

CAPÍTULO CUARTO

LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL

Virginia PETROVA GEORGIEVA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La exclusión de la jurisprudencia de la categoría de fuentes formales del derecho internacional.* III. *La importancia de la jurisprudencia para el desarrollo del derecho internacional.* IV. *La función de la jurisprudencia en relación con la coherencia del derecho internacional.* V. *Conclusión: jurisprudencia y Estado de derecho internacional.*

La jurisprudence est une source du droit,
mais il ne faut surtout pas le dire.

Philippe JESTAZ¹

I. INTRODUCCIÓN

La creación del derecho por parte del juez se sitúa en la base del concepto de “jurisprudencia”.

Según Ulpiano, la *iurisprudentia* es el conocimiento de las cosas humanas y divinas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto.² En algunos idiomas el término “jurisprudencia” (*giurisprudenza* en italiano o *jurisprudence* en inglés) se refiere a la ciencia o a la teoría del derecho. En el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española se establecen tres acepciones principales de la expresión “jurisprudencia” (del latín “*iurisprudentia*”):

¹ Jestaz, Philippe, “La jurisprudence, ombre portée du contentieux”, *Recueil Dalloz*, núm. 24, 1989, p. 149; Jestaz, Philippe, *Les sources du droit*, 2a. ed., Dalloz, 2015.

² *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, Digesto 1, 1, 10, 2.

a) ciencia del derecho; b) enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernativas o judiciales, y c) norma de juicio que suple omisiones de la ley, y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos.³ Es en el segundo sentido que este trabajo entenderá al término “jurisprudencia”: la reunión de sentencias judiciales que aplican e interpretan el derecho vigente.

Las sentencias de los órganos judiciales aclaran y consolidan las normas jurídicas. Pero ¿son estas sentencias susceptibles de constituir una fuente creadora de derecho en el ordenamiento jurídico en el que se adoptan? La respuesta a esta pregunta ha originado amplios debates tanto en el ámbito jurídico interno como en el internacional.

En el caso *Pesquerías del Atlántico*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) consideró que “...la Corte, como Tribunal, no podrá pronunciar una sentencia *sub specie legis ferendae* ni enunciar el Derecho antes de que el legislador lo haya adoptado”.⁴ En el mismo sentido, en su opinión consultativa *Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares*, la CIJ señaló que “Está claro que la Corte no puede legislar...”. Su “función judicial normal” consiste en “determinar la existencia... de principios y normas jurídicas...”.⁵ Estas dos afirmaciones ponen de manifiesto las dificultades discursivas que los tribunales internacionales experimentan cuando se trata de determinar si su jurisprudencia constituye una fuente del derecho internacional.

Como lo afirma Philipp Jestaz, al parecer “La jurisprudencia es una fuente del Derecho, pero es mejor no decirlo”.⁶ Según Armin von Bogdandy, “los jueces están en problemas” cuando crean la impresión de que su función judicial no consiste en una mera aplicación del derecho.⁷ En términos más radicales, Martin Shapiro enfatiza que los jueces, en todas las sociedades, “deben negar que crean Derecho”.⁸ Al hacer esto, los jueces “siempre mienten” y estas mentiras constituyen “la naturaleza de su función judicial”.⁹

³ Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 938.

⁴ CIJ, *Fisheries Jurisdiction*, Gran Bretaña/Irlanda del Norte/Islandia, 25 de julio de 1974, pfo. 53, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5977.pdf>.

⁵ CIJ, *Legality on the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, pfo. 18, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>.

⁶ Jestaz, Philipp, *op. cit.*, p. 149.

⁷ Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, *German Law Journal*, vol. 12, 2010, p. 984.

⁸ Shapiro, Martin, “Judges as Liars”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, 1994, p. 156.

⁹ *Idem*.

La negación del valor de la jurisprudencia como fuente del derecho es mucho más característica de los órdenes jurídicos internos que pertenecen a la familia jurídica romano-germánica. La imposibilidad para los jueces de crear derecho en la resolución de las controversias que se les someten fue establecida desde el *Corpus Iuris Civilis* del emperador Justiniano.¹⁰ En efecto, en el *Digesto* se preveía que “non exemplis sed legibus iudicandum est” (no se debe de juzgar sobre la base de ejemplos, sino sobre la base de leyes). En los órdenes jurídicos del *civil law*, la ley “escrita” por el legislador electo representante de la voluntad general se considera como la fuente principal del derecho. La exclusión de la jurisprudencia de las fuentes de derecho válidas en estos países se debe, en primer lugar, al principio de separación de los poderes. Dicho principio implica que el legislador es el único detentor del poder de representar a la sociedad y adoptar normas generales y coercitivas; todo “gobierno de los jueces” es, desde esta perspectiva, ilegítimo e impermisible.¹¹ En segundo lugar, la inestabilidad de la jurisprudencia y la posibilidad para los jueces de contradecir lo resuelto en sentencias anteriores va en contra de otro principio fundamental en estos sistemas: el de seguridad jurídica. En tercer lugar, en virtud de un principio general del derecho vigente en todos los órdenes jurídicos internos, las sentencias judiciales están dotadas de la *res iudicata*: autoridad de la cosa juzgada. Pero se trata de una autoridad relativa que se aplica únicamente para una demanda judicial basada en la misma causa, y sobre todo, entre las mismas partes. Los jueces en los sistemas jurídicos romano-germánicos no pueden pronunciarse por el futuro en los casos que resuelven en el presente; las sentencias que adoptan vinculan únicamente a las partes en el litigio concreto.¹²

En pocas palabras, en los sistemas jurídicos del *civil law* los jueces son “boca de la ley” (barón de la Brède et de Montesquieu)¹³ u “oráculos vivien-

¹⁰ Cabe señalar que en las etapas previas de desarrollo del derecho romano, la jurisprudencia, por ejemplo, la contenida en los edictos de los *praetores* sí era considerada como fuente del derecho en Schultz, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford University Press, 1953.

¹¹ Por ejemplo, en virtud del artículo 20 de la Constitución alemana: “La jurisprudencia es obligada respecto a la ley y al Derecho”.

¹² Por ejemplo, en virtud del artículo 5 del Código Civil francés: “Queda prohibido a los jueces pronunciarse por la vía general y reglamentaria respecto a los casos que les son sometidos”. Esta disposición se relaciona, generalmente, con la prohibición de los *arrêts de règlement* del *Ancien Régime*. En efecto, los jueces miembros de los tribunales internos bajo la monarquía francesa se habían autoproclamado el derecho de adoptar sentencias de alcance general, denominadas sentencias reglamentarias (o *arrêts de règlement*). En reacción a estos poderes exorbitantes de los jueces, los revolucionarios decidieron prohibir las sentencias reglamentarias y adoptaron la famosa doctrina de Montesquieu del “juez boca de la ley”.

¹³ Barón de la Brède et de Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, 1758, disponible en: http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html.

tes del Derecho” (William Blackstone).¹⁴ No obstante, aun en estos órdenes jurídicos suele considerarse que en algunos casos limitados la jurisprudencia puede crear derecho, particularmente si se trata de sentencias emanadas de las jurisdicciones que ocupan el rango jerárquico más alto del sistema judicial (las jurisdicciones supremas, por ejemplo, la *Cour de cassation* francesa, el *Bundesgerichtshof* alemán o la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México).¹⁵

En cambio, afirmar que la jurisprudencia es fuente del derecho no crea ningún problema para los juristas formados en la tradición jurídica del *common law*. Los órdenes jurídicos de esta tradición adoptaron otro adagio del derecho romano, en virtud del cual *stare decisis et non quieta muovere* (hay que mantener lo decidido y no perturbar lo ya establecido). Dichos sistemas se caracterizan por la negación del carácter supremo y exclusivo de la *lex scripta* (ley escrita)¹⁶ como fuente del derecho y por la aplicación obligatoria de precedentes judiciales. Las condiciones para dicha aplicación forman parte de la denominada “doctrina de los precedentes” (*rule of precedents*) o del *stare decisis*. Esencialmente, las cuestiones establecidas o decisiones tomadas configuran precedentes que deben servir de guía normativa para resolver casos similares a aquellos que fueron resueltos en el pasado y que constituyen precisamente los *precedents*.¹⁷ Entre los factores que obligan a un juez a aplicar un precedente judicial para resolver un litigio concreto destacan la similitud o analogía entre los hechos que dieron origen al precedente y los hechos del caso pendiente ante el juez,¹⁸ el rango jerárquico del tribunal que adoptó el precedente y del tribunal, obligado a aplicarlo,¹⁹ la edad del precedente, si ha sido adoptado por unanimidad de votos, si cuenta con opiniones disidentes, si ha habido cambios en la realidad social o jurídica desde su adopción,

¹⁴ Blackstone, William, *The Commentaries on the Laws of England*, Lippincott, 1893, p. 47.

