abierto recientemente un importante número de investigaciones por situaciones ocurridas en países no africanos.

Así, por ejemplo, se encuentra actualmente pendiente ante la CPI el caso de la posible comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en Colombia, a partir de 2009 y 2002, respectivamente. En un

<sup>36</sup> Cannon, Brendon *et al.*, “The International Criminal Court and Africa, Contextualizing the Anti-ICC Narrative”, *African Journal of International Criminal Justice*, 2016, vol. 2, p.10.

<sup>37</sup> Taku, Charles, *Ntaganda invites ICC to Look Beyond Africa*, disponible en: <https://icforum.com/africa>.

comunicado de prensa del 23 de enero de 2020, la oficina de la procuradora de la CPI reconoció los esfuerzos realizados en Colombia para llevar a la justicia a los responsables de la comisión de dichos crímenes a través de la creación de un órgano específico de justicia transicional —la Jurisdicción Especial para la Paz—. Asimismo, expresó su apoyo a los esfuerzos de esa jurisdicción para promover mecanismos, técnicas y procedimientos compatibles con los criterios de admisibilidad del caso de Colombia ante la CPI.<sup>38</sup>

De igual modo, la Corte ha abierto una investigación preliminar en contra de nacionales del Reino Unido por presuntos crímenes internacionales cometidos en el territorio de Iraq durante la intervención militar liderada por Estados Unidos en 2003 y la posterior ocupación militar, que concluyó en 2008. Se investiga, en particular, la comisión de asesinatos, tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. El caso había sido cerrado en 2006, y fue reabierto en 2014, después de que se descubrieron nuevos indicios fácticos.<sup>39</sup>

El caso de Palestina también ha sido objeto de una investigación preliminar por la comisión de crímenes internacionales en los territorios palestinos ocupados, incluyendo Jerusalén Este, a partir de 2014. Es de recordarse que a pesar de las controversias en torno a su cualidad de Estado, Palestina ratificó el Estatuto de Roma en 2015, y en 2018 refirió a la CPI la situación ocurrida en su propio territorio. La procuradora de la Corte estimó que algunos de los criterios de admisibilidad del caso habían sido reunidos; no obstante, solicitó a la cámara de primera instancia pronunciarse sobre la competencia territorial de la Corte para conocer del caso.<sup>40</sup>

Recientemente se abrió una investigación preliminar en contra de nacionales de Filipinas, por actos cometidos desde 2016 en el marco de la campaña de “guerra contra las drogas” que había implementado el gobierno de ese Estado. En 2019, Filipinas se retiró del Estatuto de Roma. Sin embargo, de conformidad con el artículo 127-2 del Estatuto de Roma, la Corte se estimó competente para investigar crímenes de lesa humanidad cometidos antes de la fecha de retiro.<sup>41</sup>

El caso de Ucrania también se encuentra en la fase de investigaciones preliminares ante la CPI. Ucrania no es parte del Estatuto de Roma; no

<sup>38</sup> Corte Penal Internacional, “The Office of the Prosecutor concludes mission to Colombia”, 2020, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1510>.

<sup>39</sup> Corte Penal Internacional, “Iraq”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iraq>.

<sup>40</sup> Corte Penal Internacional, “State of Palestine”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/palestine>.

<sup>41</sup> Corte Penal Internacional, “Republic of Philippines”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/philippines>.

obstante, el gobierno de este país presentó una declaración especial de conformidad con el artículo 12-3 de dicho tratado y aceptó la competencia de la Corte para investigar la comisión de crímenes de lesa humanidad durante las protestas violentas y otros eventos que tuvieron lugar en Ucrania entre 2013 y 2014.<sup>42</sup>

Finalmente, existen dos investigaciones preliminares ante la CPI por hechos ocurridos en el territorio de Venezuela. La primera investigación fue abierta a demanda de un grupo de Estados (en particular, Argentina, Colombia, Canadá, Chile, Paraguay y Perú), y se refiere a la presunta comisión de crímenes internacionales en el contexto de las protestas en contra del régimen del presidente Nicolás Maduro desde 2014.<sup>43</sup> La segunda investigación preliminar se inició a demanda de Venezuela. A solicitud del gobierno de Nicolás Maduro se busca que la CPI indague en torno a los crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos como resultado de la adopción, por parte de Estados Unidos, de medidas coercitivas unilaterales en contra de Venezuela.<sup>44</sup>

En el mismo sentido, el 14 de noviembre de 2019, la Cámara de Primera Instancia autorizó a la procuradora de la Corte a iniciar una investigación por crímenes internacionales en contra del pueblo rohingya en el territorio de Bangladesh —un Estado parte del Estatuto de Roma—. La investigación podrá comprender la comisión de todo tipo de crímenes de la competencia de la Corte después del 1o. de junio de 2010 —fecha de entrada en vigor de dicho tratado en Bangladesh—. Los hechos bajo investigación comprenden actos de violencia masiva y sistemática en contra de los rohingya, incluyendo asesinatos, encarcelación, tortura, violación, violencia sexual y deportaciones a gran escala. Dichos actos fueron presuntamente cometidos por fuerzas y agentes del gobierno de Myanmar.<sup>45</sup>

El caso del presunto genocidio en contra de los rohingya también se encuentra pendiente ante la Corte Internacional de Justicia. Por primera vez en la historia del derecho internacional, un Estado, en particular Gambia, demandó a otro Estado —Myanmar— por responsabilidad internacional

---

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> Corte Penal Internacional, “Venezuela II”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/venezuela>.

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> Corte Penal Internacional, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, following judicial authorisation to commence an investigation into the Situation in Bangladesh/Myanmar*, 2019, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20191122-otp-statement-bangladesh-myanmar>.

derivada de la comisión de graves violaciones de derechos humanos acaecidos en el interior de las fronteras del segundo Estado.<sup>46</sup>

Otra respuesta directa a las críticas del carácter neocolonial de la CPI ha consistido en abrir una investigación en contra de un país poderoso y hegemónico en el ámbito de las relaciones internacionales.

En efecto, el 5 de marzo de 2020 ocurrió una decisión histórica de la CPI —la de abrir una investigación en contra de nacionales de Estados Unidos y de Afganistán por hechos ocurridos durante la guerra de Afganistán en 2003—. Se les acusa, en particular, de actos de violación, otras formas de abuso sexual, tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Aunque Estados Unidos no es parte del Estatuto de Roma, Afganistán, el país en cuyo territorio fueron presuntamente cometidos los crímenes, sí lo es. La Corte investigará, además, crímenes de guerra cometidos por militares estadounidenses y por miembros de la CIA en las cárceles secretas (*black sites*), ubicadas en el territorio de otros Estados miembros del Estatuto de Roma, como Lituania, Polonia y Rumania.

El sometimiento del caso Afganistán ante la CPI significó la superación de varios obstáculos. En efecto, en la fase inicial del caso, la Cámara de Primera Instancia se opuso a la apertura de las investigaciones y consideró que los criterios del artículo 15 del Estatuto de Roma no se cumplían, visto que la investigación no iba a ser en “el interés de la justicia”. La sentencia de la cámara de primera instancia fue vista como una capitulación ante los intereses de las grandes potencias y como una garantía para la impunidad de los actos de sus nacionales en el derecho internacional.<sup>47</sup> No obstante, en una decisión posterior del 5 de marzo de 2020, la Cámara de Apelaciones de la CPI rechazó la sentencia de la cámara de primera instancia y autorizó a la procuradora de la Corte a iniciar una investigación en el caso Afganistán.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> ICJ, Press Release 2020/14, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Gambia vs. Myanmar, disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20200526-PRE-01-00-EN.pdf>.

<sup>47</sup> Labuda, Patrick, *A Neo-Colonial Court for Weak States? Not Quite. Making Sense of the International Criminal Court's Afghanistan Decision*, 2019, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/a-neo-colonial-court-for-weak-states-not-quite-making-sense-of-the-international-criminal-courts-afghanistan-decision/>.

<sup>48</sup> Según la Cámara de Apelaciones, la cámara de primera instancia nunca debió preguntarse si la apertura de las investigaciones iba a ser en “el interés de la justicia”, sino que debía limitarse a examinar si los indicios fácticos demostraban la comisión de crímenes internacionales en el territorio de Afganistán y de otros países miembros del Estatuto de Roma. La Cámara de Apelaciones consideró que dichos crímenes efectivamente entraban en la esfera de competencia *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci* y *ratione temporae* de la CPI y, consecuentemente, autorizó el inicio de las investigaciones.

Esta decisión de la CPI literalmente enfureció al gobierno de Estados Unidos, porque fue anunciada a pocos días de la firma de un acuerdo de paz entre este país y Afganistán. Representantes del gabinete de Donald Trump culparon a la Corte de actuar como una institución “traidora e irresponsable, que se disfraza de un órgano judicial para llevar a cabo venganzas políticas”. Desde este entonces, el gobierno de Estados Unidos inició una verdadera “cruzada” en contra de la CPI. Las medidas punitivas incluyeron sanciones coercitivas, entre otras, restricciones de visas y viajes y bloqueos de cuentas bancarias en contra del personal de la Corte y de miembros de sus familias. El presidente Trump firmó una orden ejecutiva en la que declaró un estado de emergencia, derivado de las amenazas que las investigaciones de la CPI representan para la seguridad de Estados Unidos.<sup>49</sup>

Como no miembro del Estatuto de Roma, Estados Unidos no tiene la obligación de cooperar con la Corte. Esto significa que si los responsables de los crímenes se encuentran en Estados Unidos, este país podrá no arrestarlos y no entregarlos a la Corte. En el mismo sentido, la CPI tendrá muchos problemas por conseguir las pruebas de su culpabilidad, porque la mayoría se encuentran precisamente en manos de las autoridades de Estados Unidos. Estados Unidos también podrá disuadir a otros países de cooperar con la Corte y lograr que se adopte una decisión del Consejo de Seguridad de la ONU en la materia. El futuro sólo dirá si la Corte logra condenar a nacionales de Estados Unidos por crímenes de guerra, cometidos en Afganistán. Aún si no lo logra, este caso podría demostrar que la justicia internacional es igual para todos y que los países poderosos, como Estados Unidos, no están por encima de la ley penal internacional.

La respuesta que dará la Corte a todas estas investigaciones preliminares tendrá un impacto directo sobre las críticas de su carácter neocolonial. Es de esperarse que en el futuro muchos más casos no africanos pasen de la fase de investigaciones preliminares a la de investigaciones formales y lleguen al conocimiento de la Corte. Desafortunadamente, la naturaleza política de algunos de los conflictos sujetos a dichas investigaciones, como los de Venezuela y de Ucrania, por ejemplo, podrán hacer surgir de nuevo la sospecha de que la Corte es un instrumento de dominación de los países fuertes (Estados Unidos y Rusia, por ejemplo) sobre los débiles. El hecho de que las investigaciones ocurren en Asia y América Latina —dos continentes históricamente sujetos a yugos coloniales— podría hacer pensar que la

---

<sup>49</sup> Azad, Sohrab, *The US Crusade Against the ICC Dashes Afghan Dreams of Justice*, 2020, disponible en: <https://thediplomat.com/2020/06/the-us-crusade-against-the-icc-dashes-afghan-dreams-of-justice/>.

Corte habrá quitado su mirada del continente africano sólo para centrar su atención en otros espacios geográficos dominados por los intereses políticos y geopolíticos de las grandes potencias.

Es de estimarse que las respuestas a las críticas del carácter neocolonial de la CPI no deben provenir sólo de la Corte, sino también de los Estados parte en el Estatuto de Roma, en particular de sus miembros africanos.

En primer lugar, es de esperarse que los Estados busquen modificar las reglas del Estatuto de Roma que han permitido el desarrollo de prácticas neocoloniales. Así, por ejemplo, se podrán proponer reformas del artículo 13 del tratado en lo relativo a la posibilidad para la CPI de iniciar investigaciones en el territorio de Estados miembros o no miembros de la Corte. Sería necesario pensar en mecanismos jurídicos que dependan menos de los intereses políticos y geopolíticos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU y se basen más en las necesidades reales de impartir justicia a las víctimas de atrocidades masivas.

Otra respuesta muy evidente a las críticas del carácter neocolonial de la CPI conlleva la posibilidad de someter casos de nacionales de países poderosos ante el foro de este tribunal penal internacional. El argumento de que la CPI está juzgando solamente a nacionales de Estados débiles y no a los de Estados poderosos podrá ser fácilmente refutado por la ausencia de jurisdicción universal de la Corte y por el hecho de que muchos países poderosos, como China, India, Rusia o Estados Unidos, simplemente no han ratificado el Estatuto de Roma. Por ende, la universalización de la competencia de la Corte y la repartición geográfica más equitativa de los casos presentados ante este órgano judicial dependen de la voluntad política de dichos Estados de aprobar su tratado constitutivo.

En el mismo sentido, como se dijo con anterioridad, en virtud del principio de complementariedad que rige las relaciones entre la CPI y los tribunales internos de los Estados, la Corte es un tribunal internacional de último grado (*last resort*), mientras que las jurisdicciones internas son jueces de primer grado (*first resort*). La apertura de investigaciones ante la CPI se debe, en buena medida, a la inexistencia de mecanismos judiciales independientes, imparciales y eficaces para investigar y sancionar la comisión de crímenes internacionales en el ámbito interno. Los tribunales internos no deben ser órganos políticos del Estado ni defender intereses partidistas particulares; son terceros imparciales que controlan la legalidad de los actos de los particulares y del propio Poder Ejecutivo. No obstante, como señala

Sloss,<sup>50</sup> en aproximadamente dos terceras partes de los países del mundo, el Poder Judicial no es independiente.<sup>51</sup> En dichos países, los intereses políticos de las personas en el poder pueden subvertir el derecho, de manera casi rutinaria.<sup>52</sup> Adicionalmente, existen obstáculos de naturaleza jurídica, susceptibles de impedir que los tribunales internos conozcan de la comisión de crímenes internacionales, como la no incorporación del Estatuto de Roma en los ordenamientos jurídicos internos<sup>53</sup> y la consecuente no tipificación de los delitos previstos en dicho tratado internacional en el derecho interno de los Estados. Existe un debate en torno al carácter *self-executing* del artículo 7o. del Estatuto de Roma, que establece la definición de los crímenes internacionales de competencia de la CPI. Hasta la fecha, sólo los tribunales internos de la República Democrática de Congo han considerado que el artículo 7o. del Estatuto de Roma es una disposición *self-executing*, y han aceptado enjuiciar a individuos por la comisión de crímenes internacionales con base legal directa en dicha disposición.<sup>54</sup>

En vista de lo anterior, una de las principales respuestas a las críticas del carácter neocolonial de la CPI debería provenir de los agentes de los Estados africanos y, en especial, de los integrantes de sus judicaturas internas. En muchos países africanos las jurisdicciones internas no tienen el arsenal jurídico suficiente para sancionar graves violaciones de derechos humanos, constitutivos de crímenes internacionales. La corrupción de los miembros de dichas jurisdicciones se combina con una dependencia excesiva hacia los poderes ejecutivos de sus respectivos países.<sup>55</sup> Esto explica por qué ninguno de los países africanos ha establecido tribunales internos y/o ha designado procedimientos internos para examinar demandas, basadas en los mismos hechos y/o en contra de los mismos individuos que los sujetos a la jurisdicción de la CPI.<sup>56</sup> Mientras que los tribunales internos de los Estados africanos no acepten su función de jueces complementarios de la CPI y no garanticen que en el territorio de sus Estados respectivos los individuos que cometen crímenes internacionales no queden impunes, la CPI seguirá

<sup>50</sup> Sloss, David y Van Alstine, Michael, *International Law in Domestic Courts*, 2015, p. 3, disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>.

<sup>51</sup> Polity IV Project, *Political Regime Characteristics and Transitions, 1800–2014*, disponible en: [www.systemicpeace.org/inscrdata.html](http://www.systemicpeace.org/inscrdata.html).

<sup>52</sup> Sloss, David, *op. cit.*, p. 4.

<sup>53</sup> Este es el caso de México, entre otros países.

<sup>54</sup> Casos *Mai Mai*, *Mutins de Mbandaka*, *Songo Mboyo*, *Bongi*, *Kahwa* y *Bavi* de tribunales internos de la República Democrática de Congo.

<sup>55</sup> Cannon, Brendon, *op. cit.*, p. 20.