¹⁵ En particular, cuando estos tribunales responden a una nueva cuestión jurídica o realizan un cambio sustancial en una solución ya adoptada previamente (operan un *revirement de jurisprudence* o *oerrule*) se considera que esta sentencia es dotada de fuerza obligatoria y debe ser respetada por todas las jurisdicciones jerárquicamente inferiores.

¹⁶ Jacob, Marc, “Lawmaking Through International Adjudication”, *German Law Journal*, vol. 12, 2010, p. 1009.

¹⁷ Disponible en: www.uscourts.gov/EducationalResources/ConstitutionResources/SeparationOfPowers/USSupremeCourtProcedures.aspx.

¹⁸ Cabe señalar que muchas veces la tarea de los abogados y jueces del *common law* consiste precisamente en determinar el grado de analogía entre los hechos del precedente y los hechos del caso por resolver para comprobar la aplicabilidad y, por lo tanto, la obligatoriedad del precedente.

¹⁹ Se trata de un precedente que se aplica a tribunales que mantienen entre sí una relación de carácter horizontal o vertical.

etcétera.²⁰ El uso del concepto de precedente jurisprudencial obligatorio en estos sistemas jurídicos se considera como una garantía tanto para la seguridad como para la estabilidad, justicia y eficacia del derecho.²¹ Finalmente, cabe señalar que la aplicación obligatoria de los precedentes en los países del *common law* sufre dos importantes excepciones en los casos de primera impresión (*cases of first impression*)²² y en los casos que se deslindan de la aplicación de un precedente (*cases of overrule*).²³

La postura predominante respecto a la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional parece situarse en algún punto intermedio entre las dos principales concepciones previamente examinadas.²⁴ Además, no es de extrañarse que la posición que los abogados especializados en derecho internacional adoptan al respecto se ve muy influenciada por su propia formación jurídica en un derecho interno de *civil law* o de *common law*. En términos generales, esta problemática traduce la constante lucha entre ambas culturas jurídicas para la influencia (o “dominación”) de la cultura jurídica del derecho internacional. Adicionalmente, el valor que se atribuye a la jurisprudencia depende en buena medida de las distintas concepciones acerca de la naturaleza del derecho y de su proceso de creación.

En el orden jurídico internacional, la cuestión del valor de la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional es particularmente compleja. En términos de Lauterpacht, se trataría de un verdadero “misterio religioso” en el que sería “indecoroso” indagar.²⁵

²⁰ Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1016.

²¹ En primer lugar, la aplicación de precedentes garantiza la seguridad jurídica del sistema, porque permite a una persona conocer con anticipación los derechos y obligaciones que se derivan de una situación fáctica particular. En segundo lugar, la utilización de precedentes judiciales aporta estabilidad y coherencia al sistema jurídico, porque establece reglas obligatorias claras para la resolución de los litigios similares. En tercer lugar, la utilización de los precedentes jurisprudenciales obligatorios también garantiza el carácter justo de las normas jurídicas aplicables a los casos concretos. En efecto, el supuesto de que dos casos análogos deben ser tratados de una forma idéntica se basa en el principio de igualdad jurídica de los justiciables ante el derecho.

²² En esta última hipótesis, el juez puede considerar que no existen precedentes aplicables al caso, y puede recurrir a analogías con normas o precedentes pertenecientes a otros ámbitos jurídicos; por ejemplo, utilizar precedentes penales para la resolución de un litigio de carácter civil.

²³ También en algunos casos, los tribunales, en particular los superiores, pueden cambiar o deslindarse de los precedentes ya establecidos.

²⁴ Gingsburg, Tom, “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 45, 2005, p. 6.

²⁵ Lauterpacht, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 1958, p. 21.

Por un lado, existen textos normativos y sentencias adoptadas por los propios tribunales internacionales que excluyen a la jurisprudencia de las fuentes formales del derecho internacional. Pero, por otro lado, en la actualidad, los órganos judiciales internacionales basan la resolución de los casos concretos que se les someten en abundantes referencias tanto a su propia jurisprudencia como a la jurisprudencia de otras jurisdicciones internacionales. Esto demuestra categóricamente que las sentencias adoptadas por los tribunales internacionales van más allá de la simple resolución de un caso concreto²⁶ y producen importantes efectos sobre el funcionamiento general del sistema jurídico internacional. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia internacional cumple con una función de suma importancia para el desarrollo y evolución del derecho internacional. Además, en la actualidad, la jurisprudencia desempeña importantes funciones respecto a la necesaria coherencia del derecho internacional. Estas dos funciones primordiales subrayan la relación de la jurisprudencia con la promoción de un Estado de derecho internacional.

II. LA EXCLUSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CATEGORÍA DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. *El Estatuto de la CIJ y la práctica de los tribunales internacionales*

Si se lee el Estatuto de la CIJ, la respuesta a la cuestión de saber si la jurisprudencia de los tribunales internacionales constituye una fuente formal del derecho internacional es categóricamente negativa.

Según lo establecido en el Estatuto, la jurisprudencia de los tribunales internacionales no es una fuente formal del derecho internacional como lo son los tratados, las costumbres y los principios generales del derecho. En virtud del artículo 38 del Estatuto:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia

²⁶ Bogandy, Armin von y Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 979.

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 Corte constituye una cristalización directa del principio de *res iudicata*, como principio general del derecho, “reconocido por las naciones civilizadas”. Según este artículo, “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

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. En este sentido, la importancia del artículo 38 del Estatuto de la Corte fue resumida en un *Memorandum* presentado por el secretario general de la ONU a la ocasión del inicio de los trabajos de la CDI respecto a la codificación del derecho internacional. En dicho *Memorandum*, el secretario general subrayó que la codificación de las fuentes de todo el derecho internacional fue realizada con éxito por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.²⁷

Cabe resaltar que 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 Tribunal Internacional para el Derecho del Mar (TIDM),²⁸ el órgano de resolución de las controversias de la Organización Mundial del Comercio (ORD de la OMC),²⁹ la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)³⁰ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)³¹ se refieren únicamente a las normas específicas que estos tribunales internacionales podrán utilizar para resolver las controversias que se les someten,

²⁷ UN, *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, p. 22, disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1_rev1.pdf. No obstante, podemos considerar que el artículo 38 no establece una codificación de todas las fuentes del derecho internacional. En particular, dicha disposición no menciona los actos unilaterales de los Estados, el *soft law* o las fuentes de origen privado, por ejemplo, la *lex mercatoria*.

²⁸ Artículo 293-1 (de la parte XV: Solución de controversias) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

²⁹ A pesar de que no existe una disposición expresa que regule el derecho aplicable por los órganos de solución de controversias de la OMC, dicha regulación puede deducirse del artículo 7.1 y 2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (llamado también Entendimiento sobre la solución de diferencias).

³⁰ La principal ley aplicable ante la CEDH se establece en el artículo 32 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

³¹ Artículo 62 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

pero no contienen ninguna referencia explícita al valor de la jurisprudencia como fuente formal del derecho internacional. Las únicas excepciones muy notables están establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) y en el Entendimiento sobre resolución de controversias de la OMC. Según el artículo 21.1 del Estatuto de la CPI dice que “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Como lo veremos más adelante, esta disposición del Estatuto de uno de los tribunales internacionales más jóvenes tiene importantes implicaciones respecto a la importancia de la jurisprudencia para la coherencia del derecho internacional. De la misma manera, el Entendimiento sobre resolución 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”.

En cambio, es importante notar que la mayoría de estatutos constitutivos de las demás jurisdicciones internacionales contienen una disposición similar a la del artículo 59 del Estatuto de la CIJ. Así por ejemplo, los estatutos del TIDM,³² de la CEDH,³³ de la CIDH,³⁴ del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)³⁵ y de la CPI³⁶ contienen disposiciones expresas respecto a la obligatoriedad de sus sentencias y a la imposibilidad para las partes de obtener un segundo juicio para la misma causa. Por lo tanto, las sentencias de dichos tribunales internacionales no producen efectos jurídicos para el futuro y son obligatorias únicamente para las partes en el litigio concreto.

³² La cristalización del principio de *res iudicata* en el Estatuto del TIDM se establece en términos casi idénticos. En este sentido, el artículo 33 del Estatuto, relativo al “carácter definitivo y fuerza obligatoria de los fallos”, dispone que “1. El fallo del Tribunal será definitivo y obligatorio para las partes en la controversia. 2. El fallo sólo tendrá fuerza obligatoria para las partes y respecto de la controversia que haya sido decidida. 3. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, el Tribunal lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

³³ En este sentido, el artículo 44 del Estatuto de la CEDH, relativo a las “sentencias definitivas”, prevé que “La sentencia de la Gran Sala será definitiva...”.

³⁴ Por su parte, el artículo 31, referente a las “resoluciones” de la CIDH, establece que “Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación”.

³⁵ Según el artículo 10 del Estatuto del TPIY, en lo relativo al principio *Non bis in idem* refiere: “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...”.

³⁶ El artículo 20 del Estatuto de la CPI es titulado “Cosa juzgada” y señala que “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...”.