<sup>56</sup> Disponible en: <https://iccforum.com/africa>.

siendo la única alternativa de las víctimas de dichos crímenes para obtener justicia.<sup>57</sup> Adicionalmente, si no se demuestra que la Corte ha investigado y/o enjuiciado a individuos inocentes, en violación del derecho al debido proceso, los argumentos en contra de su carácter neocolonial seguirían siendo más políticos que jurídicos.<sup>58</sup>

Los Estados parte en el Estatuto de Roma también deberán tomar en cuenta el carácter consensual de la competencia de la Corte a la hora de formular críticas en torno a su carácter neocolonial. En ese sentido, los países africanos voluntariamente ratificaron un tratado internacional —el Estatuto de Roma—, que crea para ellos derechos y obligaciones vinculantes de conformidad con el principio general del derecho *pacta sunt servanda*. Otros países como Rusia, Estados Unidos, Israel, China o India prefirieron no formar parte del Estatuto de Roma y no someter a sus nacionales a la jurisdicción de este tribunal internacional. Las críticas provenientes de las elites gubernamentales africanas buscan remediar un acto consumado —la cesión de soberanía a la CPI y su capacidad de indagar sobre actos cometidos precisamente por dichas elites—.<sup>59</sup> El Estatuto de Roma establece la posibilidad de recuperar dicha soberanía a través de la denuncia del acuerdo por parte de los Estados. El hecho de que, a pesar de todas las amenazas, sólo un país africano (Burundi) se ha retirado de la CPI muestra que las críticas en torno al carácter neocolonial de la Corte no son irreconciliables con la pertenencia de los Estados a la institución internacional.

Por último, no hay que perder de vista que la selectividad de los casos por parte de la CPI se debe a la gravedad de los crímenes internacionales cometidos durante conflictos que ocurren en el territorio de los Estados.<sup>60</sup>

Desde una perspectiva empírica, África es el continente en el cual han ocurrido la mayoría de los conflictos internos que han supuesto graves violaciones de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Según datos de la Uppsala Conflict Data Program, entre 2001 y 2015 la mayoría de los conflictos armados en el mundo tuvieron lugar en África (con el impresionante número de 35 conflictos entre 2000 y 2001). Medio Oriente, en particular, debido a las situaciones en Siria e Iraq, comenzó a tomar la delantera sólo a partir de 2014. En el mismo tiempo, Europa, América y Asia registraron muy pocos

---

<sup>57</sup> Cannon, Brendon, *op. cit.*, p. 15.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>60</sup> Guzman, Margaret M. de, *Response to Question: "Is the ICC Targeting Africa Inappropriately?"* disponible en: <https://icforum.com/africa>.

conflictos armados internos, caracterizados por la comisión de atrocidades masivas.<sup>61</sup> Sólo en los últimos veinte años ha habido al menos diez guerras civiles en el continente africano, esencialmente centradas en la repartición de los beneficios de la extracción de los recursos naturales que subyacen en el suelo africano. Dichos conflictos han exacerbado la violencia, las luchas por el poder político entre élites gubernamentales y grupos rebeldes,<sup>62</sup> y han militarizado el día a día de los pueblos de los países africanos.<sup>63</sup> Por ende, mientras que la gobernabilidad, la democracia, el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos no mejore en el interior de los países africanos,<sup>64</sup> los conflictos internos que ocurren en África continuarán siendo “caldos de cultivo” perfectos para la comisión de crímenes internacionales de la competencia de la CPI.

#### IV. CONCLUSIONES

La comisión de crímenes internacionales que no tienen raza, religión o etnias no se ha detenido en los dieciocho años que se cumplen a partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Al contrario, las víctimas de atrocidades masivas cometidas no sólo en países africanos, sino también en Myanmar, Palestina, Siria, Yemen, o Venezuela, siguen poniendo sus esperanzas en la eficacia de la justicia penal internacional.

La CPI fue creada con el objetivo de preservar valores superiores y supremos para todos los Estados y llevar ante la justicia a los autores de actos susceptibles de sacudir la conciencia de la comunidad internacional en su conjunto. Su existencia fue vista como una condición *sine qua non* para la protección de los derechos humanos de los individuos y de los pueblos. A pesar de la necesidad de la justicia penal internacional que imparte, la legitimidad de la Corte ha sido corroída por las críticas de su carácter neocolonial. El funcionamiento de la CPI depende estrechamente de la cooperación de los Estados y, por ende, la Corte debe ganarse su confianza.

---

<sup>61</sup> Melander, E. *et al.*, “Organized Violence, 1989-2015”, *Journal of Peace Research*, 2016, vol. 53, núm. 5, pp. 727-742.

<sup>62</sup> Nwhoia, Raymond, *The Dynamics of the ICC and Africa Through the Prism of Neocolonialism*, Thesis.

<sup>63</sup> Clarke, Kamari Maxine, *Is the ICC targeting Africa inappropriately or are there sound reasons and justifications for why all of the situations currently under investigation or prosecution happen to be in Africa?*, disponible en: <https://iccforum.com/africa>.

<sup>64</sup> Cheeseman, Nic y Jeffrey, Smith, *The Retreat of African Democracy. The Autocratic Threat is Growing*, 2019, disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/africa/2019-01-17/retreat-african-democracy>.

En la actualidad, muchos Estados miembros de la comunidad internacional han dejado de cooperar con la CPI. Las consecuencias de la falta de cooperación son devastadoras para la impartición de la justicia penal internacional. Como se dijo con anterioridad, la rivalidad geopolítica entre Rusia, China y Estados Unidos evita que el caso de Siria llegue ante la Corte. Los setenta Estados no miembros del Estatuto de Roma, entre los cuales están varias grandes potencias, siguen sin querer ratificar el tratado. Dos de los Estados en contra de los cuales se iniciaron investigaciones —Burundi y Filipinas— prefirieron denunciar el Estatuto de Roma, y esto ha sentado un mal precedente para el futuro de la CPI. La cruzada de Estados Unidos en contra de la Corte la priva de apoyos logísticos y financieros esenciales para su funcionamiento e impide que otros Estados sujetos a presión estadounidense cooperen con la Corte. La no cooperación por parte de Rusia y China es igualmente problemática.

No obstante, es poco probable que la falta de cooperación y apoyo estatal hacia la CPI se deba principalmente a su supuesto neocolonialismo. El verdadero problema para el funcionamiento actual de la CPI tal vez no sea su neocolonialismo, sino el neocolonialismo de los propios Estados miembros y no miembros del Estatuto de Roma. Dichos países se comprometen a medias y de manera selectiva con la justicia penal internacional: la apoyan cuando está a favor de sus intereses nacionales y la rechazan cuando va en contra de éstos. Podemos pensar en el neocolonialismo de las elites de los propios Estados africanos, muchas veces manipuladas por los intereses de las grandes potencias, que han utilizado su posibilidad de referir casos a la CPI para perseguir a grupos opositores y perpetrar su propio poderío político,<sup>65</sup> al indudable neocolonialismo de los países miembros del Consejo de Seguridad de la ONU que refieren casos de nacionales de otros Estados a la justicia penal internacional, pero nunca los suyos propios o a la cruzada actual de Estados Unidos en contra de la Corte.

Sólo si se erradican todo tipo de prácticas neocoloniales —las de la Corte y de los Estados— la justicia penal internacional podría cumplir con su principal objetivo: proteger los derechos humanos de las víctimas de actos de barbarie y atrocidades, cometidos en su contra.

---

<sup>65</sup> Achaleke, Taku y Chief, Charles, *Has the International Criminal Court Inappropriately Targeted Africa?*, disponible en: <https://icforum.com/africa>.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### NUEVOS RETOS DEL ARREGLO JUDICIAL DE LAS CONTROVERSIAS EN LA UNIÓN EUROPEA (A PROPÓSITO DE LA DECISIÓN DEL PROGRAMA DE COMPRAS DEL SECTOR PÚBLICO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN)

Francisco TORTOLERO CERVANTES

#### I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de dialogar entre jueces emana de la flexibilidad del orden jurídico europeo, necesario para acomodar las normas comunes a realidades tan disímolas en todo aquel territorio. Pero flexibilidad no significa que cada tribunal nacional termine dando preferencia (de manera aleatoria), en ocasiones al derecho comunitario, y en otras, al derecho doméstico. Sometidos a principios interpretativos, como el efecto útil de los tratados, la primacía del derecho común y el pluralismo constitucional, los jueces constitucionales alemanes han ido dando pasos decididos contra la zozobra de la integración europea, que ahora en particular, ofrece retos sin precedentes en plena crisis económica y sanitaria derivada de la pandemia del Covid-19 en 2020, proyectando con ello los lineamientos de nuevos retos interpretativos en dirección de Luxemburgo, concretamente, por el previsible aumento en las tensiones entre tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como guardián de los tratados comunitarios.

Con la sentencia PSPP dictada el 5 de mayo de 2020 sobre la política monetaria del Banco Central Europeo (BCE) para la zona euro, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante, TCF)<sup>1</sup> parece redirigir la

---

<sup>1</sup> “Programa de Compras del Sector Público”, resolución del Segundo Senado, 5 de mayo de 2020, disponible en: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505\\_2bvr085915en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html).

noción de *diálogo jurisprudencial* hacia una decidida novación del derecho europeo.

Partiendo de esta resolución, nos preguntaremos si es este el momento de reformular de tajo la manera como los jueces nacionales interiorizan las normas comunitarias, en un planteamiento que se dirige hacia una orientación de inspiración federal para los países de la Unión.

Para rastrear en el tiempo los primeros antecedentes de esta práctica dialógica entre jurisdicciones europeas, también habremos de incluir, si bien de manera tangencial, a la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH),<sup>2</sup> que garantiza el sistema de protección de la Convención Europea de Derechos Humanos. Uno de sus anteriores presidentes refiere que la expresión *dialogue des juges* fue acuñada dentro de las conclusiones de la decisión *Cohn-Bendit*, donde el consejero de Estado francés, Bruno Genevois, manifestaba en sus consideraciones que “a la escala de la Comunidad europea, no debe haber ni gobierno de los jueces ni guerra entre jurisdicciones; debe en cambio darse lugar al establecimiento de un diálogo entre jueces”.<sup>3</sup>

Esta modalidad de diálogo se inscribe en la inminente internacionalización del derecho, que ya aparecía como elemento inherente a la unidad del orden comunitario, como cemento para la construcción de la entonces CEE, incluso dentro de los países más reacios a abandonar la invocación del derecho doméstico. Ha quedado atrás la interpretación de los civilistas franceses, quienes todavía hacia los años ochenta advertían un aparente carácter “destructor de órdenes normativos venidos de fuera”,<sup>4</sup> desconociendo toda posibilidad de relaciones horizontales (como dije, de inspiración federalista), que propiciaran el entendimiento entre el centro y las periferias de la Unión.

Para operar el cambio de cultura constitucional proclive al diálogo, como se produjo de una época a la otra, los países con percepciones inflexibles de su soberanía, como Francia o el Reino Unido, empezaron utilizando criterios jurisprudenciales conocidos en el fuero interno, especialmente extraídos del derecho administrativo,<sup>5</sup> para flexibilizar las formas de protección del derecho comunitario. Los criterios se llevaron del plano doméstico

<sup>2</sup> Para una revisión de conjunto sobre este enfoque, véase en Szymczak, D., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 847.

<sup>3</sup> Énfasis añadido, en *Ministère de l'Intérieur vs. Cohn-Bendit*, resolución del 22 de diciembre de 1978, cit. por Costa, Jean-Paul, “Le dialogue du juge avec lui-même”, *Le dialogue des juges: Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 198.

<sup>4</sup> Carbonnier, J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 44.

<sup>5</sup> Un análisis de la evolución del derecho de la Unión, como derecho de los estados miembros, en Denizeau, C., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris,

a describir las decisiones subsecuentes de la entonces Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE). Fue así como el foro francés logró que los jueces nacionales empezaran a tomar criterios de ida y de vuelta.<sup>6</sup>

Durante las décadas posteriores, con un mundo global en expansión, donde las fronteras lingüísticas, territoriales o sociales reculaban, cada vez, al dialogar a partir de puntos de vista en tensión, propició un enriquecimiento constante. El viejo dualismo del derecho internacional (que durante los años de su fundación abrazó al comunitario) dio paso a una decidida relectura del pluralismo jurídico.<sup>7</sup> Parecía así que se implantaba una percepción de que en ningún escenario se pugnaría por la cancelación recíproca de criterios aplicables.

En este tenor, debo aclarar que no sólo se trató de una predisposición al diálogo o a evitar “choques de trenes”, como se expresa atinadamente en Colombia.<sup>8</sup> Otro de los factores que jugó a favor del intercambio de criterios y de la construcción de nuevas soluciones, que podríamos caracterizar como parte de las relaciones verticales entre las autoridades de la Unión y los Estados, implicó la normalización del derecho internacional en sede interna. Aquello se hizo manifiesto, incluso entre los países con percepciones estrictas de la soberanía, como condición fundamental para continuar las fases subsecuentes de la construcción europea, como se puede leer de voces premonitorias en las postrimerías de este pacto continental.<sup>9</sup> Así, la cooperación abierta entre jurisdicciones regionales y domésticas se empezó a asimilar hasta el punto que los países (incluyendo los más reacios) dejaron de

---

LGDJ, 2004, p. 684 y Mabaka, P., *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne. Aspects nationaux et européens*, Bruylant-Sakkoulas, 2006, p. 631.

<sup>6</sup> Nabli, B., *L'exercice des fonctions d'Etat membre de la Communauté européenne. Etude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire. Le cas français*, Paris, Dalloz, 2007, p. 669.

<sup>7</sup> A grado que los añejos antagonismos entre monismo y dualismo debieran considerarse hoy como “zombies jurídicos” de otros tiempos, en Bogdandy, A. V., *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 2011, p. 288.

<sup>8</sup> Salinas Alvarado, C. E., “El choque de trenes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Los juegos jurídicos metanormativos en Colombia”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2017, núm. 14, pp. 175-191.

<sup>9</sup> “Si los parlamentos nacionales son llamados a pronunciarse a cada nueva norma de derecho internacional, aquello solo puede derivar en el caos jurídico; una enfermedad que atacaría la construcción europea, como un peligro que podía seguir poniendo en riesgo la consolidación del proyecto comunitario”, Dehousse, F., “Rapport sur la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres”, *Parlement Européen, documents de séance*, núm. 43, 25 mai 1965, pp. 1-3.

ser indiferentes a las condenas que órganos supranacionales les empezaron a infligir.

A quienes denuncian que la normalización del orden europeo en sede interna promueve una perniciosa judicialización de la política, tratando de adaptar la tesis del *gobierno de los jueces*<sup>10</sup> y su inherente atentado a los principios representativos, habrá que aclararles que para dialogar, los jueces europeos tienen que ser solicitados por las partes de una controversia, que una petición de justicia formulada por una entidad exterior a la rama judicial es condición para poder actuar, y que esta condición conforma el elemento esencial que legitima los actos de toda autoridad jurisdiccional, pues en el esquema de separación de poderes son las ramas políticas, y no los tribunales, las que impulsan la agenda de las cuestiones políticas y constitucionales por controlar.<sup>11</sup>

En estas páginas voy a revisar algunas de las líneas generales del llamado *diálogo entre jueces*, que fundan la coexistencia y potencian los criterios interpretativos del constitucionalismo europeo del pasado medio siglo.

La decisión *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) del TCF alemán que aquí vamos a analizar, se perfila para ser una de las grandes decisiones de las jurisdicciones nacionales europeas que prometen orientar los debates sobre las tensiones entre jueces comunitarios y jueces domésticos para las próximas décadas.

Derivado de la supremacía inherente a cada Constitución, el juez nacional no es un mero receptor ni un aplicador mecánico de jurisprudencia europea, sino un sujeto que dialoga con las jurisdicciones supranacionales. Se impone así un “derecho consolidado” que no genera ninguna obligación concreta para el juez nacional, mientras estén pendientes pronunciamientos de las jurisdicciones regionales sin una dirección clara, que no encarnen una jurisprudencia arraigada.<sup>12</sup> Sin embargo, en el extremo contrario, veremos que la reciente resolución alemana también podría aportar fortalezas a la apuesta Merkel-Macron, que denota un proceso mutualizado de integración; incluso, de revisar un replanteamiento de los intentos (hasta hoy

---

<sup>10</sup> Lambert, E., *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Boston, Harvard University Press, 1977, p. 475.

<sup>11</sup> Favoreu, L., “La légitimité du juge constitutionnel”, *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1994, núm. 2, pp. 562-565.

<sup>12</sup> Este criterio que determina los modos de relación entre jueces nacionales y regionales, emana de una sentencia de la CEDH del 20 de enero de 2009, caso *Soc. Sud Fondi c. Italia*, seguida por la sentencia de la Corte constitucional del 24 de julio de 2009, núm. 239. Véase en Romboli, R., “Nota a sentenza”, *Il Foro Italiano*, 2016, núm. 5, pp. 1623-1637.

truncos) por construir una identidad federal de la Unión<sup>13</sup> frente al principio fundamental que hace coincidir al orden comunitario frente a las normas nacionales, sobre la base del artículo 4o., párrafo 2, del TUE, en términos de *identidad constitucional*.

Por último, podríamos considerar que la forma de entender esta sentencia PSPP conduce a órganos administrativos de la UE, como el BCE, a buscar en la política monetaria de la eurozona una razón (también federalista) para no romper este diálogo judicial. Y aunque no parezca la consecuencia más evidente, tampoco se puede descartar que el posible carácter disruptivo de la decisión PSPP ofrezca nuevas vías de integración a las instituciones europeas, amenazadas hoy por el regreso del soberanismo.

## II. LOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL PROGRAMA DE COMPRAS DEL SECTOR PÚBLICO: LOS REPAROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

El Programa de Compras del Sector Público (PSPP) fue ideado por los países de la eurozona, para permitir al BCE comprar títulos en el mercado secundario con el propósito estabilizador de propiciar la neutralidad del mercado, de suerte que se pudiera fomentar un rescate posterior a la entonces inminente crisis económica. Veremos que dicho programa fue impugnado por un grupo de justiciables alemanes, que se basaron en la distinción entre política económica y monetaria de la UE. Según su argumento, al implementar el PSPP, el BCE invadía las competencias nacionales de coordinar las políticas económicas; léase, los poderes expresos (*conferred powers*) del artículo 5o., TUE. Así, en un primer movimiento, el TCF alemán planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial cuestionando la validez de estas medidas (que parecían fundir la política monetaria del euro a las políticas económicas de cada país), exigiendo explicaciones respecto del reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros.

---

<sup>13</sup> En un extremo halagüeño, Henrik Enderlein, director del centro Jacques Delors en Berlín, apuntaba que la proposición franco-alemana de formar un fondo común de 750 mil millones de euros para combatir la pandemia que referiré más adelante, podía otorgar a la dupla franco-alemana un “momento hamiltoniano”, en referencia a uno de los hitos fundacionales del federalismo estadounidense. Tras la grave crisis de los bancos que dejó la guerra de independencia, Alexander Hamilton, secretario de finanzas, lograba hacer firmar en 1790 un compromiso a los Estados; la federación asumía sus deudas, y adquiría a cambio una autoridad considerable en materia de política financiera de la Unión. Traducido este razonamiento a la actualidad europea, ¿se puede pensar que una deuda común de estas dimensiones puede implicar, por fin, el ajuste a los tratados? A manera de refundación de las estructuras financieras y presupuestales de la UE, en Mussler, W., “Ein neues Kapitel für Europa”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de mayo de 2020.

A juzgar por las medidas monetarias emprendidas (incluso con antelación a la pandemia del SARS CoV-2), las bancas centrales de cada país integrante de la eurozona enfrentaron las consecuencias de la ralentización de la economía a través de estrategias contra efectos como la deflación y la recesión, que se intensificaron desde la crisis griega en 2015, y continuaron durante el largo proceso del *Brexit*. Pero tales medidas se intensificaron aún más, y se fueron implementando en tiempos récord, catapultadas a partir de la declaración de la OMS del 11 de marzo de 2020 (en vez de tardar semanas o meses, como ocurrió, por ejemplo, tras la crisis global de los *hedge-funds* en 2008). La experiencia indicaba que construir la confianza recíproca entre los países miembros de la Unión no sería producto de la inmediatez, pero que la pandemia bien valía apurar en su fase de implementación.

Este proceso se remonta sin embargo cuatro décadas atrás, con la sentencia *Cassis de Dijon*,<sup>14</sup> donde la CJCE estableció el principio de *reconocimiento mutuo*, al determinar que los Estados miembros pueden imponer obstáculos legales a la circulación de mercancías, aunque aquello sólo se pudiera referir a aspectos específicos de interés público (a saber: controles fiscales, de salud pública o protección al consumidor). En el resto de los casos, los Estados se debían obligar a confiar en los contenidos de la legislación de sus contrapartes, por lo que los productos autorizados a circular en un Estado debían desde entonces estarlo en los mercados de los demás Estados miembros.<sup>15</sup>

En el contexto de la pandemia de 2020, esta sentencia de 1979 fue retomada en sus principios por el BCE en su intento por lanzar un plan de reconstrucción basado en la mutualización de la deuda postpandemia, que debió intervenir con medidas económicas audaces de coordinación monetaria para evitar que la falta de liquidez imperante en los países se convirtiera en crisis de solvencia que erosionara el tejido productivo, propiciando ade-

---

<sup>14</sup> Sentencia “Cassis de Dijon”, CJCE del 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, en Majone, G., “Mutual trust: credible commitments and the evolution of rules for a single european market”, *EUI RSC Working Papers*, 1995, núm. 1.

<sup>15</sup> Respecto de un trámite iniciado por un exportador de licor de Cassis de Francia, la Administración Federal del Monopolio de Alcoholes de Alemania se encargaba de aplicar una norma federal que prohibía la importación de productos alcohólicos de menos de 25° GL. El TJUE determinó en esta sentencia que sólo puede haber medidas restrictivas en el plano interno mientras no exista una normativa común sobre producción y comercialización de bienes; y siempre que estas medidas se justifiquen frente al principio de libre circulación de mercancías. Siempre que estas bebidas de frutas se produzcan y comercialicen en un Estado miembro, están autorizadas a circular en los demás. No se requiere entonces que se hayan armonizado las legislaciones nacionales frente a las comunitarias, por virtud del principio de reconocimiento mutuo precitado, en Karpenschif, M. y Nourissat, C., *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union Européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, pp. 90-93.

más una pérdida permanente de empleos,<sup>16</sup> pudiendo incluso generalizar los efectos de un país a otro. Todo esto fue posible por la *confianza mutua* que desde hace décadas funge como piedra angular de la cooperación en la UE.

Las preguntas planteadas en este caso por el TCF sirvieron al TJUE para elaborar también este 2020 una interpretación que los comentaristas han etiquetado como del “centro de gravedad” de los tratados, que dibuja una alineación de medidas emprendidas por el BCE frente a los objetivos centrales de la estabilización de las políticas monetarias, no obstante, los efectos indirectos que las medidas pudieran causar a nivel de cada país. Cabe señalar además que en su sentencia preliminar, los jueces europeos dieron la razón a los justiciables alemanes, al admitir que existen diferencias esenciales entre las políticas económicas y las políticas monetarias. “Una medida de política monetaria no puede ser tratada como equivalente frente a una medida de política económica por la simple razón de que pueda causar efectos indirectos que también se pueden analizar en el contexto de la economía política”.<sup>17</sup> Siguiendo los precedentes de los casos *Pringle*<sup>18</sup> y *Gauweiler*,<sup>19</sup> que mencionaré más adelante, el tribunal europeo terminaba con una conclusión de Perogrullo: que los efectos económicos eran inevitables. Con lo cual, separar tajantemente lo económico de lo monetario traería como consecuencia que el BCE quedaría impedido de emprender cualquier política. Parecía a todas luces que esta lectura del *effet utile* servía de muy poco para tratar de delimitar los dos ámbitos de actuación.<sup>20</sup>

En reacción a la crisis del Covid-19, esta capacidad de respuesta conjunta (que idealmente podía sumar lo monetario a lo económico, coordinando instancias que debieran ocuparse en dos ámbitos competenciales: nacionales y comunitarios) si no exorcizó, al menos aplazó el fantasma de una gran depresión que asolaba a varios países de la región, en un continente con bancas centrales nacionales eficientes.<sup>21</sup> Aunque también ocurrió que la premura de medidas excepcionales similares hiciera necesaria la inter-

---

<sup>16</sup> Le Point, *La BCE renforce son arsenal de mesures économiques*, 2020, disponible en: [https://www.lepoint.fr/politique/coronavirus-la-bce-renforce-son-arsenal-de-mesures-economiques-04-06-2020-2378496\\_20.php#](https://www.lepoint.fr/politique/coronavirus-la-bce-renforce-son-arsenal-de-mesures-economiques-04-06-2020-2378496_20.php#).

<sup>17</sup> Caso C-493/17 *Weiss and others* EU:C:2018:1000, párr. 61.

<sup>18</sup> Caso C-370/12 *Thomas Pringle v Government of Ireland* EU:C:2012:756. 24 Case C-62/14.

<sup>19</sup> Caso C-62/14 *Gauweiler and Others* EU:C:2015:400.

<sup>20</sup> Craig, Paul, “Pringle: Legal Reasoning, Purpose and Teleology”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, vol. 20, núm. 1, p. 5.

<sup>21</sup> Badré, B. y Lemoine, M., “Europe’s Covid Crossroads”, *Project Syndicate*, 2020, disponible en: [www.project-syndicate.org](http://www.project-syndicate.org).

vención de jueces nacionales encargados de controlarlas,<sup>22</sup> pues a casi nadie escapa que durante esta pandemia la concentración de poderes en los ejecutivos también incentivó numerosos excesos por parte de sus administraciones. Veremos en seguida cuál fue la intervención, que también podría leerse de un alto grado de responsabilidad frente a sus obligaciones constitucionales domésticas, tal como ha sido consistente en el TCF alemán, dentro de la complejidad que ofrecía la mezcla entre crisis sanitaria y crisis económica.

Pero este contexto también facilita entender que los jueces alemanes han mostrado una relación tirante con el principio de primacía de las normas comunitarias. Como uno de los tribunales nacionales más reacios a aceptar la supremacía del derecho europeo, el TCF alemán no ha dejado de conservar su derecho de revisión de las normas europeas, pasadas por el prisma de las normas alemanas tanto bajo la perspectiva de la protección a los derechos fundamentales como de controles *ultra vires* y de filtros de identidad (constitucional), tal como los veremos identificados como componentes del derecho interno.

Finalmente, hay que advertir que los jueces de Karlsruhe siempre fueron cuidadosos, al operar una serie de medidas tácticas con avances y retrocesos apegados a la LF para evitar una confrontación directa con las jurisdicciones regionales europeas.

¿Se puede decir entonces que la sentencia PSPP encarnaría una primera ruptura frontal frente al orden comunitario? Ciertamente que el lenguaje empleado por los jueces alemanes era más áspero que en decisiones anteriores.<sup>23</sup> Sin embargo, diré que como primera impresión, el TCF no rehuyó al problema. ¿Significa esto que rechazó la competencia del TJUE y su calidad de última palabra? Para abordar estas cuestiones complejas, sería difícil responder con un sí o un no. Empecemos por repasar los aspectos que considero relevantes para entender la sentencia PSPP.

Mil setecientos cuarenta y siete justiciables alemanes sometieron demandas ante el TCF por la posible inconstitucionalidad del Programa [europeo] de Compras del Sector Público (PSPP, por sus siglas en inglés), dado

---

<sup>22</sup> La relación entre Estado de derecho y Estado de excepción genera múltiples oposiciones, que se encuentran en el centro de los intereses del derecho constitucional en tiempos de emergencia, como los de una pandemia. Confrontaciones como derecho-excepción; libertades-poderes; ambiciones-requisitos; fines-medios; autoridad-dominación; orden-desorden, en Basilien-Gainche, M. L., *Etat de droit et états d'exception*, París, PUF, 2013, p. 9.

<sup>23</sup> Al volver la consulta de Luxemburgo a Karlsruhe, el Tribunal Constitucional criticó duramente la metodología empleada por los jueces del TJUE, y se atrevió a definir el caso Weiss que veremos en seguida como un acto “incomprensible” del TJUE, párrafos 141 y 153 de la sentencia PSPP.

a conocer por el BCE en enero de 2015. Siendo uno de cinco programas de adquisiciones públicas para fomentar la estabilidad económica tras la pandemia, estos fondos representaban, por sí mismos, cerca de 2.7 trillones de euros, a saber el 80% de los 3.3 trillones euros totales destinados como fondos de estabilización que se empezaron a reunir desde 2008 (que en conjunto sumaban 15% del PIB de todos los países de la UE). Y, aunque se habían establecido reglas para la adquisición de títulos (como los niveles de riesgo de las empresas), ocurrió que 90% de lo adquirido por las veintisiete bancas centrales nacionales terminara en compras de acciones emanadas de sus respectivos países. Los montos erogados entre 2015 y 2017 fluctuaron desde sesenta y ochenta billones de euros cada mes, bajando hasta veinte y treinta billones de euros mensuales entre 2018 y 2019. Por otro lado, a estos cuantiosos fondos había que añadir 750 billones de euros dispuestos en marzo de 2020 por la UE para enfrentar la pandemia.

De regreso al litigio que nos ocupa, los quejosos controvertían la conformidad del programa del BCE sobre compras de activos del sector público, pero a partir de consideraciones de derecho alemán.<sup>24</sup> En los argumentos ofrecidos ante el TCF se indicaba una violación de las políticas del BCE frente al artículo 79.3 de la LF.<sup>25</sup> Acumulados en cuatro expedientes distintos, el argumento común de los quejosos invocaba la inacción tanto del gobierno federal alemán como del *Bundestag* y de la *Bundesbank* frente a tales programas comunitarios; pero sobre todo, invocaban el carácter *ultra vires* de las medidas del BCE frente a las normas del derecho interno alemán, al señalar que instancias nacionales no podían intervenir en la implementación de tales medidas comunitarias. La estimaban incompatible con la identidad constitucional al limitar la responsabilidad presupuestaria del *Bundestag*, permitiendo que las autoridades alemanas dejaran de hacer lo suficiente para prevenir los alcances negativos de este programa comunitario en Alemania.

En su defensa, el gobierno federal respondió que los quejosos no habían visto involucrado su derecho al voto del artículo 38, LF, por lo que no había

---

<sup>24</sup> TJUE, Gde Ch. (caso Weiss, C-493/17), sentencia del 11 de diciembre de 2018, en Dawson, M. y Bobic, A., “Quantitative Easing at the Court of Justice: Doing Whatever it Takes to Save the Euro”, case C-493/17, Weiss *et al.*, “Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 December 2018”, *Common Market Law Review*, 2019, vol. 56, núm. 4, pp. 1005-1040.

<sup>25</sup> Sobre las reformas a la LF, artículo 79.3, “Será ilícita toda modificación de la presente Ley [Fundamental] en virtud de la cual se afecte la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los Arts. 1 y 20”.

riesgo de excesos en el voto del presupuesto federal; el *Bundesbank* rechazó que el PSPP impactara en los mercados de deudas soberanas.

Como está establecido en el derecho alemán, el 18 de julio de 2017, el TCF suspendió el contencioso en sede interna para someter cuatro preguntas por vía consultiva ante el TJUE sobre las condiciones específicas de implementación de dicho programa frente a las normas comunitarias (en específico, respecto del TFUE), sobre las obligaciones del BCE, sobre la proporcionalidad de las medidas y el posible carácter solidario de las bancas centrales de cada país frente a las responsabilidades del BCE.

De las preguntas que resultaron atendibles dentro de la cuestión prejudicial, el TJUE determinó en su sentencia del 11 de diciembre de 2018 (caso *Weiss*, C-493/17), que el BCE no había excedido el mandato de los tratados respecto de su política monetaria, y, por lo demás, ni excesos en la proporcionalidad ni en la oportunidad de las medidas tomadas. Todas ellas correspondían con el objetivo de mantener los niveles de inflación, por lo que los efectos correspondían a las normas ordenadoras. Aclaró además que no podía contestar a la cuestión planteada (sobre la mutualización de las eventuales pérdidas entre las bancas centrales de la zona euro por la emisión de bonos efectuada por el BCE), debido a que no existía una regla comunitaria aplicable al caso.<sup>26</sup> Fue entonces contra la indefinición de estos aspectos de la sentencia (cs. 162 y 163) que los jueces del TCF recibieron de nuevo el expediente, para pronunciarse en definitiva el 5 de mayo de 2020 contra las políticas monetarias del BCE.

Entre los puntos relevantes de esta sentencia,<sup>27</sup> el TCF desestimó que se estuviera en presencia de una inacción del gobierno y de las instancias nacionales, y determinó infundada la petición de anular actuaciones al interior de instituciones de la UE, como el TJUE o el BCE. Pero consideró “insostenible” la decisión del tribunal de Luxemburgo por la invasión a los derechos soberanos, por el deslizamiento de competencias a favor de la UE,<sup>28</sup> y por el cambio estructural significativo en su forma de interpretarse en detrimento de los Estados miembros.<sup>29</sup> Con esta lectura, se le habría permitido al BCE ampliar sus propias atribuciones “de una manera que no es necesariamente perceptible desde el inicio”.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Louis, J., “Gauweiler bis”, *Journal de droit européen*, núm. 257, marzo de 2019, pp. 99 y 100.

<sup>27</sup> Los casos acumulados, resueltos por el Segundo Senado del Tribunal, corresponden a los 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, y 2 BvR 980/16.