La cuestión del valor de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional fue discutida desde la adopción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Durante los *travaux préparatoires* de dicho instrumento, sus redactores acordaron excluir la posibilidad para esta última de adoptar sentencias creadoras de derecho. Esta exclusión contaba con el acuerdo de los representantes de países pertenecientes a la familia jurídica romano-germánica y a la del *common law*.³⁷ En efecto, Lapradelle declaró ante el Comité de Juristas responsable de la adopción del Estatuto, 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”.³⁸ 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.³⁹ Al mismo tiempo, los miembros del Comité rechazaron una propuesta por parte de Argentina de incluir una disposición expresamente referida a la imposibilidad para las sentencias de la Corte de adquirir el carácter de precedentes jurisprudenciales obligatorios.⁴⁰

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 de estos artículos, las fuentes formales del derecho internacional explícitamente excluyen a la jurisprudencia. Ésta puede desempeñar una función meramente auxiliar o indirecta en la determinación de las reglas del derecho internacional. La Corte puede referirse a sus sentencias previas, pero estas sentencias no tienen fuerza jurídica obligatoria para la resolución de un caso concreto.⁴¹ Dicho en otros términos, la aplicación de la doctrina de *stare decisis* fue expresamente excluida.⁴² Además de esta exclusión textual de la jurisprudencia de la categoría de fuentes formales del derecho internacional, existen muchos casos de la jurisprudencia de varios tribunales internacionales que se han pronunciado en el mismo sentido.

Así, por ejemplo, en el *caso Pesquerías del Atlántico*, la CIJ estimó que en su calidad de Tribunal, establecido con base en derecho no puede dictar sen-

³⁷ Guillaume, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, 2011, p. 8.

³⁸ Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee*, 16 de junio-24 de julio de 1920, p. 584.

³⁹ *Ibidem*, pp. 592-593.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 84.

⁴¹ Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

⁴² *Idem*.

tencias *sub specie legis ferendae* o anticipar el derecho antes de que el legislador lo haya adoptado.⁴³ 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.⁴⁴ La Corte consideró que “no puede legislar y, en las circunstancias particulares, no está llamada a hacerlo”.⁴⁵ La misma consideración fue expresada por varios de sus jueces, en sus respectivas opiniones separadas y/o disidentes. En la opinión de Guillaume: “la función del juez no consiste en ocupar el lugar del legislador”. El juez “debe limitarse a recordar el Estado del derecho sin poder sustituir sus afirmaciones a la voluntad de los Estados soberanos”.⁴⁶

Otros tribunales internacionales también han negado que su jurisprudencia tenga el valor de una fuente formal del derecho internacional. En el caso *Kupreskic*, el TPIY 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 en términos del Tribunal “expresa el derecho internacional consuetudinario”.⁴⁷ Por lo tanto, en la opinión de la cámara de primera instancia: “este Tribunal internacional no puede adherir a la doctrina de la fuerza obligatoria del precedente jurisprudencial (regla del *stare decisis*) aplicada en los países de *Common Law*”.⁴⁸ Según este órgano judicial internacional: “el precedente jurisprudencial no es una fuente... del derecho penal internacional”.⁴⁹ 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.⁵⁰ Finalmente, 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...”.⁵¹

⁴³ CIJ, *caso Pesquerías del Atlántico*.

⁴⁴ CIJ, Opinión Consultiva *Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares*.

⁴⁵ *Ibidem*, pfo. 18.

⁴⁶ Guillaume, Gilbert, *Separate opinion in the case Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, CIJ, 1996, p. 293. En otros asuntos, varios jueces de la CIJ se han pronunciado en el mismo sentido; por ejemplo, el juez Weiss en el caso CPJI, *S.S. Lotus*, 7 de septiembre de 1927; o el juez Krylov en el caso CIJ, *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, 1949, p. 219.

⁴⁷ TPIY, *caso Kupreskic*, 14 de enero de 2000, pfo. 537.

⁴⁸ *Ibidem*, pfo. 540

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ CEDH, *Johnston and others vs. Ireland*, 18 de diciembre de 1986, pfo. 53.

⁵¹ CIADI, *AES Corp. vs. Argentina*, 26 de abril de 2005, pfo. 23.

¿A qué se debe esta negación a incluir a la jurisprudencia en las fuentes formales del derecho internacional?

2. La función cognitiva del juez internacional

Podemos considerar que la redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ se inscribe en la cultura jurídica romano-germánica al excluir a la jurisprudencia de las fuentes formales del derecho internacional.⁵² En esta cultura, la función de un juez, interno o internacional, consiste únicamente en aplicar el derecho a los hechos de un caso concreto a través de la lógica formal del silogismo jurídico. En esta tarea, el juez debe 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. Según la CIJ, en el ejercicio “normal” de su función judicial, un juez “debe determinar la existencia de principios jurídicos o reglas jurídicas”,⁵³ aplicables a un problema jurídico y/o fáctico particular.

En esta visión, la función del juez es principalmente una función cognitiva, que consiste en “descubrir” o determinar el derecho existente y, posteriormente, justificar el carácter correcto de este acto cognitivo.⁵⁴ Dicho en otros términos, las sentencias judiciales tenderían a verificar o comprobar el estado del derecho internacional.⁵⁵ La sentencia judicial es entonces presentada como una extensión deductiva evidente del derecho preexistente.⁵⁶ El descubrimiento del derecho en la decisión del juez se asemejaría a un verdadero hallazgo arqueológico.⁵⁷

Al interpretar y aplicar las normas y principios jurídicos internacionales, los jueces expresarían el derecho ya existente, pero no crearían un nuevo

⁵² 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, vol. 31, 1971, p. 643.

⁵³ “CIJ, Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares”, 8 de julio de 1996, pfo. 18.

⁵⁴ Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 984.

⁵⁵ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 19.

⁵⁶ Shapiro, Martin, “A Theory of Stare Decisis”, *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, 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.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 2.

derecho.⁵⁸ Como lo señaló la CIJ en el *caso Interpretación de los tratados de paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania*, “el deber de la Corte consiste en interpretar los tratados y no en revisarlos”. Según el juez Christopher Greenwood, la creación de un nuevo derecho internacional no forma parte del objetivo de la función judicial, ejercida por los tribunales (penales) internacionales.⁵⁹ En el mismo sentido se pronunció el secretario general de la ONU en un reporte presentado en ocasión de la creación del TPIY. En términos de dicho reporte: “al asignar a este tribunal la tarea de juzgar a individuos, responsables por violaciones serias del derecho internacional, el Secretario General no le estaría encomendando «legislar» este derecho. Los tribunales tendrían más bien la tarea de aplicar el derecho humanitario existente”.⁶⁰

La negación del valor de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho internacional se relaciona también con la noción de consentimiento, que sigue representando una importante fuente de legitimación para la creación válida de normas en el ámbito jurídico internacional.

3. *La visión consensualista de la creación del derecho internacional*

La idea de que los tribunales internacionales no crean derecho, sino que se limitan a aplicar un derecho preexistente, se basa en la presunción de que el derecho internacional es creado por alguien más.⁶¹ Como lo señala Oppenheim: “en la medida [en] que los jueces no crean derecho, sino que aplican el derecho existente, su función es secundaria porque el derecho que aplican necesariamente tiene una fuente antecedente”.⁶²

Desde esta perspectiva, podemos considerar que la principal oposición por considerar a la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente autónoma del derecho internacional es teóricamente fundada en la doctrina del positivismo jurídico, que en el ámbito internacional se relacio-

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Greenwood, Christopher, “The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2, 1998, p. 111.

⁶⁰ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution, 1993, S/25704, pfo. 34.

⁶¹ 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*, vol. 34, 2011, p. 8.

⁶² Jennings, Robert (ed.), *Oppenheim’s International Law*, vol. I, 1992, p. 41; Swart, Mia, “Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and Adventurous Interpretation”, *Max Planck Institute*, 2010, p. 471.

na estrechamente con las teorías soberanistas o consensualistas de este último.⁶³ Como lo enfatiza Velázquez: “la visión positivista pretende reducir las fuentes del derecho internacional a aquellas en las cuales participa directamente la voluntad de los Estados y se debe a la reticencia, falta de voluntad política y deseo de oponerse —aunque sea de restringir— a cualquier tendencia de fijar límites jurídicos a la voluntad de acción de los Estados...”⁶⁴

En la visión del positivismo, las únicas normas internacionales válidas son las que expresan la voluntad de los Estados como sujetos soberanos del orden jurídico internacional. Consecuentemente, 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.

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. La analogía de los tratados con los contratos de derecho privado⁶⁵ y su carácter de actos de voluntad, de naturaleza legislativa⁶⁶ no ha sido contestada. El consentimiento estatal también está presente, 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. Dicho en otros términos, para la formación válida de la costumbre se requiere un consentimiento, expresado en una práctica común de los Estados y en una aceptación del carácter jurídicamente vinculante de dicha práctica.⁶⁷ En la definición de la tercera fuente del derecho internacional también se prevé la necesidad de reconocimiento

⁶³ Las teorías soberanistas del derecho internacional tienen dos principales expresiones: el positivismo jurídico y la concepción del Estado como entidad de valor jurídico y moral absoluto (Fabián, Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Martinus Nijhoff, p. 65).