<sup>28</sup> BVerfG, Segundo Senado, decisión PSPP del 5 de mayo de 2020, 2 BvR 859/15, párr. 117.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párr. 157.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párr. 156.

Sin embargo, para entender la magnitud de la sentencia del PSPP se deben revisar sus razonamientos a partir de la resolución de los casos que sirvieron como antecedente inmediato.

### III. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DEL PROGRAMA DE COMPRAS DEL SECTOR PÚBLICO: ¿RESISTENCIAS TENDENCIALES A LA UNIÓN EUROPEA?

Habíamos dicho que se pueden citar al menos tres antecedentes jurisprudenciales que explican la sentencia alemana del 5 de mayo de 2020, en relación con actos del BCE: el primero, la resolución *Gauweiler*, dictada en Luxemburgo, en 2015.<sup>31</sup> Ratificada en su contenido convencional por los jueces de Karlsruhe,<sup>32</sup> contrasta con un segundo antecedente que acabamos de revisar (caso *Weiss*), resuelto, como vimos, por el TJUE ante la cuestión prejudicial planteada por el TCF.

El tercer antecedente, que tiende una liga entre el principio democrático y el reparto de competencias de la UE hacia los Estados, se empezó a construir dentro del tribunal federal de Karlsruhe en otras dos sentencias; por un lado, teniendo como parámetro las posibles transgresiones *ultra vires*, que podían ser indistintamente nacionales o comunitarias;<sup>33</sup> por otro lado, garantizando en sede interna la validez constitucional alemana sobre la autonomía presupuestal del *Bundestag* como un acto emanado de la representación de las asambleas legislativas alemanas.<sup>34</sup> Ambas decisiones fueron emitidas como axioma central, cuyo sentido encontraba su razón de ser de nuevo en las negociaciones del Tratado de Maastricht, sin olvidar que fueron los alemanes quienes impulsaron la independencia de los bancos centrales (tanto de los nacionales como del comunitario) como garantía para preparar la entrada en vigor de la moneda única.

Es así que además de las implicaciones políticas de todos estos criterios jurisprudenciales (*i. e.*, de intentar fusionar políticas monetarias a facultades

<sup>31</sup> Tuominen, T., “Aspects of Constitutional Pluralism in Light of the Gauweiler Saga”, *European Law Review*, 2018, vol. 43, núm. 2, pp. 186-204.

<sup>32</sup> BVerfGE del 16 de junio de 2015, Caso C-62/14 *Gauweiler y otros v Deutscher Bundestag*.

<sup>33</sup> BVerfGE 126, 286, Caso *Ultra-vires-Kontrolle Honeywell* (2010), véase en Zwingmann, B., “The Continuing myth of Euro-Scepticism? The German Constitutional Court two Years after Lisbon”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, vol. 61, núm. 3, pp. 665-669.

<sup>34</sup> Véase el caso sobre el Tratado del Mecanismo de Estabilidad Europea (ESM), en BVerfG, caso 2 BvR 1390/12 *et al.*, *ESM & TSCG* del 12 de septiembre 2012, BVerfGE 132, 195.

presupuestales y económicas) quedó claro a los jueces de Karlsruhe que un juez nacional no tiene competencia para corregir a otro juez comunitario,<sup>35</sup> desplegando sin embargo una lectura respetuosa de una norma de derecho interno. Y todo esto, por la flexibilidad imperante en la aplicación de los criterios comunitarios en sede interna.

Sin embargo, el hecho de que después de todo puedan existir motivos de desacato por parte de un tribunal nacional conduciría a cuestionar si decisiones de este tipo compiten o rompen con los principios de la UE. ¿No se supone que en derecho comunitario les estaría permitido nutrirlos y complementarlos?<sup>36</sup> De entrada, diré de nuevo que la respuesta está en el diálogo.

No obstante, la discontinuidad en la aplicación de los tratados resurge inevitablemente: en ocasiones por la proclividad de algunos tribunales nacionales, que sin mayores argumentos que apuesten a la antes mencionada armonización emiten sentencias opuestas a las instancias europeas. Pero una postura jurisdiccional, como la del TCF alemán, ha sido siempre cuidadosa de no confrontar el sentido de las normas de la UE, siempre y cuando el tribunal nacional aplique preferentemente sus disposiciones nacionales, pero con una justificación normativa suficiente (como el apego de las normas frente a su propia identidad constitucional,<sup>37</sup> o limitando las declaraciones *ultra vires* a casos muy específicos).<sup>38</sup> Y, sin embargo, este nuevo sentido de expansión de las interpretaciones producidas en sede interna contrasta con las etapas iniciales de la construcción europea, cuando los jueces nacionales

---

<sup>35</sup> Es esta suma de criterios la que a la postre conforma el núcleo argumentativo de la coalición “hanséica” o de los países frugales del norte, que rechazan los dispendios de países proclives a gastar más de lo que ingresa.

<sup>36</sup> Arnold, R., “La UE en la jurisprudencia del TCF alemán en período de crisis financiera”, en Martínez Cuadrado, M. (ed.), *De la crisis a la Unión Federal*, Salamanca, Mayo Editores, 2016, pp. 193-197.

<sup>37</sup> Tal como ocurrió en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, donde el TCF determinó que el derecho nacional no puede ser excedido por disposiciones de la UE, poniendo en cuestión la identidad constitucional de las normas controvertidas, en *BVerfGG* 123, 267 del 30 de junio de 2009, en Khusal Murkens, E., “Identity Trumps Integration: the Lisbon Treaty in the German Federal Constitutional Court”, *Der Staat*, 2009, vol. 48, núm. 4, pp. 517-534.

<sup>38</sup> En la sentencia Magold (de 2010), donde el TCF se atribuye la facultad de declarar *ultra vires* una norma internacional o comunitaria, si bien condiciona tal declaración a un planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, y a que se trate de violaciones aparentes que sobrepasen las competencias nacionales de manera manifiesta y seria; el caso se originó desde una declaración del TJUE de 2005 que declaraba la inconformidad de una norma nacional alemana, en Wiesbrock, A., “The Implications of Mangold for Domestic Legal Systems: the Honeywell Case”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, pp. 201-218.

se escudaban tras la defensa de sus propias Constituciones para hacer a un lado normas comunitarias con base en criterios formales, pero obligatorios.

Hoy, los jueces nacionales de los países con menos resistencias al proyecto comunitario (como Holanda o Bélgica) han entendido la conveniencia de alejarse de lecturas soberanistas de sus propias normas domésticas. Las anteriores resistencias tenían que ceder partiendo de argumentos (acaso irracionales) que siempre han flotado en el ambiente, con dimensiones diversas y evolutivas, atizando con frecuencia el fantasma del rechazo hacia la Unión.<sup>39</sup> Sin embargo, ésta no era la única vertiente de consideraciones desfavorables que podríamos encuadrar en una suerte de *soberanismo judicial*.

Una ola de resistencias se generó a partir de la intención de interpretar e integrar los tratados a la luz de principios constitucionales domésticos, desarrollados por cortes constitucionales nacionales.

Tales reservas tocaban aspectos constituciones; por ejemplo, los derechos fundamentales en Alemania, o las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía en Francia. Las normas comunitarias en estas materias tenían que someterse a controles previos de constitucionalidad para poder considerarse asimiladas al orden jurídico de la Unión. Por esta razón, la ratificación del Tratado de Maastricht tuvo como precondition la reforma a sus Constituciones, como ocurrió en Francia o Alemania, pero también en España o Portugal.

Y, sin embargo, aquellas reformas no implicaron meros controles normativos formales, y menos la cancelación del diálogo entre tribunales. Se trataba de permitir, a las cortes constitucionales nacionales, analizar que las condiciones normativas habían cambiado, semejante a la progresión que explica cómo la sentencia *Solange I* dio paso a la *Solange II* en Alemania.<sup>40</sup>

Al interpretar el artículo 24, LF (que permite la asignación de competencias a instituciones con carácter intergubernamental), los tribunales alemanes se habían mostrado bastante obsecuentes del derecho comunitario desde los años de la CEE. Sin embargo, vino primero un caso donde las normas comunitarias podían entenderse como sobrepuestas a ciertos derechos fundamentales consagrados por el orden constitucional interno. Encontrándose una etapa en que el Parlamento Europeo no era elegido por voto directo, el Tribunal Constitucional determinó en un primer momento que el derecho común no podía ser prioritario frente al derecho doméstico. Así,

<sup>39</sup> Maduro, M. P., “L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union Européenne”, en Alston, P. (coord.), *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 466 y 467.

<sup>40</sup> Dord, O., “Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l'affrontement à la complémentarité? *Pouvoirs*, 2001, núm. 96, pp. 10 y 11.

en *Solange I*, el TCF alemán determinó que, en tanto el orden comunitario fuera creado por órganos sin representación electoral directa, no se dejaba de correr el riesgo de ser creado sin escuchar al electorado alemán. El orden normativo europeo podía establecer sus catálogos de derechos fundamentales sin tomar en cuenta la voluntad soberana nacional. Fue así como durante aquel periodo el TCF aceptaría reexaminar internamente las excepciones de inconstitucionalidad que se le presentaran contra normas comunitarias concretas.<sup>41</sup> Después, sus jueces dieron un viraje años más tarde luego de las primeras elecciones al Parlamento Europeo en 1979, reconociendo por fin la primacía comunitaria al resolver el caso *Wünsche Handelsgesellschaft*, que por su contraste con el anterior terminó referido como *Solange II*. En esta sentencia, los jueces de Karlsruhe dejaron claro que la primacía del orden común podía ser reconocida mientras la jurisdicción de la CJCE siguiera ejerciendo un control adecuado de los derechos fundamentales consagrados en las convenciones, y mientras la producción de normas comunitarias no implicara retrocesos frente a los contenidos constitucionales domésticos.<sup>42</sup> Con lo anterior, el tribunal federal ha sido consistente en determinar que la aceptación de la primacía del derecho comunitario no puede asumir un carácter absoluto. De ahí que la solución del derecho europeo opte por esquemas de flexibilidad de los principios, que abordaré en otro trabajo.

La dificultad para apreciar los potenciales conflictos entre jurisdicciones se redujo considerablemente cuando la entonces CJCE determinó el principio de “autonomía institucional y procesal” de los Estados miembros. Según este principio, corresponde a las autoridades nacionales garantizar la primacía del orden comunitario en sede interna. Aquello ha sido producto de un largo proceso: algunas cortes constitucionales nacionales, como la italiana, llegaron a este punto apenas hace poco tiempo,<sup>43</sup> mientras los alemanes parecen seguir buscando una respuesta satisfactoria ante esta delicada cuestión.

Recordemos además que este debate no es nuevo en Alemania. Las diferencias interpretativas dentro del tribunal de Karlsruhe ante los criterios emitidos por el tribunal de Luxemburgo inician también con la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, cuando los jueces alemanes plantearon la obligación de las instancias europeas de garantizar “una comunidad de estabilidad” (*Stabilitätsgemeinschaft*), sin la cual la voluntad del pueblo alemán a

<sup>41</sup> Caso *Solange I* del 29 de mayo de 1974, 2BvL 52/71, en *BVerfGE* 37, 271.

<sup>42</sup> Caso *Solange II* del 22 de octubre de 1986, 2BvR 197/83, en *BVerfGE* 73, 339.

<sup>43</sup> Véase la sentencia al caso *Taricco* del 8 de septiembre de 2015.

favor de la Unión podría terminar socavada.<sup>44</sup> Cabe añadir que este tratado significó, para la construcción europea, un parteaguas esencial al introducir una relación horizontal entre el derecho de la UE y los derechos nacionales. La antigua condición vertical, que parecía inobjetable, de la preeminencia de la Constitución sobre los tratados, terminó como una “fábula”<sup>45</sup> ante la noción que estuvo vigente en un segundo momento: la primacía (*primauté*) del orden comunitario, como noción de geometría variable. La UE sería desde entonces una asociación de Estados soberanos (*Staatenverbund*). Faltaba todavía una fase ulterior sobre el pluralismo constitucional, que excede los límites del presente estudio, que es en el que la UE se encuentra actualmente, si bien sujeta a una revisión para el futuro cercano.

En un ambiente marcado por la incertidumbre sobre el futuro de la UE, veremos en seguida que la sentencia alemana del 5 de mayo de 2020 causó revuelo desde su emisión. Expondremos primero la manera como esta controversia llegó hasta el tribunal de Karlsruhe. Pondremos el acento en el contexto, tratando de demostrar que los jueces alemanes actuaron sin ánimo de confrontación frente a los jueces comunitarios.

#### IV. ¿JUECES CONFRONTADOS DEBIDAMENTE?

Como adelantamos, al procedimiento prejudicial emprendido en 2017 por los jueces alemanes frente al PSPP le correspondió la sentencia del TJUE del 11 de diciembre de 2018, que declara la conformidad frente al derecho común.<sup>46</sup> Y aunque todo pudo haber terminado ahí,<sup>47</sup> esta vez el TCF efectuó

---

<sup>44</sup> Véase la sentencia sobre la ratificación del tratado, en Maastricht, decisión del 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89, 155.

<sup>45</sup> Baquero Cruz, “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement”, *European Law Journal*, 2008, núm. 2, p. 415.

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 11 de diciembre de 2018. *Procedimiento iniciado por Heinrich Weiss y otros*, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62017CJ0493>.

<sup>47</sup> Desde su creación, el TJUE fue concebido como instancia arbitral, que interviene ya que los gobiernos se mostraron incapaces de encontrar arreglos amistosos que concilien la aplicación más favorable de los tratados para las partes. La naturaleza del proceso prejudicial implica incluso que el TJUE se pronuncie sobre el derecho europeo, no sobre el fondo de la controversia en sede interna. La jurisdicción doméstica queda entonces libre de determinar si lo resuelto en Luxemburgo le vincula. Sin embargo, la práctica había colocado a la jurisdicción europea (al menos hasta antes de esta resolución alemana) como si fuera la jurisdicción constitucional de un orden federal *de facto*, en Stein, E., “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, núm. 1, pp. 1-27.

un segundo análisis para determinar internamente si esta sentencia del tribunal de Luxemburgo debía revestir efectos vinculantes en territorio alemán.

En esta nueva resolución (finalmente, la del 5 de mayo de 2020), si bien el TCF estimó que el TJUE había permitido la financiación de la moneda única a través de un tratado constitutivo de un mecanismo europeo de estabilidad dentro de sus límites competenciales (tal como ésta se encuentra acotada por el artículo 123, párrafo 1 del TFUE).<sup>48</sup> Sin embargo, contra esta primera declaración de licitud, los jueces constitucionales alemanes rechazaron que la determinación comunitaria haya respetado lo dispuesto en el artículo 127, párrafo 1, del TFUE.<sup>49</sup> Para los jueces de Karlsruhe, el BCE había actuado fuera de sus atribuciones de política monetaria; no había evaluado las medidas comunitarias a la luz del principio de proporcionalidad, y las había escindido con atribuciones presupuestales y de política económica, que debían corresponder a las autoridades políticas del ámbito nacional.<sup>50</sup>

La prensa de toda Europa la identificó por su apariencia disruptiva, al ser la primera ocasión en que la sentencia de un tribunal nacional giraba instrucciones expresas a las autoridades de su país para no obedecer al TJUE. Y, aunque no ha sido la primera vez que el TCF exhortaba a preferir el cumplimiento de determinaciones de derecho doméstico, también sorprende que las más altas autoridades de la UE hayan reaccionado expresando públicamente que el tribunal alemán estaba comprometiendo las formas de gobernanza económica y financiera que se trazaron desde los tiempos de la Comunidad Económica Europea (CEE).

En este sentido, la primera reacción del TJUE consistió en reivindicar el texto de los tratados, representándolos como la única instancia facultada para pronunciarse sobre el derecho comunitario, porque así lo habían dis-

---

<sup>48</sup> El texto de este artículo relativo a la política económica y monetaria dentro de la Unión establece la prohibición de que la UE o un Estado miembro respondan o asuman los compromisos de otro.

<sup>49</sup> Para el tribunal de Karlsruhe, los derechos de los demandantes (los referidos ciudadanos alemanes que sometieron la cuestión ante el TCF) habían sido violentados, ya que ni el gobierno ni el parlamento alemanes habían tomado medidas para permitir aquellos excesos al BCE. En contravención a normas constitucionales nacionales, estas decisiones no habían respetado los límites de la política monetaria común, sino que habían vulnerado el derecho al voto de los alemanes (artículo 38 LF párr. 1), y el principio democrático de la estructura estatal (artículo 20 LF párr. 1 y 2), así como la “cláusula de eternidad” (artículo 79 LF párr. 3). Ortega, F., “¿La guerra de los jueces? Reflexiones sobre el «Fallo PSPP» del 5 de mayo de 2020 emitido por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *Revista Derecho del Estado*, 8 de junio de 2020, disponible en: <https://revistaderechoestado.ueexternado.edu.co/>.