⁶⁴ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 12, 2012, pp. 407-453 y 419.

⁶⁵ Lauterpacht, Hersch, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, The Lawbook Exchange, 2002.

⁶⁶ Veznke, Ingo, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁷ Cheng, Bin, *General Principles of International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1951, p. 1.

(por parte de las “naciones civilizadas”), pero no se exige una práctica común. Por lo tanto, el objeto de este reconocimiento ya no es la juridicidad de la regla resultante de los usos internacionales, sino la existencia de ciertos principios de naturaleza intrínsecamente jurídica. Esta fuente del derecho internacional consiste en los principios generales del derecho como fenómeno social común a todas las sociedades (“civilizadas”).⁶⁸ Para algunos autores, los principios generales del derecho son la fuente más objetiva del derecho internacional, en la medida en que no dependen directamente de un consentimiento expreso por parte de los Estados miembros de la comunidad internacional.⁶⁹ No obstante, su aceptación como fuente del derecho internacional se relaciona estrechamente con su amplio reconocimiento en los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la comunidad internacional.

En cuanto a la jurisprudencia, el consentimiento 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 las sentencias de los tribunales internacionales, al menos en el caso de la CIJ, sean susceptibles de crear normas jurídicas que los vincularían con la misma fuerza que los tratados, la costumbre o los principios generales del derecho. Como en los órdenes jurídicos internos, sólo una voluntad (popular) legitimada a crear derecho puede vincular jurídicamente a toda la comunidad, de manera generalizada. En los sistemas jurídicos internos, la voluntad suprema es personalizada por el legislador electo, investido democráticamente para adoptar leyes, en nombre de todos. En el orden jurídico internacional, de acuerdo con la visión positivista, la única voluntad general y legítima para crear derecho es la expresada por los Estados miembros de la comunidad internacional y la plasmada en las fuentes formales del derecho internacional, establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

En esta visión, los jueces internacionales no detentan la misma legitimación para crear derecho vinculante para todos los actores del sistema jurídico internacional. Su función consiste en resolver las controversias que se les someten. Al hacer esto, los jueces se limitan a aplicar y a decir el derecho (*iurisdictio*) internacional. Mas su voluntad no obliga a otros a ser partes directas en el litigio. Las sentencias judiciales no pueden tener la misma au-

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Separate Opinion in the Case Pulp Mills*, disponible en: <http://www.icj-cij.org/doctet/files/135/15885.pdf>.

toridad que un acto legislativo,⁷⁰ ni en los sistemas jurídicos internos ni en el orden jurídico internacional.

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 resolución de un litigio particular.⁷¹ La jurisprudencia, sin duda, ejerce una función muy importante para el desarrollo del derecho internacional.

III. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho no es algo definitivamente creado y asentado en lo dispuesto por una fuente formal del derecho. Es un proceso en continua construcción, sedimentación y perfeccionamiento; en constante desarrollo. Al aplicar e interpretar una determinada norma o principio jurídico internacional, los jueces proceden a la adaptación de su contenido a los hechos del caso concreto que les es sometido. En esta adaptación muchas veces se logra el desarrollo de la norma internacional. Dicho en otros términos, por medio de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos, el juez contribuye al desarrollo del derecho internacional. Como lo señala Guillaume, la justicia internacional, como toda justicia, cumple con una doble función: resuelve los litigios que se le someten y desarrolla el derecho. Estas dos funciones son complementarias, porque el juez debe motivar las sentencias que adopta, y esta misma motivación hace progresar al derecho.⁷²

Siempre ha resultado muy difícil determinar lo que se entiende por “desarrollo”. Para algunos autores, el desarrollo del derecho internacional equivale a su clarificación.⁷³ Esta clarificación sería un elemento esencial del ejercicio de la función judicial.⁷⁴ En el acto de juzgar, el derecho se volvería mucho más claro y comprensible para los justiciables directos ante el juez, pero también para los demás sujetos del sistema jurídico internacional. Para otros autores, el desarrollo del derecho internacional por parte de los jueces internacionales va más allá de una simple clarificación de algo ya existente, y consiste en modificar sustancialmente el significado de lo ya existente y/o

⁷⁰ Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *op. cit.*

⁷¹ *Idem.*

⁷² Guillaume, Gilbert, *Les grandes crises internationales et le droit*, Le Seuil, 1994, p. 314.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Lauterpacht, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 249, citado en Venzke, Ingo, *op. cit.*

a crear algo nuevo.⁷⁵ Como lo señala Pierre Pescatore: "...la jurisprudencia actúa a la vez como una garantía de lo que existe y como un catalizador de nuevos desarrollos".⁷⁶ En términos del juez Álvarez, "en muchos casos es imposible decir dónde termina el desarrollo del derecho y dónde comienza su creación".⁷⁷

Podemos considerar que hay (por lo menos) tres hipótesis en las que los jueces desarrollan de manera muy extensiva a las normas del derecho internacional. Por lo tanto, en dichas hipótesis la línea de demarcación entre el desarrollo del derecho internacional y la creación de nuevo derecho se vuelve aún más borrosa. El primero de estos casos se presenta cuando los jueces internacionales deben determinar 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, muchas veces la interpretación de una determinada norma o principio jurídico internacional puede confundirse con una obra creadora de derecho internacional.

1. *El desarrollo del derecho internacional en las sentencias que "cristalizan" una costumbre internacional*

El derecho internacional consuetudinario es, en principio, creado por la práctica de los Estados miembros de la comunidad internacional y corroborado por la aceptación del carácter jurídicamente vinculante de dicha práctica. No obstante, el reconocimiento de la existencia concreta de una norma internacional consuetudinaria se realiza en las sentencias de los jueces internacionales.⁷⁸ En estos casos, los tribunales declaran que una práctica estatal suficientemente reiterada se ha cristalizado en una norma internacional de naturaleza consuetudinaria.

De acuerdo con la concepción tradicional de la jurisprudencia como verificadora y aclaradora de normas jurídicas ya existentes, se podría considerar que en este caso el juez únicamente dice el derecho (*iurisdictio*) que fue creado por la práctica estatal. Pero la línea de demarcación entre el juez "boca de la ley" internacional consuetudinaria y el juez que crea nuevas

⁷⁵ Schabuddeen, Mohammed, "Precedent and the World Court", *Cambridge Law Journal*, vol. 57, 1997.

⁷⁶ Pescatore, Pierre, "Aspects judiciaires de l' «acquis communautaire»", *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, pp. 617-651.

⁷⁷ CIJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. Individual Opinion of Judge Alvarez*, 11 de abril de 1949, p. 190.

⁷⁸ Gingsburg, Tom, *op. cit.*, p. 5.

normas internacionales consuetudinarias no está tan clara.⁷⁹ En particular, porque los criterios que el juez utiliza para determinar la “cristalización” de la costumbre no siempre toman en cuenta únicamente las dos condiciones exigidas para su creación válida. Muchas veces las sentencias judiciales constituyen el primer paso y el paso decisivo en el proceso de formación de una nueva norma internacional consuetudinaria.⁸⁰ Así, por ejemplo, en el caso *Jan Mayen*,⁸¹ la CIJ determinó la existencia de una costumbre internacional en materia de delimitación marítima por medio de una referencia a su anterior sentencia en el asunto *Golfo de Maine*.⁸² Por lo tanto, la Corte no basó la existencia de la norma consuetudinaria en la práctica de los Estados y en la *opinio iuris*, exclusivamente.⁸³

Además, cabe señalar que un Estado que no está de acuerdo con 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 formación de la norma consuetudinaria sería considerado como jurídicamente vinculado por la misma.⁸⁴ 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. Una sentencia puede reconocer la existencia de un nuevo derecho consuetudinario y, por lo tanto, puede ser considerada como el estado final de desarrollo del mismo.⁸⁵

La línea de demarcación entre el desarrollo y creación del derecho es aún más delgada, tratándose de las sentencias judiciales en las que los jueces internacionales se enfrentan a lagunas o silencios en el derecho internacional ya existente.

2. *El desarrollo del derecho internacional en las sentencias que llenan lagunas jurídicas*

Cabe señalar que la cuestión de la existencia o inexistencia de lagunas en un determinado ordenamiento jurídico es una de las cuestiones más con-

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ Boschiero, Nerina (ed.), *The International Courts and the Development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves* (prefacio), Asser Press, 2013.

⁸¹ CIJ, *Jan Mayen*, 14 de junio de 1993, pfo. 38.

⁸² CIJ, *Gulf of Maine*, 12 de octubre de 1984, pfo. 246.