<sup>50</sup> TJUE (Gran Sala) sentencia del 11 de diciembre de 2018, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62017CJ0493>.

puesto los países miembros desde el Tratado de Roma. Por ende, las divergencias de los tribunales nacionales frente a las autoridades europeas sólo podían comprometer la unidad de la UE;<sup>51</sup> la presidente de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen (anterior ministra de defensa de la canciller Merkel), emitía a su vez un comunicado indicando el posible inicio de “procedimientos de infracción” (*infringement proceedings*) de los artículos 258 y 259, TFUE, contra el Estado alemán;<sup>52</sup> en la misma dirección, tres semanas después, las declaraciones en la prensa del presidente del TJUE parecían enviar un mensaje de persuasión a los demás tribunales nacionales.<sup>53</sup>

En un contexto alimentado por el aumento constante de votos a favor de partidos políticos antiliberales, en progresión electoral desde hace más de dos décadas, la litigiosidad entre actores públicos y privados se ha seguido traduciendo en tensiones partidistas y sociales, que aumentan en determinadas regiones de los países tensiones que los partidos extremos suelen atribuir al mal funcionamiento de las instituciones comunitarias, cuyas sensibilidades se han recrudecido desde 2009 en la conformación de una fracción euroescéptica dentro del Parlamento Europeo.<sup>54</sup>

Por consiguiente, mientras la facción de los euroescépticos no deje de crecer —y enarbolar banderas con frecuencia extremas de la soberanía nacional—, y mientras progrese la litigiosidad de los tratados en distintos planos territoriales, la prensa de las semanas posteriores destacaba la que podría ser la implicación más grave de esta resolución alemana: llegar al extremo de cancelar definitivamente el *diálogo entre jueces*. Sin embargo, veremos que Europa está lejos de ese punto.

Siguiendo con la prensa, la invitación a una desbandada de otros tribunales (por sólo prever posibles reacciones soberanistas de los jueces nacionales en Polonia o Hungría) podría propiciar tensiones secesionistas como inercias del *Brexit* (*Nedxit*, *Frexit*, *Italeave*),<sup>55</sup> que incluso se acentuarían durante la difícil etapa de la postpandemia, donde los jueces nacionales se avocarían

<sup>51</sup> *Presse Release 58/20 CJEU*, 8 de mayo de 2020, disponible en: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>52</sup> Comisión Europea, *Statement by President von der Leyen*, 10 de mayo de 2020, disponible en: <https://ec.europa.eu>.

<sup>53</sup> Woude, M. van der, “Que resterait-il de l'égalité entre les justiciables européens si certaines règles devaient s'appliquer dans des Etats membres et pas dans d'autres?”, *Le Monde*, 6 de junio de 2020.

<sup>54</sup> Brack, Nathalie, *Opposing Europe in the European Parliament: Rebels and Radicals in the Chamber, Bruxelles*, Palgrave Studies in European Union Politics, 2018.

<sup>55</sup> Aunque también aparece que los efectos negativos (en el plano económico e institucional) derivados del *Brexit* pudieran acarrear efectos disuasivos contrarios a estas desbandadas, en Harlan, C., “Frexit? Italeave? After watching Brexit, other European countries say: No thanks”, *The Washington Post*, 29 de marzo de 2019.

a encontrar agravios para recuperar terreno frente a las jurisdicciones regionales europeas. El soberanismo podría recorrer el camino de regreso a 1957, para minar, por no decir poner un alto definitivo, a la construcción europea. Pero en sentido contrario, podría también significar un reagrupamiento federalista de las prioridades de la Unión.

Vista con estos otros lentes, como instrumento que se opone a los medios de inspiración federal para resolver conflictos entre esferas territoriales (nacional/comunitaria), esta decisión alemana pudiera significar una interrupción jurisprudencial de principios frente a otras resoluciones de cortes constitucionales que lograron esquivar confrontaciones normativas entre tribunales nacionales y europeos,<sup>56</sup> pues las competencias también se pueden leer, en sede judicial, atendiendo los lineamientos de la subsidiariedad y de las capacidades nacionales para proteger el orden constitucional a través de los mejores medios que cada tribunal tenga a su alcance.<sup>57</sup> No se debe olvidar que para la Corte Constitucional italiana los dos convenios europeos para la protección de derechos humanos son subconstitucionales, con lo cual existen órdenes constitucionales que permiten a sus jueces actuar sin parecer confrontados a las jurisdicciones europeas.

Adicionalmente, si asumimos que la UE se basa en un sustrato federalista, y que toda Federación implica un pacto basado en la confianza, la subsistencia de la Unión requiere que los integrantes decidan mantener el acuerdo (en este símil federal, tanto en el nivel federal como entre los Estados). Primero, con valores comunes y medios equivalentes de defensa, que se hagan valer de un Estado a otro; segundo, con un pacto que cuente con mecanismos para resolver diferencias y equilibrar vulneraciones a derechos, y tercero, con una válvula de seguridad que permita a cada Estado invocar los excesos de las políticas emprendidas por las otras entidades (empezando por la central), de suerte que vulnerar la confianza pueda implicar la ruptura de la Unión.<sup>58</sup> Vemos pues que a ningún tribunal nacional debiera

<sup>56</sup> Más adelante veremos cómo el Tribunal Constitucional italiano reaccionó de manera bastante más consensual que el alemán, en otra sentencia originada en el plano nacional, y que luego llegó por vía prejudicial al TJUE (*cf.* la decisión de este último, del 8 de septiembre de 2015, caso C-105/14), *Taricco*.

<sup>57</sup> Se ha dado en llamar la lectura de los “contra-límites”, que ha preocupado sobre todo a italianos y alemanes, si bien su análisis excede los propósitos de la presente contribución, véase en Romboli, S., “Los contra-límites en serio: el caso *Taricco*: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2017, núm. 28, pp. 145-184.

<sup>58</sup> Halberstam, D., “«It’s the Autonomy Stupid», a Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and the way Forward”, *University of Michigan Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 432, febrero de 2015.

interesarle pelearse con el cocinero, encarnado por los dos tribunales europeos. Vemos, en cambio, que sigue existiendo un patrón favorable a la cooperación y al mantenimiento de la confianza entre los países miembros de la Unión, por las razones que expondré a continuación.

## V. AL RESCATE DE LA CONFIANZA MUTUA AMENAZADA

Por tratarse de competencias que se distribuyen de la UE a cada país, en virtud de los tratados comunitarios,<sup>59</sup> más de una de esas medidas de emergencia económica podrían seguir la suerte de esta resolución PSPP en dos tiempos: un primero en que el TJUE se pronuncie a título consultivo por un recurso iniciado por un tribunal nacional (en este caso el TCF en 2017), con base en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). De hecho, al desestimar al tribunal alemán en 2018, los jueces de Luxemburgo terminaron por decretar la conformidad de las medidas emprendidas por el BCE. Pero en un segundo momento, en el que el asunto debía ser implementado en sede interna, el TCF decidía que las autoridades de su país no quedarían vinculadas por esta sentencia del tribunal europeo. Con esto, quedaba en entredicho, para un país miembro de la UE, la constitucionalidad (*sic*) de las actuaciones del BCE, a pesar de contar con un pronunciamiento de convencionalidad del máximo órgano interpretativo de la propia UE.

Y esto, ¿en qué puede afectar la confianza mutua en el proceso de integración en el futuro inmediato?<sup>60</sup> Que a partir de ahora otros tribunales constitucionales nacionales intenten desconocer las acciones de órganos comunitarios, no obstante que sus determinaciones hayan contado con una validación comunitaria, en sede del TJUE.

---

<sup>59</sup> En virtud del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 2 TFUE), existen aspectos de competencia indistinta, que lo son tanto de instancias nacionales como de la Unión Europea. Si bien los Estados parte pueden actuar “en la medida que la Unión no haya ejercido [su competencia] o haya decidido dejar de ejercerla”. No se trata pues de una asignación legal de una esfera competencial o a la otra, sino del ejercicio *efectivo* de la competencia por parte de la UE, que se puede entender también como el acto que priva a los Estados de su competencia, en Dony, M., *Droit de l’Union Européenne*, Éditions de l’Université de Bruxelles, 2014, p. 86.

<sup>60</sup> La noción de *confianza mutua* se ha construido en el ámbito del derecho penal comunitario, como un prerrequisito del reconocimiento mutuo entre los miembros de la unión, donde confluyen la libertad, la seguridad y la justicia; y donde la cooperación juega un papel central, en Willems, Auke (ed.), *The principle of mutual trust in EU Criminal Law*, London, Hart Publishing, 2020.

Las afectaciones a dicha confianza mutua significan que algunos jueces nacionales podrían erigirse en actores estratégicos, por no decir adalides, de la soberanía nacional frente a posibles excesos del centralismo comunitario. Así que de todo esto surge otra pregunta delicada: ¿Implicaría esta sentencia alemana un signo de ruptura de la confianza mutua?

Hacia mitad del siglo pasado, la Corte Suprema de Estados Unidos había definido que los pactos federales también deben contribuir a “fundir en una nación la colección de estados independientes y soberanos”.<sup>61</sup> Pero cuando el funcionamiento de los mecanismos jurídicos no basta para crear aquella fusión, la política entra al relevo.

Una de las medidas para atenuar la posible desbandada de otros tribunales nacionales frente a la citada resolución alemana fue la anunciada por la dupla francoalemana el 18 de mayo de 2020, incluyendo —en muy pocos días— un pacto de reconstrucción, que acaso podría ser un mecanismo que podríamos entender diseñado contra la propagación de ideales antieuropeos.<sup>62</sup>

Teniendo como trasfondo la crisis pandémica, este pacto parecía modificar la tradicional frugalidad de los alemanes, para abrazar la tendencia comandada desde Bruselas, de mutualizar las deudas de los países con menores ingresos. Como era de esperarse, las medidas causaron reacciones adversas en los países del Norte, semejantes a las que generó el *Brexit* dentro de la pléyade de partidos antieuropeos.

Y aunque este pacto francoalemán no encontró una respuesta inmediata entre los gobiernos de los presumidos eurofílicos,<sup>63</sup> representó ciertamente (en términos simbólicos) un intento por federar de nuevo, y relanzar el proyecto comunitario. No olvidemos que en el proceso de construcción eu-

---

<sup>61</sup> *Toomer v. Witsell*, 324 US 385 (1948), cit. por Seinfeld, G., “Reflections on Comity in the Law of American Federalism”, *Notre Dame Law Review*, 2015, vol. 90, núm. 3, pp. 1309-1343.

<sup>62</sup> El 18 de mayo fue presentada, por la canciller alemana y el presidente francés, la iniciativa de crear el *Fondo de reconstrucción europea* por un monto astronómico de 500 mil millones de euros que había que recabar entre los estados miembros para mutualizar el relanzamiento de las economías más afectadas por la crisis del Covid-19, a través de subvenciones directas (no de créditos), Talor, M., “Covid-19: Macron et Merkel proposent à l’UE un «audacieux» plan de relance de 500 milliards”, *Le Soir de Bruxelles*, 19 de mayo de 2020.

<sup>63</sup> E incluso, permanece sin una definición clara al momento de escribir estas páginas, las opiniones se dividen entre quienes estiman que la ratificación del pacto, marcaría una nueva etapa a favor de la integración; en el bando opuesto, se subraya que el respectivo proceso de aprobación será por lo menos tortuoso. “Países como Austria, Países Bajos, Finlandia, comparten con Alemania una tradición de parsimonia que acaso podría oponerse al plan”, Karnitsching, M., “Berlin bucles on bonds in €500B Franco-German recovery plan”, *Politico*, 20 de mayo de 2020.

ropea, la Unión había llegado a un punto muerto con la negativa referendaria de 2005 en Francia y los Países Bajos, y llegó a su nivel de mayor tensión con la crisis griega de 2015. Las fricciones generadas plantearían la confrontación entre países del Norte y del Sur; estos últimos, evidenciados por alejarse de administrar responsablemente los fondos comunitarios.<sup>64</sup> Así, los objetivos de largo plazo, típicamente priorizados por los *frugales* (educación, infraestructura, desarrollo tecnológico), terminaron manchados en los del Sur por evidencias de despilfarro, corrupción y por una muy deficiente armonización territorial, que difícilmente tomaba en cuenta las asimetrías locales. A la postre,<sup>65</sup> estas disfunciones nutrieron la larga lista de agravios con los cuales ampliar la desconfianza recíproca entre países, e incluso entre regiones, para beneplácito de soberanistas y euroescépticos.

Fue de esta manera cómo, para volver a prevenir rupturas, había que regresar a lo más básico: a la proximidad.<sup>66</sup> La construcción de esta confianza mutua entre Estados se había dado a partir de medidas de mayor cercanía con el ciudadano europeo.

En una línea de tiempo comunitaria, que va de la Comunidad del Carbón y del Acero a la Comunidad Económica Europea, la cooperación judicial empezó por aspectos de derecho comercial, con los cuales facilitar la homologación del mercado interior europeo a partir del principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales domésticas. Se tuvo que llegar a un acuerdo para hacer eficientes los controles comunitarios a los juicios nacionales. Y como aquello provocó el aumento progresivo de la confianza, fue posible implementar sistemas más simples y económicos; más automati-

---

<sup>64</sup> A falta de controles domésticos, los fondos comunitarios que fluyeron a raudales desde los 2000, habían propulsado crecimiento económico en los países del sur; si bien adoleciendo de vicios financieros importantes. Que después de la entrada en circulación del euro, permitieron a los bancos acordar créditos personales sin necesidad de demostrar solvencia ni necesidad, siendo solicitados en buena medida para la compra de segundas residencias. Otorgados a tasas muy bajas, terminaron atribuidos en España o Grecia, para generar una burbuja inmobiliaria que reventaría en la crisis del 2008, Olsen, J., *The European Union: Politics and Policies*, 7a. ed., Londres, Routledge, 2018, pp. 67 y 68.

<sup>65</sup> Krastev, Ivan, *After Europe*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2017.

<sup>66</sup> Las herencias históricas, los clivajes culturales, los modelos administrativos y la diferenciación de la acción pública han marcado, durante el pasado medio siglo, el reacomodo de un auténtico caleidoscopio de realidades territoriales, donde la antigua dualidad entre estados federales y unitarios ha dejado de tener sentido. Estados híbridos, también entendidos como plurinacionales o asimétricos (como la Gran Bretaña, Italia o España) reivindican un punto común con la autonomía regional, que postula reconocer derechos culturales y políticos específicos en las regiones. Donde las identidades conforman un elemento de fortaleza al proceso de integración geográfica, en Pasquier, R., *Le Pouvoir Régional: mobilisations, décentralisation et gouvernance en France*, París, Presses de Sciences Po, 2012, p. 331.

zados y abiertos a reconocer la validez de decisiones judiciales de los demás, abatiendo por fin la coexistencia de formalidades legales excluyentes entre Estados miembros.<sup>67</sup> Y si bien franceses y alemanes pudieron percibir la manera más eficiente de mantener al margen a sus votantes extremos en esta estrategia pactista (que en las pasadas elecciones entre 2016 y 2019 en ambos países, traspasaron la barrera de un preocupante 30% en los comicios), la reciente alianza Merkel-Macron también asestó un golpe mediático a las extremas derechas, que hacía tiempo no veían ninguna confrontación frente al disminuido bloque de los proeuropeos. De ahí que tampoco sorprenda que este anuncio francoalemán se haya dado con tan poco tiempo de distancia de la decisión del TCF del 5 de mayo. Nada podría expresarlo mejor que la frase de la canciller Merkel el día del lanzamiento de dicho pacto: “Alemania no saldrá bien librada [de la pandemia] si no es porque le vaya bien a la Unión”.

Dado que las instancias comunitarias (Comisión y Parlamento Europeo) no se deben pronunciar formalmente sobre la pertinencia política de las medidas adoptadas en el plano doméstico por las autoridades de los Estados miembros, el BCE evitó reaccionar contra la sentencia alemana del 5 de mayo (como sí lo hizo vehementemente el presidente del TJUE). Nuevas tensiones podrían causar estragos, con todo y un probable efecto bola de nieve en continuación al *Brexit*.<sup>68</sup> Jugando entonces una carta de cautela, los miembros del BCE asumieron que había que evitar a toda costa que se generaran incentivos para una “guerra entre jurisdicciones”.<sup>69</sup> Veremos entonces que la tarea de contención de los tribunales constitucionales nacionales sirvió para garantizar la estabilidad institucional de los órganos europeos.