⁸³ Gingsburg, Tom, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Schabuddeen, Mohammed, *op. cit.*, pp. 69-73.

trovertidas en la teoría y filosofía jurídica, en general. ¿Qué debe hacer el juez internacional cuando se enfrenta a lagunas en el derecho aplicable a la resolución de un caso particular? La primera solución y, tal vez, la más fácil consistiría en considerar al asunto como no admisible (o no justiciable) debido a que “no está claro” (*non liquet*) qué normas jurídicas deben ser aplicadas para su resolución. Pero esta autolimitación del ejercicio de la función judicial por parte del juez es muy criticable, y muchos autores han sugerido la existencia de una verdadera prohibición para el juez internacional de pronunciar un *non liquet*.⁸⁶ No obstante, esta prohibición nunca ha sido recogida en los textos convencionales de derecho internacional ni reconocida en las sentencias de los tribunales internacionales.⁸⁷

La segunda opción, muy relacionada con las opiniones a favor de la “completitud” del ordenamiento jurídico, consiste en “buscar” en este ordenamiento una norma o principio preexistente que el juez podría utilizar para llenar las lagunas constatadas. De acuerdo con esta concepción, el propio orden jurídico contiene lo necesario para llenar la laguna, y el juez no tiene que crear una nueva norma, sino simplemente “descubrir” o “hallar” una ya provista por el derecho existente. Así, por ejemplo, según Lauterpacht cuando el juez se enfrenta a lagunas, éste debe llenarlas por medio del recurso a los principios generales del derecho.⁸⁸ En el mismo sentido, en la opinión de Cassese, los jueces deben “descubrir” las “reglas escondidas” del derecho internacional no escrito, particularmente del derecho consuetudinario.⁸⁹ Al llenar una laguna, el juez debe asumir que el derecho que aplica es en cierto sentido implícito en el sistema jurídico existente. No obstante, aun cuando procede de este modo, puede aparecer que, contrariamente al método antes señalado, se ha creado un nuevo derecho.⁹⁰ Como lo enfatiza Benjamin Cardozo, un juez “legisla únicamente entre las lagunas, al llenar los espacios abiertos del Derecho”.⁹¹

Un ejemplo de mucha actualidad de la necesidad de llenar las lagunas del cuerpo normativo que los tribunales internacionales aplican e interpre-

⁸⁶ Lauterpacht, Hersch, “Some Observations on the Prohibition of Non Liqueur and the Completeness of the Law”, en *Symbolae Verzijl*, Martinus Nijhoff, 1958, pp. 196-221.

⁸⁷ Vereschchetin, V., “Is «Deceptive Clarity» Better than «Apparent Indecision»”, en *Librer Amicorum: Judge Mohammed Bedjaoui*, Martinus Nijhoff, 1999, p. 534.

⁸⁸ Una de las funciones tradicionales de los principios generales del derecho consiste precisamente en llenar las lagunas o los silencios del derecho escrito.

⁸⁹ Swart, Mia, *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for Former Yugoslavia and Rwanda*, PhD Research, University of Amsterdam, 2006, p. 54.

⁹⁰ Shabuddeen, Mohammed, *op. cit.*, p. 91.

⁹¹ Cardozo, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, pp. 113 y 114.

tan, se encuentra en el ámbito del derecho penal internacional. El derecho penal internacional es una rama jurídica relativamente nueva en el plano internacional.⁹² La naturaleza “rudimentaria”⁹³ de este conjunto normativo ha enfrentado a los tribunales penales internacionales a importantes lagunas en el ejercicio concreto de su función judicial.

Recuérdese el muy comentado *caso Tadic*,⁹⁴ generalmente considerado como un ejemplo de creación de derecho (penal) internacional por parte del TPIY.⁹⁵ En esta sentencia, el tribunal encontró varias lagunas en su estatuto constitutivo y tuvo que resolver distintos problemas jurídicos que no eran expresamente regulados por las normas aplicables en materia de derecho penal internacional. El TPIY decidió llenar dichas lagunas por su propia iniciativa. En primer lugar, el tribunal consideró que las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU eran sujetas a su control judicial. En segundo lugar, el TPIY determinó que los crímenes de guerra pueden ser cometidos en conflictos armados de naturaleza no internacional. En tercer lugar, el tribunal consideró que el concepto de “personas protegidas” debía ser redefinido. En cuarto lugar, el TPIY amplió el concepto de responsabilidad penal para personas que participan en grupos con un propósito común.⁹⁶ De la misma manera, en los casos *Acayesu*⁹⁷ y *Furundzija*,⁹⁸ los jueces penales internacionales llenaron varias lagunas del derecho penal internacional, al determinar que la violación es un crimen contra la humanidad y, por lo tanto, susceptible de ser juzgado ante la justicia penal internacional.⁹⁹ Según el juez Meron, en estos tres casos los tribunales realizaron un “desarrollo normativo” del derecho penal internacional.¹⁰⁰ Lo decidido por el TPIY 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 jurídicas de derecho internacional, por el efecto de la adopción de sentencias judiciales.¹⁰¹

⁹² Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 2003, p. 16.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ TPIY, *Prosecutor vs. Tadic*, 2 de octubre de 1995.

⁹⁵ Swart, Mia, *op. cit.*, p. 198.

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ TPIY, *Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu*, 2 de septiembre de 1998.

⁹⁸ TPIY, *Prosecutor vs. Furundzija*, 10 de diciembre de 1998.

⁹⁹ Swart, Mia, *op. cit.*, p. 222.

¹⁰⁰ Meron, Theodor, “The Normative Impact on International Law”, en Dinstein, Yoram y Taborg, Mala (eds.), *War Crimes in International Law*, Martinus Nijhoff, 1996, p. 222.

¹⁰¹ Marochkin, Sergey y Nelaeva, Galina, “Law Making Capacity of International Tribunals”, *Tyumen State University Herald*, núm. 3, 2013, p. 1.

Otro juez internacional se ha hecho muy famoso por su constante “activismo judicial”¹⁰² a la hora de llenar las lagunas del derecho aplicable en el ámbito de su competencia.¹⁰³ En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha desarrollado varias “doctrinas jurisprudenciales”, esenciales para el funcionamiento de la integración regional en la Unión Europea (UE) cuando ha tenido que pronunciarse en la imprecisión o en el silencio completo de los tratados constitutivos. Al hacer esto, el tribunal ha sido criticado por “cruzar sus límites” y por confundir sus funciones jurisdiccionales con las que incumben a un legislador electo.¹⁰⁴ Así, por ejemplo, en el histórico *caso Van Gend en Loos*¹⁰⁵ —“mito fundacional” de la integración comunitaria en Europa—,¹⁰⁶ el TJUE desarrolló el principio de efecto directo del derecho comunitario sin que éste fuera expresamente previsto en las normas comunitarias.¹⁰⁷ De la misma manera, en la fundamental sentencia *Costa*,¹⁰⁸ el TJUE estableció, en forma solemne, el principio de primacía del derecho comunitario sobre los derechos internos de los Estados miembros,¹⁰⁹ en ausencia de toda disposición expresa en este sentido en las normas comunitarias vigentes en el momento de su adopción.¹¹⁰ Finalmente, en ausencia de reglas jurídicas expresas respecto a la protección de los derechos humanos en el ámbito comunitario, el TJUE evitó “cometer una denegación de justicia” al llenar, por su propia iniciativa, estas lagunas del

¹⁰² El término “activismo judicial” (*judicial activism*) es propio a los sistemas jurídicos del *common law* y es utilizado para referirse a una de las principales funciones de los órganos judiciales: la de crear y modificar el derecho vigente.

¹⁰³ Bettati, Mario, “Le «law-making power» de la Cour”, *Pouvoirs*, vol. 48, 1989, p. 62.

¹⁰⁴ Rasmussen, Hjalte, *The European Community Constitution: Summaries of Leading EC Court Cases*, Handelshojkskolens Forlag, 1989, p. 67.

¹⁰⁵ TJUE, *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos vs. Nederlands E Administratie der Belastingen*, 5 de febrero de 1963, aff. 26/62.

¹⁰⁶ Vauchez, Antoine, “Integration through Law, Contribution to a Socio-History of the European Political Commonsense”, *EUI Working Papers*, RSCAS, 2008/10, p. 111, disponible en: www.eui.eu/RSCAS/Publications.

¹⁰⁷ En el silencio de los tratados constitutivos, el TJUE consideró que “el objetivo del tratado CEE... es establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente los justiciables de la Comunidad”, en consecuencia, el tratado “constituye más que un acuerdo que crea obligaciones únicamente entre los Estados... [y] la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico... cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros sino también sus ciudadanos” (TJUE, *Van Gend en Loos*).

¹⁰⁸ TJUE, *Costa c. ENEL*, 15 de julio de 1964, aff. 6/64.

¹⁰⁹ Según el tribunal, “al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se le puede oponer, en razón de su naturaleza original específica, una norma interna, cualquiera que sea ésta... sin que al mismo tiempo este Derecho pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad” (TJUE, *Costa*).