Paralelamente, respecto de las políticas monetarias, el desempeño del BCE había sido satisfactorio desde su creación. Sus políticas habían logrado

---

<sup>67</sup> Jacqué, J. P., “La confiance mutuelle, un élément fédéral dans l’Union Européenne?”, *Penser le droit à partir de l’individu: Mélanges en l’honneur d’Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 87.

<sup>68</sup> Lo más fácil y rentable, para los euroescépticos, era alimentar un mensaje efectista como el que en su momento difundieron los *Brexiters*, y adaptarlo en tiempos de pandemia, denunciando un temible bloque de países derrochadores confrontado a otro de países virtuosos. Políticamente, aquella confrontación entre países del norte y del sur, era el escenario que más ayudaba a los partidos extremos del continente, que suelen carecer de verdaderas respuestas pero que casi siempre plantean las preguntas correctas, electoralmente hablando; sobre lo que más duele a las democracias liberales.

<sup>69</sup> Wachsmann, P. “Le dialogue au lieu de la guerre’: le droit comparé à la Cour de Justice des Communautés Européennes”, *Le dialogue des juges: Mélanges en l’honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1121.

mantener la inflación anual por abajo del 2%, a partir de medidas innovadoras (como la compra de deuda soberana o de deuda empresarial como incentivos económicos permitidos a los gobiernos). Pero luego de la crisis griega de 2015, el mandato ejercido para estabilizar los precios había sobrepasado el objetivo. La estabilidad se empezó a acercar a una inflación de 0%, y las tasas de interés, también. Esto trajo consigo el paradójico efecto del estancamiento económico,<sup>70</sup> de ahí que todas las piezas del tablero europeo tenían que interactuar en un renovado ánimo cooperativo con el fin de esquivar una recesión de larga duración. En este contexto de crisis, tocaba a sus jueces encontrar soluciones para evitar la ruptura del diálogo entre instancias nacionales y comunitarias.

Dicho lo anterior, porque no todo es política: las tensiones entre órganos nacionales y comunitarios también encontraban un asidero constitucional importante. Con su decisión del 5 de mayo, el TCF alemán no hacía otra cosa que exigir cuentas del BCE. Las variables que los jueces alemanes tomaron en consideración en su sentencia sólo conducían a proteger los derechos políticos de sus connacionales: el *Bundestag* no hacía más que pronunciarse internamente sobre la política presupuestal y económica (que no se podía desligar de la monetaria, para toda Europa), pero también poner el acento sobre la vulneración de derechos fundamentales en sede interna: las libertades económicas de los alemanes.

Adicionalmente, al estar rodeados por el contexto excepcional de la pandemia originada en 2020, este proceso litigioso ofrecía a los jueces nacionales una variedad muy compleja de factores que habrían que combinar y tomar en cuenta con bastante habilidad política para evitar enfrentamientos, así fueran éstos jurídicos.<sup>71</sup> Si no para echar las campanas al vuelo del regreso al proceso de integración, al menos para evitar tapar el sol con un dedo, e intentar defender que el concierto comunitario se encuentra lejos de la tan temida crisis que, luego de tantos episodios, pudiera instalarse durante un período largo.<sup>72</sup> Con esto, las notas distintivas del derecho comu-

<sup>70</sup> Machiarelli, C., M. Monti *et al.* (eds.), *The European Central Bank, between the Financial Crisis and Populisms*, Londres, Palgrave MacMillan, 2020.

<sup>71</sup> Que sin ánimo predictivo retomaban los señalamientos que se fueron construyendo desde décadas atrás, en Grewe, C., “A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe: l’enchèvement des contentieux et des procédures”, *Mélanges M. Fromont*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 255-266.

<sup>72</sup> El entonces presidente de la Comisión, J. C. Juncker, no dejaba de acusar recibo de la crisis en que se encontraba la Unión justo después del voto del Brexit, véase en “Towards a better Europe: a Europe that Protects, Empowers and Defends”, Discurso del estado de la UE del entonces presidente de la Comisión Europea, 14 de septiembre de 2016, disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_16\\_3043](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_16_3043).

nitario, como el efecto útil, la primacía y la esencia pluralista del derecho europeo retoman su razón de ser frente a la supremacía de las Constituciones nacionales, pero sin llegar al extremo de considerar que la sentencia PSPP del TCF sea disruptiva de la confianza mutua que funda la voluntad de permanecer unidos.

No deja de llamar la atención la dificultad de cuadrar una política monetaria común para todo un continente, y hasta qué punto las medidas nacionales pueden provocar consecuencias financieras agravadas para toda la región.<sup>73</sup> Concluyo estas reflexiones con algunas disyuntivas aportadas por el TCF de Alemania en su decisión PSPP frente al proceso de reagrupamiento del TJUE tras el *Brexit*. Esto, sin dejar de advertir que por primera vez en sesenta años un tribunal nacional determinó una resolución del TJUE como *ultra vires*, y que esto podría alterar la cohesión que propició esta jurisdicción europea desde su fundación. Pero también, que podría servir al proceso de integración de los hoy veintisiete países para replantear los objetivos de las instancias comunes tras el *Brexit*. Sacudir también sirve para poner en movimiento.

## VI. CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE HACER PERDURABLE EL DIÁLOGO JUDICIAL

La declaración *ultra vires* del TCF alemán que aquí comentamos no significa que sea la primera vez que un tribunal nacional oponga su jurisprudencia interna a los criterios emanados de las jurisdicciones regionales, como el TJUE.

Aquello tampoco implica que el TJUE o que la CEDH hayan permanecido ajenos a la emisión de criterios susceptibles de chocar con los de las jurisdicciones domésticas de la región. Incluso, vimos cómo con relativa frecuencia los tribunales regionales se han pronunciado sobre reglas europeas aplicables a litigios domésticos, que conducen a considerar la confrontación entre normas nacionales y comunitarias.<sup>74</sup> También hemos visto en este tra-

---

<sup>73</sup> Entre otras cuestiones, los jueces alemanes otorgaron un plazo de tres meses a la *Bundesbank* para abstenerse de actuar conforme a las instrucciones del BCE en estos aspectos (el presupuestal y el económico); y que aquello debía implicar para Alemania abstenerse de ejercer su derecho al voto dentro del sistema europeo, hasta en tanto la junta de gobernadores del BCE emitiera una nueva determinación, en la que dicho programa del PSPP dejara de ser desproporcionado frente a las políticas presupuestales y económicas de la UE, Ortega, F., “¿La guerra de los jueces?”, *op. cit.*

<sup>74</sup> Sin embargo, el número de recursos por incumplimiento, detectados en el TJUE contra países en particular, como Alemania, Italia, Holanda, Suecia o España, permanece en cifras muy controladas; que no rebasa las dos sentencias anuales condenatorias por país du-

bajo que los litigios que han producido tensiones entre la UE y los países, han sido útiles para hacer avanzar la interpretación de los tratados comunitarios, engendrando una mejor protección al ciudadano europeo.

Como se advirtió, algunas de esas tensiones han generado criterios, e incluso servido para construir principios. Estos principios son los que han podido urdirse entre países, como el de “proporcionalidad” el de “interpretación evolutiva”, el de “subsidiariedad”, el de “recurso efectivo”, el de “efecto útil” o el de “plazo perentorio” en derecho europeo.<sup>75</sup> Y, aunque el juez nacional no está obligado formalmente a dialogar con otros jueces ni a conciliar un punto medio entre las posturas comunitarias y las de derecho interno, lo cierto es que se ha normalizado una tendencia dialógica, proclive a encontrar una intención común: la mejor solución posible y aceptable para la Unión, protectora y respetuosa de la diversidad en el territorio; de los principios y los derechos individuales; militante del concierto europeo entre todos los países. Lo contrario sería regresar a nociones soberanistas que, visto por el común de los jueces constitucionales europeos, pondrían en riesgo las razones para permanecer unidos.<sup>76</sup>

Sin embargo, la dinámica interpretativa de los europeos no implica que tengan que esperar a que las decisiones se produzcan en instancias comunitarias; para eso tienen a sus tribunales nacionales. El patrimonio constitucional europeo no se ha construido desde las cúpulas de sus tribunales comunitarios. Son sobre todo las jurisdicciones nacionales (empezando por las del primer contacto con el justiciable) las que le dan sentido de armoni-

---

rante la pasada década. Cifras semejantes se presentan ante el CEDH (*i. e.*, por terrorismo no comprobado contra presuntos miembros de ETA; caso *Portu y Sarasola c/España*, CEDH del 12 de febrero de 2018). En el mismo registro podemos mencionar un par de casos alemanes en los que la CEDH determinó que las jurisdicciones de ese país habían observado niveles insuficientes de protección interna al aplicar las convenciones europeas sobre derechos humanos: esto es, un profesor de primaria que fue cesado por autoridades nacionales, por haber pertenecido años atrás a las juventudes comunistas en la antigua Alemania Democrática (caso *Vögt vs. Alemania*), o bien el caso de Carolina de Mónaco, a quien no se le había protegido constitucionalmente por la difusión en prensa de unas fotografías que alteraban su ámbito privado (caso *Caroline von Hannover*).

<sup>75</sup> Costa, Jean-Paul, *op. cit.*

<sup>76</sup> También ocurrió que la concepción dominante, al final del proceso de integración europea, consistió en asignar a las jurisdicciones ordinarias (de control de legalidad) la aplicación de los tratados europeos en sede interna. Esto propició que los jueces constitucionales (y en ocasiones los del primer contacto) se mostraran desconfiados de las jurisdicciones europeas, pues la apertura de esta opción a las jurisdicciones ordinarias de sus países, podía leerse como abrir la competencia por la última palabra judicial en el orden constitucional interno, en Slaughter, A. M. *et al.* (eds.), *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

zación a las problemáticas que se presentan cada vez, e incluso cabe aclarar que no sólo sus tribunales terminales. Es en este punto donde la esencia federal de los tribunales europeos recobra actualidad y potencia, reflejada en una idea de diálogo jurisprudencial que no ha perdido su vigencia, a pesar de los posibles inconvenientes de la sentencia sobre el mecanismo PSPP que aquí comentamos.

Tal esquema de diálogo se gesta desde las jurisdicciones del primer contacto; esto es, los tribunales civiles o administrativos, donde se analizan problemas cotidianos tan novedosos y urgentes como el derecho de acceso a un internet con suficiente capacidad de datos; a la defensa del ciudadano en tiempos de transición energética frente al cambio climático; de los derechos sociales frente a los retos de las pandemias; de los derechos de los migrantes impedidos de desembarcar en puertos saturados, o del estado de urgencia en el ejercicio de poderes excepcionales. De ahí que no tengamos que esperar a que las cuestiones de mayor actualidad lleguen a los oráculos de jueces de última instancia para poder encontrar respuestas satisfactorias para los justiciables, que busquen al menos la armonización con lo que ya se ha construido el orden comunitario.

Dicho por un anterior presidente del TJUE, el propósito central de tal armonización dialógica, de esencia federal, también se dirige a reforzar la confianza entre los integrantes del pacto comunitario.<sup>77</sup> Aunque siempre integrando, como primer interlocutor del diálogo, a las jurisdicciones domésticas.

---

<sup>77</sup> Este principio de reconocimiento mutuo, a manera de “trust-enhancing measures”, Lenaerts, K., “La vie après l’avis: exploring the principle of mutual (not yet blind) trust”, *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, núm. 3, pp. 805-840.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL, José María, “Panorama del Arbitraje Comercial”, *World Arbitration & Mediation Review*, Institute for Transnational Arbitration, 2012.
- ABDEL RAOUF, Mohammed, “Emergence of New Arbitral Centers in Asia and Africa: Competition, Cooperation and the Rule of Law”, en BRE-KOULAKIS, Stavros *et al.* (eds.), *Evolution and Future of International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2016.
- ABI-SAAB, Georges, “The normalization of international adjudication”, *International Law and Politics*.
- ABI-SAAB, Georges, *The International Judicial Function*, United Nations Publications, disponible en: [http://legal.un.org/avl/ls/Abi-Saab\\_CT\\_video\\_1.html](http://legal.un.org/avl/ls/Abi-Saab_CT_video_1.html).
- ACHALEKE, Taku y CHIEF, Charles, *Has the International Criminal Court Inappropriately Targeted Africa?*, disponible en: <https://iccforum.com/africa>.
- AGENCE FRANCE-PRESSE, “African Union members back Kenyan plan to leave ICC”, *The Guardian*, 2016, disponible en: <http://www.theguardian.com/world/2016/feb/01/african-union-kenyan-plan-leave-international-criminal-court>.
- AIMORÉ CARRETEIRO, Mateus, “Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Guidelines for Promoting Predictability”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2016.
- ALJAZEERA, “African Leaders Accuse ICC of «Race Hunt»”, 2013, disponible en: <http://www.aljazeera.com/news/africa/2013/05/201352722331270466.html>.
- ALLAIN, Jean y JONES, John R. W. D., *A patchwork of norms: A commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, 1997, 8 Eur. J. Int’l L. 100.
- AMBOS, Kai, *Treatise on international criminal law*, Oxford University Press, 2013.
- ARAUJO VALDIVIA, Luis, “El arbitraje comercial y su regulación legal”, *Colección Jurídica*, UNAM, Facultad de Derecho, vol. 1, núm. 6, septiembre de 1974.

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Gredos, 1985.
- ARNOLD, R., “La UE en la jurisprudencia del TCF alemán en período de crisis financiera”, en MARTÍNEZ CUADRADO, M. (ed.), *De la crisis a la Unión Federal*, Salamanca, Mayo Editores, 2016.
- ASHCROFT, Bill *et al.*, *Post-Colonial Studies: The Key Concepts*, Nueva York, Routledge, 2000.
- ASHWORTH, Andrew, *Principles of criminal law*, 4a. ed., Oxford University Press, 2003.
- AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, 2012.
- AZAD, Sohrab, *The US Crusade Against the ICC Dashes Afghan Dreams of Justice*, 2020, disponible en: <https://thediplomat.com/2020/06/the-us-crusade-against-the-icc-dashes-afghan-dreams-of-justice/>.
- BADRÉ, B. y LEMOINE, M., “Europe’s COVID Crossroads”, *Project Syndicate*, 2020, disponible en: [www.project-syndicate-org](http://www.project-syndicate-org).
- BAQUERO CRUZ, “The legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement”, *European Law Journal*, 2008, núm. 2.
- BARBERIS, Julio, “La jurisprudencia internacional como fuente de derecho de gentes según la Corte de La Haya”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Max-Planck-Institut, 1971.
- BARBERIS, Julio, “Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, 1999.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *El juicio arbitral*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 1956.
- BARTHOLOMEUSZ, Lance, “The *amicus curiae* before international Courts and Tribunals”, *Non-States Actors and International Law*, 2005.
- BASILIEN-GAINCHE, M. L., *Etat de droit et états d’exception*, París, PUF, 2013.
- BENZ, Stephen, “Strengthening Interim Measures in International Arbitration”, *Georgetown Journal of International Law*, 2018.
- BERIZONCE, Roberto, *Las tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- BODACK, Jessica, “International Law for the Masses”, *Duke Journal of Comparative and International Law*.
- BOGDANDY, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

- BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), “La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto Max Planck-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- BOISTER, Neil y CRYER, Robert, *The Tokio International Military Tribunal – A Reappraisal*, Oxford University Press, 2008.
- BOSCHIERO, Nerina, *The International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, 2013.
- BRABANDERE, Eric de, “*Amicus Curiae* (Investment Arbitration)”, en RUIZ-FABRI, Hélène y PLANCK, Max, *Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford University Press, 2019.
- BRACK, Nathalie, *Opposing Europe in the European Parliament: Rebels and Radicals in the Chamber*, Bruxelles, Palgrave Studies in European Union Politics, 2018.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BREWSTER, Rachel, “Can International Trade Law Recover? WHO Dispute Settlement: Can We Go Back Again?”, *AJIL Unbound*, 2019.
- BRIDGE, Robert, “Russia urges NATO to investigate Libyan deaths”, *RT*, 2011, disponible en: <https://www.rt.com/russia/russia-libya-nato-investigation-un-217/>.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Consideraciones sobre el arbitraje”, *Estudios de derecho procesal civil*, México, Cárdenas, 1980, t. II.
- BRUSSELS, “European Commission reacts to the US restrictions on steel and aluminium affecting the EU”, *European Commission*, 2018, disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1851>.
- BUERGENTHAL, Thomas y CASSEL, Douglass, “The future of the Interamerican Human Rights System”, en MÉNDEZ, Juan E. y COX, Francisco (eds.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2010.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.

- CANNON, Brendon *et al.*, “The International Criminal Court and Africa, Contextualizing the Anti-ICC Narrative”, *African Journal of International Criminal Justice*, 2016.
- CARBONNIER, J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.
- CARREAU, Dominique, *Droit International Public*, Pedone, 2015.
- CARTER, J. H., “The Selection of Arbitrators”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 5, núms.1-4, 1994.
- CARTY, Anthony, “From the Right to Economic Self-Determination to the Rights to Development: A Crisis in Legal Theory”, *Third World Legal Studies*, vol. 3, artículo 5o., disponible en: <http://scholar.valpo.edu/twls/vol3/iss1/5>.
- CASTELLO, James y CHAHINE, Rami, “Enforcement of Interim Measures”, *Global Arbitration Review*, 2019 disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1178692/enforcement-of%E2%80%89interim-measures#footnote-051>.
- CEPEDA RODRÍGUEZ, Emerson, “Interrelación entre el *ius cogens* y el derecho blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, núm. 36, enero-junio de 2016, disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.02>.
- CHARNOVITZ, Steve, “How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration”, *International Economic Law and Policy Blog*, 2017.
- CHEESEMAN, Nic y JEFFREY, Smith, *The Retreat of African Democracy. The Autocratic Threat is Growing*, 2019, disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/africa/2019-01-17/retreat-african-democracy>.
- CHENG, Bing, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1951.
- CLARKE, Kamari Maxine, *Is the ICC targeting Africa inappropriately or are there sound reasons and justifications for why all of the situations currently under investigation or prosecution happen to be in Africa?*, disponible en: <https://iccforum.com/africa>.
- CNN Wire Staff, “Libyan rebels target Gadhafi’s birthplace”, *CNN*, 2011, disponible en: <http://www.cnn.com/2011/WORLD/africa/03/28/libya.war/>.
- CONFORTI, B., “La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013.
- CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio del año 2004*, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.19/05, 10 de mayo de 2005.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 2007 y Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia*, 28 de noviembre de 2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, 27 de noviembre de 2008, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/ca\\_sos/articulos/seriec\\_191\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/ca_sos/articulos/seriec_191_esp.pdf).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Memoria de la instalación*, Secretaría de la CorteIDH-Unión Europea, San José, 1999.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Iraq”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/iraq>.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Republic of Philippines”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/philippines>.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, “State of Palestine”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/palestine>.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, “The Office of the Prosecutor concludes mission to Colombia”, 2020, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1510>.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Third Report of the Prosecutor to the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSC 1970 (2011)”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D313B617-6A86-4D64-88AD-A89375C18FB9/0/UNSCreportLibyaMay2012Eng.pdf>.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Venezuela II”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/venezuela>.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Venezuela II”, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/venezuelaII>.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, following judicial authorization to commence an investigation into the Situation in Bangladesh/Myanmar*, 2019, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20191122-otp-statement-bangladesh-myanmar>.
- COSTA, Jean-Paul, “Le dialogue du juge avec lui-même”, *Le dialogue des juges: Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, París, Dalloz, 2009.
- COUTURE, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- CRAIG, Paul, “Pringle: Legal Reasoning, Purpose and Teleology”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Oscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias. Análisis y práctica en México*, México, Porrúa, 2004.

- CUENCA, Francisco *et al.*, “*Regula Iuris*. I. Derecho, fuentes del derecho, cuestiones generales y derecho penal”, en DOMINGO, Rafael (coord.), *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998.
- DAN, Zhu, “China, the International Criminal Court and International Adjudication”, *Netherlands International Law Review*, 2014.
- DEEKS, Ashley, “The NATO intervention in Lybia (2011)”, *University of Virginia School of Law*, 2017, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2966122>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El amicus curiae. ¿Qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2008.
- DEHOUSSE, F., “Rapport sur la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres”, *Parlement Européen, documents de séance*, núm. 43, 25 de mayo de 1965.
- DELLA MORTE, Gabriele, “Les Tribunaux pénaux Internationaux et les références à leur propre jurisprudence: *auctoritas rerum similiter judicatarum?*”, en DELMAS-MARTY, Mireille *et al.* (coord.), *Les sources du droit pénal international*, Société de Législation Comparée.
- DENIZEAU, C., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, París, LGDJ, 2004.
- DERANIS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, Oxford, 2001.
- DÍAZ, Álvaro Paúl, “La Corte Interamericana *in vitro*: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del Caso Artavia”, *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 2, abril de 2013, disponible en: <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Dialnet-LaCorteInteramericanaInVitro-5639003.pdf>.
- DOMINGO, Rafael (coord.), *Derecho, fuentes del derecho, cuestiones generales y derecho penal*, t. I: *Textos de derecho romano*, Aranzadi, 1998.
- DONDÉ MATUTE, Javier, *Los principios de Núremberg: desarrollo y actualidad*, Inacipe, 2015.
- DONY, M., *Droit de l'Union Européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014.
- DORD, O., “Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l'affrontement à la complémentarité?”, *Pouvoirs*, 2001.
- DUPUIS, Charles, *Le droit des gens et les rapports des grandes puissances avec les autres États avant le Pacte de la Société des Nations*, Plon, 1921.
- DUPUY, Pierre-Marie, “Principe de complementarité et droit international général”, en POLITI, Mario y GIOIA, Federica, *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Routledge, 2008.

- DUPUY, Pierre-Marie, “The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice”, *International Law and Politics*, 1999.
- ENGEL, Antonio, *Técnicas de negociación y mediación para la ordenación de los recursos naturales*, FAO, 2006.
- ESCORIHUELA, Irene, “Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, garantía para una vida digna”, *Crítica Urbana*, núm. 2, 20 de septiembre de 2018, disponible en: <http://criticaurbana.com/los-desca-garantia-para-una-vida-digna>.
- FACH GÓMEZ, Katia, “Rethinking the Role of *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest”, *Fordham International Law Journal*, 2012.
- FAVOREU, L., “La légitimité du juge constitutionnel”, *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1994.
- FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro, “La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2004.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HEBE, M., *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- FELER, Alan Matías, “*Soft Law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y ensayos*, 2015, núm. 95, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adequacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>.
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, *Voto concurrente. Caso Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia del 31 de agosto de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf).
- FLETCHER, George P., “New court, old dogmatik”, *Journal of International Criminal Justice*, 2011.
- FOSTER, Caroline, “Burden of Proof in International Courts and Tribunals”, *Australian Year Book of International Law*.
- GAFFNEY, John P., “Due process in the World Trade Organization, the Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System”, *American University International Law Review*, 1999.
- GARCÍA BAUER, Carlos, *Los derechos humanos. Preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960.

- GARCÍA JAÉN, Braulio, “Luigi Ferrajoli, filósofo: «Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata»”, *El País*, disponible en: <https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html>.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derechos fundamentales (artículos 8.2.h y 25, CADH)”, en PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos (coord.), *El derecho humano al debido proceso. Sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Tutela de los derechos en situaciones excepcionales. Debido proceso y cumplimiento de resoluciones”, en BEJARANO GUZMÁN, Ramiro *et al.* (eds.), *Reconciliación y derecho procesal. Memoria del Coloquio sobre Reconciliación y Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal-International Association of Procedural Law-Universidad Externado de Colombia, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derechos humanos de los menores de edad: perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Porrúa, 2018.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Temas de derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México-Seminario de Cultura Mexicana-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2a. ed., México, CNDH, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y BENAVIDES, Marcela, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, Porrúa, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009 solicitada por la República Argentina*, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/se\\_ria\\_20\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/se_ria_20_esp1.pdf).

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Castillo Páez vs. Perú*, 27 de noviembre de 1998, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_43\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se\\_riec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se_riec_162_esp.pdf).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y GONZA, Alejandra, *Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 4a. ed., Miami, Sociedad Interamericana de Prensa, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MARTÍNEZ BREÑA, Laura, *Presos y prisiones: el sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, Coordinación de Humanidades, Programa Universitario de Derechos Humanos, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, “Observatorio de jurisprudencia interamericana”, *Derecho a las garantías judiciales*, Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano-Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2014-2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ZANGHI, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en CANOSA USERA, Raúl *et al.* (coords.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, 2a. ed., Lima, Thomson Reuters, 2015.
- GINGSBURG, Tom, “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, 2005.
- GÓMEZ JENE, Miguel, *Arbitraje comercial internacional*, Navarra, Civitas, 2018.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2002.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Relación entre judicatura y arbitraje”, *Centro de Arbitraje de México*, México, abril de 2009.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Jus, 2001.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- GREWE, C., “A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe: l'enchévêtrement des contentieux et des procédures”, *Mélanges M. Fromont*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

- GUILLAUME, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2011.
- GUZMAN, Margaret M. de, *Response to Question: ¿Is the ICC Targeting Africa Inappropriately?*, disponible en: <https://iccforum.com/africa>.
- HALBERSTAM, D., “«It’s the Autonomy Stupid», a modest defense of opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and the way forward”, *University of Michigan Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 432, febrero de 2015.
- Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes*, Nueva York, United Nations Publication, 1992, disponible en: <https://legal.un.org/cod/books/HandbookOnPSD.pdf>.
- HARLAN, C., “Frexit? Italeave? After watching Brexit, other European countries say: No thanks”, *The Washington Post*, 29 de marzo de 2019.
- HARTMANN, Eva, “The Difficult Relation Between International Law and Politics: The Legal Turn from a Critical IPE Perspectiva”, *New Political Economy*, 2011.
- HEINLEIN, P., “The U.S. and German Interpretations of the Vienna Convention on Consular Relations: Is Any Constitutional Court Really Cosmopolitan?”, *Maryland Journal of International Law*, 2010.
- HELPER, Laurence y ALTER, Karen, “Nature or Nurture? Judicial Law-Making in the European Court of Justice and Andean Tribunal of Justice”, *Duke Law Working Papers*, 2010, disponible en: [http://scholarship.law.duke.edu/working\\_papers/3](http://scholarship.law.duke.edu/working_papers/3).
- HELLER, Kevin Jon, *The Nuremberg Military Tribunals and the origins of international criminal law*, Oxford, 2012.
- HENDERSON, Christian, “International Measures for the Protection of Civilians in Libya and Cote d’Ivoire”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2011.
- HICKEY, Shane, “African Union says ICC should not prosecute sitting President”, *The Guardian*, 2013, disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2013/oct/12/african-union-icc-kenyan-president>.
- HIERRO, Liborio L., “Los derechos económicos sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., México, Fontamara, 2013, t. I.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009.
- HOILE, David, *The International Criminal Court—Europe’s Guantanamo Bay?*, Africa Research Centre, 2010.

- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS-AGENCIA SUECA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos sociales y culturales*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Unidad de Información y de Servicio Editorial del IIDH, 2009, disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1467/justiciabilidad-directa-desc-2009.pdf>.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y COOPERACIÓN ALEMANA, Interpretado por GIZ, *¿Qué son los DESCAs?*, disponible en: <https://iidh-juris.prudencia.ac.cr/index.php/que-es-desca>.
- JACOB, Marc, “Lawmaking Through International Adjudication”, *German Law Journal*, 2010.
- JACOBS, Andrew, “China Urges Quick End to Airstrikes in Libya”, *New York Times*, 2011, disponible en: <http://www.nytimes.com/2011/03/23/world/asia/23beijing.html>.
- JACQUÉ, J. P., “La confiance mutuelle, un élément fédéral dans l’Union Européenne?”, *Penser le droit à partir de l’individu: Mélanges en l’honneur d’Elisabeth Zoller*, París, Dalloz, 2018.
- JAN KUIJPER, Pieter, “The US Attack on the Appellate Body”, *International Economic Law and Policy blog*, 2017.
- JEFFERY, Peter, “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, *Journal of International Arbitration*, 2007.
- JOUANNET, Emmanuelle, “Actualité des questions d’indépendance et impartialité des juridictions internationales: la consolidation d’un tiers pouvoir international?”, *Indépendance et impartialité des juridictions internationales*, Pedone, 2003.
- KAI Y ABOUELDAHAB, Susann, “Foreign Jurists in the Colombian Special Jurisdiction for Peace: A New Concept of *Amicus Curiae*?”, *EJIL Talk*, 2017, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/foreign-jurists-in-the-colombian-special-jurisdiction-for-peace-a-new-concept-of-amicus-curiae/>.
- KARAMANIAN, Susan, “The Armenian Genocide and the International Court of Justice”, en DEMIRDJIAN, Alexis, *The Legacy of the Armenian Genocide*, Springer.
- KARPENSCHIF, M. y NOURISSAT, C., *Les grands arrêts de la jurisprudence de l’Union Européenne*, París, Presses Universitaires de France, 2010.
- KHUSAL MURKENS, E., “Identity trumps integration: the Lisbon Treaty in the German Federal Constitutional Court”, *Der Staat*, 2009.

- KOCHLER, Hans, *The NATO War of 1999 and the Impotence of International Law, International Conference The 1999 NATO Bombing Campaign: 20 Years Later*, Institute of International Politics and Economics in co-operation with Faculty of Security Studies, University of Belgrade Belgrade, 2019, disponible en: [http://hanskochler.com/Koehler-NATO\\_War-1999-International\\_Law-March2019.pdf](http://hanskochler.com/Koehler-NATO_War-1999-International_Law-March2019.pdf).
- KRASTEV, Ivan, *After Europe*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2017.
- La juridictionalisation du Droit International*, Colloque de Lille, Société Française pour le Droit international, Paris, Pedone, 2003.
- LABUDA, Patrick, *A Neo-Colonial Court for Weak States? Not Quite. Making Sense of the International Criminal Court's Afghanistan Decision*, 2019, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/a-neo-colonial-court-for-weak-states-not-quite-making-sense-of-the-international-criminal-courts-afghanistan-decision/>.
- LAMBERT, E., *Government by judiciary: The transformation of the Fourteenth Amendment*, Boston, Harvard University Press, 1977.
- LANDOLT, Philipp, "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz", *Journal of International Arbitration*, 2013.
- LAUTERPACHT, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, Oxford-Clarendon Press, 1933.
- LE POINT, *La BCE renforce son arsenal de mesures économiques*, 2020, disponible en: [https://www.lepoint.fr/politique/coronavirus-la-bce-renforce-son-arsenal-de-mesures-economiques-04-06-2020-2378496\\_20.php#](https://www.lepoint.fr/politique/coronavirus-la-bce-renforce-son-arsenal-de-mesures-economiques-04-06-2020-2378496_20.php#).
- LENAERTS, K., "La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (not yet blind) trust", *Common Market Law Review*, 2017.
- LEW, Julian, "Iura Novit Curia and Due Process", *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper*, núm. 72/2010.
- LLUGDAR, Eduardo J. R., *La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los derechos fundamentales*, junio de 2016, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>.
- LORENZO, Ludovic, "Une nouvelle juridiction internationale, le système de règlement des différends interétatiques de l'OMC", *Thèse, Université Lyon 2*, 2003, disponible en: [http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo\\_l#p=0&a=top](http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo_l#p=0&a=top).
- LOUIS, J., "Gauweiler bis", *Journal de droit Européen*, núm. 257, marzo de 2019.
- LOWENFELD, Andreas, "Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law", *American Journal of International Law*, 1989.

- MABAKA, P., *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne. Aspects nationaux et européens*, Bruylant-Sakkoulas, 2006.
- MACHIARELLI, C. et al. (eds.), *The European Central Bank, between the financial crisis and populisms*, London, Palgrave Macmillan, 2020.
- MACÍAS CHÁVEZ, Karla Cecilia, *El neocolonialismo en nuestros días. La perspectiva de Leopoldo Zea*, Universitas Philosophica, 2015.
- MADURO, M. P., "L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union Européenne", en ALSTON, P. (coord.), *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- MAJONE, G., "Mutual trust: credible commitments and the evolution of rules for a single european market", *EUI RSC Working Papers*, 1995.
- MAMDANI, Mahmoud, "Darfur, ICC and the new humanitarian order", disponible en: <http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/crises/37-the-crisis-in-darfur/1842-all-africadarfur-icc-and-the-new-humanitarian-order>.
- MANZANARES BASTIDA, Bruno, "The Independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration", *Revist@ E- Mercatoria*, 2007.
- MARZORATI, Osvaldo J., "Principios generales del derecho internacional privado", *Derecho de los negocios internacionales*, Astrea Depalma, t. I.
- MATHANGI, K., "Crisis in the WTO: Roots and Restorations", *Cambridge International Law Journal*, 2019, disponible en: <http://cilj.co.uk/2019/12/19/crisis-in-the-wto-roots-and-restorations/>.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, núm. 8, disponible en: [file:///C:/Users/ASUS/Downloads/MazuelosBellido\\_reei8\\_.pdf](file:///C:/Users/ASUS/Downloads/MazuelosBellido_reei8_.pdf).
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, "The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretations", *The Oxford Handbook on International Human Rights*, 2013.
- MELANDER, E. et al., "Organized Violence, 1989-2015", *Journal of Peace Research*, 2016.
- METTRAUX, Guénaël, *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford University Press, 2005.
- MEZA FLORES, Jorge Humberto, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, disponible en: [file:///C:/Users/ASUS/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/4714-6076-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ASUS/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/4714-6076-1-PB%20(1).pdf).