¹¹⁰ Vauchez, Antoine, *op. cit.*

derecho comunitario.¹¹¹ Esta jurisprudencia sirvió posteriormente de inspiración para la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

La creación de derecho en las instancias en las que los jueces internacionales se enfrentan a lagunas se relaciona muy estrechamente con los métodos de interpretación que éstos utilizan.

3. *La interpretación como medio para el desarrollo del derecho internacional*

Existen varias concepciones acerca de la necesidad de interpretar el derecho aplicable para la resolución judicial de una controversia internacional. En un sentido amplio, la interpretación es necesaria para todas las normas (incluso para las normas cuyo sentido no es cuestionado). En una concepción más restrictiva, la interpretación se requiere únicamente para los textos normativos cuyo sentido es poco claro o ambiguo.¹¹² En los países del *common law* es generalmente admitido que cuando los jueces reformulan las normas jurídicas en su aplicación en los casos concretos, estas “reformulaciones” o interpretaciones se vuelven obligatorias para los casos futuros.¹¹³

De acuerdo con la visión tradicional, la interpretación del derecho por parte del juez debe limitarse a descubrir el sentido correcto de una norma necesariamente precontenido en la misma,¹¹⁴ como si el derecho fuera encerrado en la cueva de Alí Baba y la tarea interpretativa del juez se resumiría en el conocimiento de las palabras mágicas “Ábrete Sésamo”.¹¹⁵ No obstante, muchas veces 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”.¹¹⁶ En términos de Venzke, la interpretación sería una práctica creadora de derecho (*jurisgenerative practice*).¹¹⁷ La cuestión sería entonces de los límites asignados a los jueces en el ejercicio de sus prácticas de “interpretación creativa”.¹¹⁸ Dependiendo de varios

¹¹¹ A partir de 1969, el Tribunal enfatizó sistemáticamente que “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto la Corte debe asegurar”, TJUE, *Liselotte Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, 13 de diciembre de 1979, aff. 44/79; TJUE, *Defrenne / Sabena*, 15 de junio de 1978, aff. 149/77.

¹¹² Swart, Mia, *op. cit.*, p. 478.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁵ Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1009.

¹¹⁶ Medina Quiroga, Cecilia, “The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretations”, *The Oxford Handbook on International Human Rights*, 2013, p. 650.

¹¹⁷ Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁸ Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, pp. 650 y 651.

factores complejos, los jueces adoptarían una postura más restrictiva o más progresista en función del caso que les es sometido.¹¹⁹

Podemos considerar que esta postura depende también, en buena medida, del método de interpretación escogido por el juez para dar sentido a las normas jurídicas, aplicables en el asunto particular.

Los principales métodos de interpretación del derecho internacional son codificados en los artículos 31-33 de la Convención de Viena. La utilización de alguno de estos métodos de interpretación se relaciona estrechamente con la capacidad de un acto interpretativo de acercarse a un acto de creación de (nuevo) derecho.

Así, por ejemplo, el primer método de interpretación señalado en la Convención de Viena se basa en el texto de una norma internacional. Como lo señaló sir Humphrey Waldock durante los *travaux préparatoires* del artículo 31 de la Convención de Viena, el texto de un tratado se presume ser la expresión auténtica de la voluntad de las partes.¹²⁰ En términos del ORD de la OMC, el artículo 31 establece que “las palabras de un tratado constituyen la base del proceso interpretativo”.¹²¹ En este caso, se considera que la determinación de la voluntad auténtica de los redactores de una norma jurídica internacional debe ser el criterio para determinar el sentido de la misma.¹²² Dicho en otros términos, con la utilización de este método el juez debe limitar su tarea interpretativa al descubrimiento de un sentido ya implícito en la propia norma jurídica internacional. Por medio de este método interpretativo difícilmente se lograría sustituir la voluntad creadora de derecho de los Estados miembros de la comunidad internacional por la obra interpretativa y creadora del juez.

No obstante, existe un método particular de interpretación de la Convención de Viena, que es calificado por algunos autores como una interpretación “activista” o “audaz” (*adventurous interpretation*).¹²³ En efecto, el artículo 31 de la Convención establece que un tratado debe interpretarse de acuerdo con su contexto y teniendo en cuenta a su objeto y fin (método teleológico). El método teleológico ha sido utilizado por los tribunales internacionales para interpretar de manera extensiva las normas internacionales. Muchas

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ International Law Commission, “Third Report on the Law of Treaties”, *Yearbook*, vol. 5, 1964, p. 56, citado en Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 10.

¹²¹ OMC, *Japón-Bebidas alcohólicas*, 4 de octubre de 1996, pfo. 11. Cabe señalar que debido al uso frecuente del método de interpretación textual, este órgano judicial internacional es considerado como un “fetichista textual”.

¹²² Venzke, Ingo, *op. cit.*

¹²³ Swart, Mia, *op. cit.*, p. 64.

veces esta interpretación extensiva ha sido considerada como una interpretación creadora de derecho internacional.

Así, por ejemplo, los tribunales internacionales competentes en materia de derechos humanos consideran que las normas que aplican e interpretan fueron adoptadas con el objetivo de proteger a los derechos humanos de los individuos. Por lo tanto, su interpretación debe ser *pro persona* (o *pro homine*). Esta postura da a los intérpretes un claro mandato interpretativo de desarrollar las normas en favor de la presunta víctima, con un importante margen de maniobra para el juez que realiza este desarrollo.¹²⁴

Los tribunales penales internacionales también utilizan el método de interpretación teleológica para desarrollar las normas del derecho penal internacional. Según Nollkaemper, la postura del TPIY en materia de interpretación es quintesencialmente teleológica. Así por ejemplo, en el caso *Tadić*, el tribunal consideró que uno de los objetivos de su propio Estatuto consistía en establecer la necesidad de juzgar a las personas responsables de violaciones serias al derecho internacional humanitario. Para cumplir con este fin, el tribunal determinó que el conflicto armado que examinaba era de naturaleza internacional.¹²⁵ De la misma manera, en el caso *Furundzija*, el tribunal interpretó la noción de “violación” de acuerdo con 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 contra la humanidad.¹²⁶ En ambos casos los jueces procedieron a una importante extensión y desarrollo del ámbito de aplicación de las normas del derecho penal internacional. Según Swart, esta extensión podría considerarse como “una creación del derecho, camuflada por interpretación teleológica”.¹²⁷

En el mismo sentido, no es de extrañarse que el TJUE, en el caso *Van Gend en Loos*, refutara la interpretación textual y subjetiva de las normas de derecho comunitario en cuestión y resolviera la controversia en función de los objetivos del sistema establecido por los tratados comunitarios (interpretación teleológica y sistemática).¹²⁸

De igual modo, la CIJ utilizó el método teleológico para establecer solemnemente la obligatoriedad de las medidas cautelares en el derecho internacional, sin que esto fuera expresamente establecido en las normas

¹²⁴ Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, p. 652.

¹²⁵ *Prosecutor vs. Tadić*, pfo. 162.

¹²⁶ Swart, Mia, *op. cit.*, p. 479.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 483.

¹²⁸ Vauchez, Antoine, *op. cit.*, p. 11.

internacionales. La Corte proclamó el carácter obligatorio de las medidas cautelares en el controvertido *caso LaGrand*.¹²⁹ En particular, la Corte afirmó que el carácter obligatorio de las medidas cautelares resulta del objeto y del fin de su Estatuto, así como de una interpretación del artículo 41 en su contexto.¹³⁰ La Corte confirmó lo establecido en el *caso LaGrand* en el posterior *caso Avena*.¹³¹ Este mismo método fue utilizado por la CEDH en el importante *caso Mamatkulov*¹³² 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. La consecuente crítica consistió en sostener que en el *caso Mamatkulov* la Corte se había arrojado una función legislativa.¹³³ Desde un punto de vista más general, la admisión del carácter obligatorio de las medidas cautelares por la mayoría de las jurisdicciones internacionales¹³⁴ fue calificado de atrevida “revolución pretoriana”.¹³⁵

De estos pocos ejemplos queda claro que resulta muy difícil distinguir categóricamente el acto de interpretación como descubrimiento o clarificación del sentido de una norma y el acto de interpretación como creación de derecho. La interpretación muchas veces trasciende la cognición del derecho por el simple intelecto del intérprete e implica un juicio de valor, basado no en el intelecto, sino en la voluntad del intérprete. Pero, como lo señala Shapiro, los jueces nunca admiten resolver un determinado litigio basándose en sus juicios de valor subjetivos y prefieren fundamentar su decisión en el derecho aplicable¹³⁶ y justificarla por medio de la interpretación. En

¹²⁹ CIJ, *LaGrand, Alemania vs. Estados Unidos*, 27 de junio de 2001.

¹³⁰ *Caso LaGrand*, pfo. 102.

¹³¹ CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos, México vs. Estados Unidos*, 31 de marzo de 2004 y 19 de enero de 2009, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>. No obstante, cabe señalar que los Estados Unidos no respetaron el carácter obligatorio de las medidas cautelares pronunciadas por la Corte en dichos asuntos y procedieron a la aplicación de la pena de muerte a los nacionales mexicanos.

¹³² CEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, 4 de febrero de 2005, pfo. 121.

¹³³ Meadow, Alastair, “An Examination of the European Court of Human Rights. Approach to Overruling Its Previous Cases”, *Human Rights Law Review*, vol. 9, 2006, p. 20.

¹³⁴ En efecto, tanto la CIJ como la CEDH, la CIDH o el CIADI establecieron por su propia iniciativa el carácter obligatorio de las medidas cautelares en el derecho internacional. Véase CIJ, *LaGrand* y *Avena*; CEDH, *Mamatkulov*; CIDH, *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, 30 de junio de 2011, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/gutierrez_se_04.pdf; CIADI, *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende vs. Chile*, 25 de septiembre de 2001.

¹³⁵ Le Floch, Guillaume, *L'urgence devant les juridictions internationales*, Pédone, 2008.

¹³⁶ Según este autor, al resolver un litigio entre dos partes, los jueces tienen que decir algo a la parte que pierde el juicio. Las cortes podrían decirle: “usted perdió porque nosotros, los jueces, decidimos que usted debía perder”. No obstante, en todas las sociedades los jueces

términos de Rousseau, los hombres son (o se sienten) libres sólo si son gobernados por el derecho y no por otros hombres.¹³⁷

Desde una perspectiva más general, los métodos que los jueces internacionales utilizan para fundamentar y motivar sus sentencias indudablemente tienden a promover la coherencia en la interpretación y aplicación judicial del derecho internacional.

IV. LA FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA COHERENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. *La citación de jurisprudencia anterior en los casos resueltos por los tribunales internacionales*

El respeto por parte de los tribunales, internos o internacionales, de lo resuelto en sus sentencias anteriores contribuye indudablemente a preservar la coherencia del derecho internacional. En efecto, para todo juez resulta poco atractivo empezar desde cero la resolución de un caso que presenta varias similitudes con otro ya resuelto en su jurisprudencia anterior y/o en la jurisprudencia anterior de otro juez internacional. Aunque una sentencia judicial no puede ser completamente predecible, ésta no debe ser arbitraria en ningún caso.¹³⁸

La necesidad de preservar la coherencia en la interpretación y aplicación del derecho es una exigencia inherente a la operación eficaz de todo sistema jurídico. Como lo afirma Ronald Dworkin, el juez reconstruye, a partir del material disponible, una cadena de argumentos que le permiten justificar la inscripción correcta de su propia decisión en la línea del derecho en vigor y así, presentar este derecho como un orden jurídico justo, basado en principios coherentes.¹³⁹ La coherencia en la interpretación y aplicación judicial del derecho promueve un valor jurídico fundamental, que es el de seguridad jurídica. La previsibilidad y la certeza son valores que todo derecho debe poseer para poder cumplir eficazmente con una de sus fun-

prefieren decirle: “usted perdió porque el derecho requería que usted perdiera”. Cfr. Shapiro, Martin, “Judges as Liars”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, 1994, p. 156.

¹³⁷ Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Metalibri, 2007, disponible en: http://www.ibiblio.org/ml/libri/r/Rousseau/fj_ContratSocial_p.pdf.

¹³⁸ Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁹ Frydman, Benoît, “Le dialogue international des juges et la perspective idéale d’une justice universelle”, *Le dialogue des juges, Actes du colloque du 28 avril 2006*, Bruylant, 2007, p. 10.

ciones primarias: ordenar las relaciones sociales.¹⁴⁰ Sin seguridad jurídica, los sujetos de un orden jurídico son incapaces de prever las consecuencias jurídicas de sus actos, y, por ello, pueden perder su confianza en las instituciones y en las normas de dicho orden.

Desde esta perspectiva, la confianza en que los jueces, internos o internacionales, resolverían de manera coherente los litigios que se les someten influye de manera importante en las expectativas de sus justiciables y en la planeación de sus actos.¹⁴¹ Como lo señaló el ORD de la OMC, “el mecanismo de solución de las controversias de la OMC es un elemento central en la promoción de la seguridad y previsibilidad del sistema comercial multilateral...”, y argumentó que sus reportes anteriores “crean expectativas legítimas en los miembros de la OMC, por lo tanto, deben ser tomados en cuenta cuando son relevantes para una determinada controversia”.¹⁴²

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. Lo decidido en los casos anteriores, sin duda, desempeña una función fundamental para la resolución judicial de las controversias en el derecho internacional.¹⁴³ Basta leer una sentencia internacional cualquiera para darse cuenta de la constancia de las referencias a la jurisprudencia internacional anterior. Algunos autores, incluso, consideran que si un juez internacional no cita casos anteriores en el texto de su sentencia, es porque no los hay.¹⁴⁴ Así, por ejemplo, la CIJ se ha referido a su propia jurisprudencia en el 36% de los casos resueltos entre 1948 y 2002.¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶ Los otros tribunales internacionales también citan con mucha frecuencia tanto sus propias sentencias como las sentencias de otras jurisdicciones internacionales.¹⁴⁷

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. En un estudio muy amplio sobre la citación de jurisprudencia anterior en las sentencias de los tribunales internacionales, Nathan

¹⁴⁰ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, Yale University, 1969.

¹⁴¹ Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1012.

¹⁴² OMC, *Japón-Bebidas alcohólicas*, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

¹⁴³ Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1010.

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ Gingsburg, Tom, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 5.

Miller constata que de un margen de 173 referencias a casos anteriores, sólo once fueron utilizadas para deslindarse o pronunciarse de otra manera (*overrule*); las restantes 162 fueron utilizadas de manera positiva o neutral.¹⁴⁸ Esta citación constante de la jurisprudencia anterior podría fácilmente confundirse con el desarrollo de una *jurisprudence constante* o con el surgimiento de una doctrina de precedentes (*rule of precedents*) en el plano internacional.

No obstante, podemos considerar que dichas referencias no traducen la aplicación estricta de una doctrina de precedentes obligatorios en el ámbito del derecho internacional.

En primer lugar, cabe señalar que, a diferencia de la obligatoriedad que un sistema de precedentes exigiría, la utilización de referencias a la jurisprudencia internacional anterior parece ser completamente facultativa. Dicho en otros términos, los jueces internacionales no están obligados a basar sus sentencias en lo ya decidido previamente en su propia jurisprudencia o en la de otros órganos judiciales. No existe una obligación de seguir un caso resuelto anteriormente, ni tampoco este caso debe servir como el único o exclusivo fundamento de una sentencia internacional. En ausencia de una obligación por aplicar un precedente, tampoco existen reglas formales respecto a la utilización de referencias a la jurisprudencia internacional anterior. La ausencia de jerarquía entre los tribunales internacionales y la especialización creciente de su función judicial respectiva impiden, por el momento, el desarrollo de un sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios en el ámbito del derecho internacional. La citación, por parte de los tribunales internacionales, de casos anteriores de su propia jurisprudencia o de la de otros jueces internacionales parece ser de carácter plenamente informal. En este sentido, algunos autores consideran que los tribunales internacionales no estarían aplicando una doctrina de precedentes obligatorios, sino un sistema de precedentes persuasivos o precedentes *de facto*.

Los jueces pueden seguir, pero también cambiar con completa libertad la solución adoptada en un caso anterior. Así, por ejemplo, en el caso de la *Frontera marítima y terrestre entre Camerún y Nigeria*, la CIJ consideró: “es cierto que en virtud del artículo 59 las sentencias de la Corte son obligatorias únicamente para las partes y respecto al caso particular. Por lo tanto, no se trata de obligar a Nigeria por lo establecido por la Corte en casos anteriores. La verdadera cuestión consiste en saber si, en este caso, es necesario no seguir el razonamiento y las conclusiones de los casos anteriores”.¹⁴⁹ En este

¹⁴⁸ Miller, Nathan, “An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» Across International Tribunals”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 483-495.

¹⁴⁹ CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, 1998, pp. 275 y 290.

asunto, la Corte consideró que era necesario adoptar el razonamiento desarrollado en un anterior caso con circunstancias similares.¹⁵⁰ En otras sentencias, la CIJ estimó que tenía que reformar y modificar el razonamiento adoptado en su jurisprudencia anterior. La Corte ha hecho evolucionar los criterios sobre los que debe basarse la delimitación marítima entre los territorios estatales respectivos. En efecto, los criterios adoptados por la Corte en su sentencia *North Sea Continental Shelf* de 1969¹⁵¹ fueron paulatinamente abandonados en su jurisprudencia posterior.¹⁵²

De la misma manera, la CEDH ha sostenido la inaplicación de la doctrina de *stare decisis* y la inexistencia de una regla de precedente obligatorio (precedente *de iure*) en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. No obstante, la Corte desarrolla su jurisprudencia de acuerdo con el objetivo de proteger el principio de seguridad jurídica y el desarrollo coherente del derecho.¹⁵³ Como lo señala la propia Corte, por lo general, ésta sigue lo establecido en sus sentencias anteriores “en el interés de la seguridad jurídica y del desarrollo ordenado de la jurisprudencia...”.¹⁵⁴ No obstante, la Corte puede decidir libremente que la resolución pronunciada en un caso anterior era errónea o puede tener nuevas razones para cambiar la interpretación desarrollada en dicho caso.¹⁵⁵ En el caso *Christine Goodwin*, la CEDH consideró que no está formalmente obligada a seguir sus sentencias anteriores, pero es en el interés de la seguridad jurídica, la predictibilidad y la igualdad ante el derecho que la Corte mantenga una jurisprudencia coherente que no debe, sin tener buenas razones, desviarse de los precedentes establecidos en los casos anteriores.¹⁵⁶ Existen varios ejemplos en los que la Corte ha preferido seguir su jurisprudencia anterior en el interés de la seguridad jurídica. En el caso *Sheffield*,¹⁵⁷ la Corte siguió lo establecido en el

¹⁵⁰ En particular, el caso de la CIJ, *Right of Passage over Indian Territory*, 1957.