- MILES, Tom, “WTO is most worrying target of Trump’s trade talk: Lamy”, *Reuters*, 14 de noviembre de 2017.
- MILLER, Nathan, “An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» Across International Tribunals”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002.
- MONGE, Arturo J., *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26886.pdf>.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Colombia, Legis, 1996.
- MOSCOSO BECERRA, Gerson, *La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, Facultad de Derecho, 2019, disponible en: [https://www.academia.edu/37096601/La\\_justiciabilidad\\_directa\\_de\\_los\\_derechos\\_laborales\\_en\\_la\\_Corte\\_Interamericana\\_de\\_Derechos\\_Humanos\\_-\\_G.\\_Moscoso\\_Becerra](https://www.academia.edu/37096601/La_justiciabilidad_directa_de_los_derechos_laborales_en_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos_-_G._Moscoso_Becerra).
- NABLI, B., *L'exercice des fonctions d'Etat membre de la Communauté européenne. Etude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire. Le cas français*, París, Dalloz, 2007.
- NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006*, Nueva York, 2008.
- NKRUMAH, Kwame, *Neocolonialism: The Last Stage of Imperialism*, Bedford, Panaf Books Ltd., 1965.
- NOLLKAEMPER, André, “The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice”, *Chinese Journal of International Law*, 2006.
- NÚÑEZ URIBE, Andrea Liliana, “La exigibilidad de los derechos sociales”, *La prohibición de regresividad en el ámbito del derecho a la educación en la jurisprudencia constitucional colombiana*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.
- OLSEN, J., *The European Union: Politics and Policies*, 7a. ed., London, Routledge, 2018.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “¿De quién es la OMC?”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/org1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org1_s.htm).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “Declaración Ministerial de Nairobi”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/mc10\\_s/mindecision\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc10_s/mindecision_s.htm).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “Entender la OMC: «Solución de diferencias»”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/displ\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/displ_s.htm).

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Chronological list of disputes cases*, disponible en: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Current status of disputes*, disponible en: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_current\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *DS550: United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, disponible en: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds550\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds550_e.htm).
- ORTEGA, F., “¿La guerra de los jueces? Reflexiones sobre el «Fallo PSPP» del 5 de mayo de 2020 emitido por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *Revista Derecho del Estado*, 8 de junio de 2020, disponible en: <https://revistaderechoestado.uexternado.edu.co/>.
- PARRA VERA, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Colección Constitución y Derechos, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/6.pdf>.
- PASQUIER, R., *Le Pouvoir Régional: mobilisations, décentralisation et gouvernance en France*, París, Presses de Sciences Po, 2012.
- PAYOSOVA, Tatiana *et al.*, “The Dispute Settlement Crisis of the WTO: Crisis and Cures”, *Peterson Institute of International Economics*, Policy Brief, 2018.
- PENDELL, Guy, “The Rise and Rise of the Arbitration Institution”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2011, disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/30/the-rise-and-rise-of-the-arbitration-institution/>.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2004.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James A., *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, México, Limusa, 2009.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Fontamara, 2006.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, México, Oxford, 2000.
- PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the proceedings of the Committee, June 16th–July 24th, 1920, with Annexes (1920)*.

- PERRET, Francois, “Is There a Need for Consistency in International Commercial Arbitration”, en GAILLARD, Emmanuel y BANNIFATEMI, Yaz, *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, 2007.
- PESCATORE, Pierre, “Aspects judiciaires de l’ «acquis communautaire»”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “La «judicialización»: una nueva característica del sistema jurídico internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2015.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “La crisis de la Organización Mundial de la Salud: problemas e (im)posibles soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional”, en BECERRA, Manuel (comp.), *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional desde una visión latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “NATO’s «Brain Death»: A Legal Perspective”, *Russian Law Journal*, 2020.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “Trump’s Foreign Policy and International Trade Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- PONTE, Carla del y SUDETIC, Chuck, *Madame Prosecutor: Confrontations with Humanity’s Worst Criminals and the Culture of Impunity: A Memoir*, Nueva York, Other Press, 2009.
- PRUNDARU, Ana, “Will Proposed ICSID Arbitration Rule 23 put an End to Legitimacy Concerns of Arbitrator Disqualifications?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019, disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/06/will-proposed-icsid-arbitration-rule-23-put-an-end-to-legitimacy-concerns-of-arbitrator-dis-qualifications/?doing\\_wp\\_cron=1596208942.3510820865631103515625](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/06/will-proposed-icsid-arbitration-rule-23-put-an-end-to-legitimacy-concerns-of-arbitrator-dis-qualifications/?doing_wp_cron=1596208942.3510820865631103515625).
- QUERO GARCÍA, Alberto Ulises, “Principio IV”, en DONDÉ MATUTE, Javier (coord.), *Los principios de Núremberg: desarrollo y actualidad*, Inacipe, 2015.
- RAIMONDO, Fabián, *General Principles of Law in the Decisions of International Courts and Tribunals*, Martinus Nijhoff, 2005.
- REIGER, Caitlin y MARIERKE, Wierda, *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*, International Center for Transitional Justice, 2006.
- REITER, Eva, *Preventing Irreparable Harm. Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Intersentia, 2010.

- REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008.
- ROBERTS, Anthea, “Comparative International Law. The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2011.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *México ante el arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa, 1999.
- ROMANO, Cesare, “Project on International Courts and Tribunals”, *Center on International Cooperation*, trad. de Omar Carrasco y Juan Andrés Álvarez, New York University, 2004-2005.
- ROMBOLI, R., “Nota a sentenza”, *Il Foro Italiano*, 2016.
- ROMBOLI, S., “Los contra-límites en serio: el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2017.
- ROSALES, Emmanuel, “En busca del acorde perdido o la necesidad de un lenguaje común para el análisis sistemático de la aplicación del derecho internacional de derechos humanos por cortes nacionales”, en GARCÍA VILLEGAS SÁNCHEZ CORDERO, Paula M. (coord.), *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Porrúa, 2013.
- ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1995.
- “Rwanda: Kagame Tells why He is Against ICC Charging Bashir”, *Daily Nation*, disponible en: <http://allafrica.com/stories/200808120157.html>, accessed 4 April 2016.
- SAAVEDRA, Pablo y PACHECO ARIAS, Gabriela, “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en GARCÍA RAMÍREZ y CASTAÑEDA, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- SAGÜES, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Instituto Max Planck-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

- SAGÜES, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo”, en FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, FUNDAP, 2012.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013.
- SALINAS ALVARADO, C. E., “El choque de trenes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Los juegos jurídicos metanormativos en Colombia”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2017.
- SALLES, Luiz Eduardo, “Bilateral Agreements as an Option to Living Through the WTO AB Crisis”, *International Economic Law and Policy blog*, 2017.
- SÁNCHEZ CHACÓN, Francisco Javier, “El Tribunal de justicia de la Comunidad Andina: estructura y competencias”, *Aldea Mundo*, Universidad de los Andes, Venezuela, mayo-octubre de 2000.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 2008.
- SANTOS BELANDRO, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, México, Oxford University Press, 2000.
- SANTULLI, Carlo, “Qu’est-ce qu’une juridiction internationale?”, *Annuaire français de droit international*, 2000.
- SAVADOGO, Louis, “Le recours des juridictions internationales à des experts”, *Annuaire français de droit international*, 2004.
- SCHABUDDEEN, Mohammad, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1997.
- SCHAFFSTEIN, Silja, *The doctrine of res iudicata before international arbitral tribunals*, PhD Thesis, Centre for Commercial Law Studies Queen Mary and Westfield College, University of London and at the Faculty of Law of the University of Geneva.
- SCHNEIDER, Michael, “Technical Experts in International Arbitration, Introductory Comments to the Materials from Arbitration Practice”, *ASA Bulletin*, 1993.
- SEIB, Sébastien, “Acier et aluminium: pourquoi de nouveaux droits de douane au nom de la sécurité nationale”, *France 24*, 2018.

- SEINFELD, G., “Reflections on Comity in the Law of American Federalism”, *Notre Dame Law Review*, 2015.
- SHAPIRO, Martin, “A Theory of Stare Decisis”, *Journal of Legal Studies*, 1972, vol. 1.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- SIQUEIROS PRIETO, José Luis, “El arbitraje comercial en Latinoamérica. La perspectiva mexicana”, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- SIQUEIROS PRIETO, José Luis, “La ley mexicana en materia de arbitraje comercial”, *Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, 1999.
- SLAUGHTER, A. M. et al. (eds.), *The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence: legal change in its social context*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- SLOSS, David y ALSTINE, Michael van, *International Law in Domestic Courts*, 2015.
- SOAVE, Tommaso, “Who controls WTO dispute settlement? Reflections on the Appellate Body’s crisis from a socio-professional perspective”, *EJIL: Talk!* 2020, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/who-controls-wto-dispute-settlement-reflections-on-the-appellate-body-s-crisis-from-a-socio-professional-perspective/>.
- STEIN, E., “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”, *American Journal of International Law*, 1981.
- STEWART, Terence, “Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System”, *The Global Business Dialogue, Inc.*, Washington, 2017.
- STONE SWEET, Alec, “Judicial Authority and Market Integration in Europe”, en GINSBURG, Tom y KAGAN, Robert (eds.), *Institutions and Public law. Comparative approaches*, Peter Lang, 2005.
- SUJITH, Xavier, “The Dark Corners of the World: International Criminal Law and the Global South”, *Journal of International Criminal Justice*, 2016.
- SUNGA, Lyle S., *The emerging system of international criminal law-Developments in codification and implementation*, Kluwer Law International, 1997.
- SWARTZENBERGER, Georg, “The *Nemo Iudex in Sua Causa* Maxim In International Judicial Practice”, *Anglo-American Law Review*, 1972.
- SWINEHEART, Matthew, “Reliability of Expert Evidence in International Disputes”, *Michigan Journal of International Law*, 2017.

- SZYMCZAK, D., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- TAKU, Charles, *Ntaganda invites ICC to Look Beyond Africa*, disponible en: <https://iccforum.com/africa>.
- TALOR, M., “Covid-19: Macron et Merkel proposent à l’UE un «audacieux» plan de relance de 500 milliards”, *Le Soir de Bruxelles*, 19 de mayo de 2020.
- TANAKA, Yuki *et al.* (eds.), *Beyond Victors Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.
- TAYLOR, Telford, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10*, 1949, disponible en: [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/NT\\_final-report.html](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_final-report.html).
- TEXEIRO VALLADAO, Haroldo, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, México, Trillas, EDUVEM, 1987.
- TEXIER, Philippe, “Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal”, en varios, *Construyendo una agenda para la exigibilidad de los Derechos Sociales*, San José, CEJIL, 2004, disponible en: [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\\_files/construyendo\\_una\\_agenda\\_para\\_la\\_justiciabilidad\\_de\\_los\\_derechos%20sociales\\_0.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/construyendo_una_agenda_para_la_justiciabilidad_de_los_derechos%20sociales_0.pdf).
- THAKUR, Ramesh, *The UN, Peace and Security: From Collective Security to the Responsibility to Protect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- THE MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE RUSSIAN FEDERATION, “Statement by the Russian Foreign Ministry”, 2016, disponible en: [https://www.mid.ru/en/foreign\\_policy/news/-/asset\\_publisher/cKNonk7JE02Bw/content/id/2523566](https://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonk7JE02Bw/content/id/2523566). <https://www.france24.com/fr/20180309-acier-aluminium-douane-protectionnisme-securite-nationale-trump-omc-regle>.
- TJUE (Gran Sala) sentencia del 11 de diciembre de 2018, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62017CJ0493>.
- TOMKA, Peter *et al.*, “International and Municipal Law Before the World Court, One or Two Legal Orders”, *Polish Yearbook of International Law*, 2015.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>.
- TORRES BODET, Jaime, *La victoria sin alas*, México, Fundación Miguel Alemán, 2012.
- TRIBOLO, Julie, “L’expertise dans les arbitrages internationaux”, en TRUILHÉ-MARENGO, Eve (coord.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Bruylant, 2011.

- TUOMINEN, T., "Aspects of constitutional pluralism in light of the Gauweiler saga", *European Law Review*, 2018.
- UWEM, Ndifreke, "A Reiteration of Undesired Complexity for a Simple Principle: Kompetenz-Kompetenz under the FAA and the UNCITRAL Model Law", *University of Miami International and Comparative Law Review*, 2018.
- VARIOS AUTORES, *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.
- VARIOS AUTORES, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, CorteIDH, San José, 2005.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México*, México, UNAM, FCPS, 2017.
- VENZKE, Ingo, "The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2011.
- VERESCHCHTETIN, V., "Is Deceptive Clarity Better than «Apparent Indecision»", *Liber amicorum: Judge Mohammed Bedjaoui*, Martinus Nijhoff, 1999.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales, comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- VILARIÑO, Eduardo, *Curso de derecho diplomático y consular*, Tecnos, 2015.
- WACHSMANN, P., "«Le dialogue au lieu de la guerre»: le droit comparé à la Cour de Justice des Communautés Européennes", *Le dialogue des juges: Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, París, Dalloz, 2009.
- WEIDEMAIER, Marc, "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, 2010, disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol51/iss5/5>.
- WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, *Tratado de derecho penal internacional*, 3a. ed., México, Tirant lo Blanch, 2017.
- WILKINSON, Stephen, "Standards of Proof in International Humanitarian and Human Rights Fact-Finding and Inquiry Missions", *Geneva Academy of International Humanitarian Law*, disponible en: <https://www.geneva-academy.ch/joomla-tools-files/docman-files/Standards%20of%20Proof%20in%20Fact-Finding.pdf>.
- WILLEMS, Auke (ed.), *The principle of mutual trust in EU Criminal Law*, London, Hart Publishing, 2020.
- WOUDE, M. van der, "Que resterait-il de l'égalité entre les justiciables européens si certaines règles devaient s'appliquer dans des Etats membres et pas dans d'autres?", *Le Monde*, 6 de junio de 2020.

ZAFARRONI, Eugenio Raúl *et al.*, *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, Porrúa, 2013.

ZELICOVICH, Julieta, “¿Está viva la OMC? Bloqueos y consensos en las negociaciones comerciales de las Conferencias Ministeriales de Bali y Nairobi”, *Revista UNISCI*, 2017.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Fondo de Cultura Económica-CIDAC, 2002.

ZIVKOVIC, Patricia, “Severe Breaches of Duty of Confidentiality and Impartiality in the Dispute between Croatia and Slovenia: Is Arbitration Immune to such Violations”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2015, disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/29/severe-breaches-of-duty-of-confidentiality-and-impartiality-in-a-dispute-between-croatia-and-slovenia-is-arbitration-immune-to-such-violations/?doing\\_wp\\_cron=1596213804.3329749107360839843750](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/29/severe-breaches-of-duty-of-confidentiality-and-impartiality-in-a-dispute-between-croatia-and-slovenia-is-arbitration-immune-to-such-violations/?doing_wp_cron=1596213804.3329749107360839843750).

ZWINGMANN, B., “The continuing myth of euro-scepticism? The German Constitutional Court two years after Lisbon”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2012.

*Los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales. Avances y nuevos retos*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 27 de junio de 2022 en los talleres de Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, San Jerónimo Chicahualco, Metepec, 52170 Estado de México, tel. 72 2199 1345. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* de 60 gramos para los interiores y cartulina *couché* de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).

Los medios jurisdiccionales de solución de las controversias internacionales constituyen una garantía imprescindible para la seguridad, la justicia y el bienestar común en el ámbito de las relaciones internacionales.

El presente libro desarrolla un análisis de distintos órganos judiciales y arbitrales internacionales, con el fin de identificar algunos avances y retos comunes en su funcionamiento.

La obra colectiva se integra de contribuciones de distinguidos (as) académicos (as) y juristas mexicanos (as) que se proponen ampliar y mejorar el entendimiento del marco normativo y de la actividad jurisprudencial de los mecanismos judiciales y arbitrales de arreglo de los litigios internacionales. El libro va más allá de una simple introducción a la práctica de estos mecanismos, y contiene, en realidad, una visión global, crítica y de conjunto de algunos de sus principales logros y fracasos. Se examinan las reglas que actualmente regulan el quehacer de determinados órganos judiciales y arbitrales internacionales, y se formulan propuestas de reforma futura a su diseño jurídico-institucional.