¹⁵¹ CIJ, *North Sea Continental Shelf*, 1969, p. 101.

¹⁵² En particular, en los casos de la CIJ, *Continental Shelf, Tunisia vs. Libyan Arab Jamahiriya*, 1982; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, 1984; *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, 1993; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, 2001, y *Maritime Delimitation in the Black Sea, Romania vs. Ukraine*, 2009, la Corte modificó y abandonó los criterios establecidos en el caso *North Sea Continental Shelf* en materia de delimitación marítima.

¹⁵³ Balcerzak, M., “The Doctrine of Precedent in the International Court of Justice and the European Court of Human Rights”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 27, 2004-2005, p. 131.

¹⁵⁴ CEDH, *Cossey vs. UK*, 1990, pfo. 35; *Sheffield and Horsha vs. UK*, 1998.

¹⁵⁵ CEDH, *Cossey vs. UK*.

¹⁵⁶ CEDH, *Christine Goodwin vs. UK*, 11 de julio de 2002.

¹⁵⁷ CEDH, *Sheffield and Horsham vs. UK*, 1998.

anterior *caso Rees*¹⁵⁸ respecto a la aplicabilidad del artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos al reconocimiento legal de los transeuales. En otros casos, la Corte estimó tener buenas razones para desviarse de lo establecido en su jurisprudencia anterior. Así, por ejemplo, en el *caso Vilho*¹⁵⁹ la Corte abandonó los criterios establecidos en el *caso Pellerin*¹⁶⁰ respecto a la cobertura de los litigios entre los agentes civiles que trabajan en dependencias públicas por el artículo 6o. (1) de la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁶¹

La problemática relativa a la facultad y no obligación para los tribunales internacionales de referirse a casos de su jurisprudencia anterior es resumida por el artículo 21.2 del Estatuto de la CPI. Como fue señalado anteriormente, según dicha disposición: “La Corte *podrá* aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Este artículo ha sido interpretado de distinta manera por parte de juristas de la familia jurídica del *common law* y juristas de la tradición del *civil law*. En la opinión del autor francés Pellet, este artículo opera una conciliación entre los defensores de la aplicación de la doctrina de *stare decisis* de acuerdo con la tradición del *common law* y los partidarios de la ausencia de obligatoriedad de los precedentes judiciales conforme con los conceptos de la tradición del *civil law*. En la opinión de este autor, el artículo 21.2 marca una clara preferencia para la posición de los segundos, visto que la Corte podrá seguir los principios y normas interpretados y aplicados en decisiones anteriores, pero no está obligada a hacerlo.¹⁶² No obstante, algunos juristas de la tradición del *common law* interpretan este artículo de manera distinta. Según McAuliffe, la inclusión del artículo 21.2 en el Estatuto de la Corte pone de manifiesto una evolución de la posición de la comunidad internacional en esta materia. Al permitir a los jueces tomar en cuenta sus decisiones anteriores, este artículo contribuye al desarrollo de una coherencia y predictibilidad en la aplicación del cuerpo normativo del derecho penal internacional. Esta coherencia y predictibilidad está al servicio del principio de legalidad.¹⁶³

¹⁵⁸ CEDH, *Rees vs. UK*, 17 de octubre de 1986.

¹⁵⁹ CEDH, *Vilho Eskelinen and Others vs. Finland*, 19 de abril de 2007, pfo. 56.

¹⁶⁰ CEDH, *Pellegrin vs. France*, 8 de diciembre de 1999.

¹⁶¹ Para más detalles véase Meadow, Alastair, *op. cit.*

¹⁶² Della Morte, Gabriele, “Les tribunaux pénaux internationaux et les références à leur propre jurisprudence: *auctoritas rerum similiter judicatarum?*”, en Delmas-Marty, Mireille *et al.* (dirs.), *Les sources du droit pénal international*, Société de Législation Comparée, p. 211.

¹⁶³ *Idem.*

Cabe señalar que existe un caso de excepción en el que la jurisprudencia de un juez internacional debería ser tomada en cuenta, con un mayor grado de obligatoriedad, por otro órgano judicial que se pronuncia sobre casos idénticos o similares. Esta situación se presenta en los mecanismos de solución de controversias internacionales que cuentan con un segundo grado de jurisdicción.¹⁶⁴ En el caso *Kannyabashi*, los jueces de primera instancia del TPIR consideraron que “La Cámara de primera instancia respeta la autoridad de la decisión de la Cámara de apelaciones del TPIY y ha tomado nota debidamente de la decisión adoptada por la Cámara de apelaciones en el *Caso Tadic*”.¹⁶⁵ De la misma manera, la Cámara de apelaciones común del TPIY y del TPIR, en el caso *Aleksovski* señaló que “una interpretación correcta del Estatuto exige que la *ratio decidendi* de las decisiones en apelación se imponga a las Cámaras de primera instancia” para garantizar “la seguridad y previsibilidad” en la interpretación y aplicación del derecho y la posibilidad para el inculpado de ver a “los asuntos similares juzgados de la misma manera”.¹⁶⁶ Esta evolución ha permitido a algunos sostener la aplicación de la regla del *stare decisis* en el derecho penal internacional.¹⁶⁷

2. La utilización de la jurisprudencia como un “argumento de persuasión” en la motivación de las sentencias internacionales

Si consideramos que, debido a la ausencia de jerarquía entre los tribunales internacionales, lo dispuesto en sus sentencias anteriores (*stare*) no posee una fuerza jurídica vinculante para la resolución de los casos futuros (*decisis*), es decir, no prefigura precedentes obligatorios, entonces ¿cuál es el valor jurídico que debe ser atribuido a la citación sistemática de casos jurisprudenciales anteriores en las decisiones de los jueces internacionales?

Podemos estimar que la citación de sentencias anteriores a la que los tribunales internacionales recurren no es, en sí, una fuente de derecho que

¹⁶⁴ En el ámbito internacional, todos los tribunales mantienen entre sí relaciones de naturaleza exclusivamente horizontal, es decir, todos se sitúan al mismo nivel y no están subordinados los unos a los otros. No obstante, existen dos mecanismos específicos de solución de controversias que prevén el establecimiento de un segundo grado de jurisdicción: el de la OMC y el de los tribunales penales *ad hoc*. En este segundo caso, el examen de las sentencias tanto del TPIY como del TPIR es confiado a una misma cámara de apelaciones, compuesta por jueces que han sesionado en las cámaras de primera instancia de ambos tribunales.

¹⁶⁵ TPIY, *Kanyabashi*, *Décision sur l'exception d'incompétence soulevée par la défense*, Chambre de première instance, 18 de junio de 1997.

¹⁶⁶ TPIY, *Aleksovski*, Arrêt en Appel, 24 de marzo de 2000, pfo. 113.

¹⁶⁷ Della Morte, Gabriele, *op. cit.*, p. 222.

debe basar la resolución judicial de las controversias, sino un argumento jurídico destinado a reforzar la fundamentación o la motivación en derecho de las sentencias judiciales internacionales. Como atinadamente lo señala Jacob, el precedente judicial constituye también un argumento o una justificación en el contexto de toma de decisiones.¹⁶⁸ Desde esta perspectiva, la jurisprudencia de los tribunales internacionales se convierte en un valioso repertorio de argumentos que los propios jueces internacionales podrían utilizar como fundamento jurídico de sus sentencias.

Cabe señalar que la negación del valor obligatorio de lo decidido en las sentencias anteriores y la consecuente negación de la capacidad de la jurisprudencia de fungir como fuente formal del derecho internacional conduce a la conclusión lógica de que el argumento jurídico, basado en la misma, tampoco tendría una autoridad vinculante para los jueces que lo invocan. Las citaciones de decisiones anteriores se utilizan, por lo general, como un argumento que corrobora los fundamentos jurídicos de la sentencia adoptada.¹⁶⁹ Dicho en otros términos, el objetivo de la citación de sentencias anteriores se refiere al enriquecimiento de una argumentación ya prefigurada.¹⁷⁰ Ninguna jurisdicción utiliza dichas citaciones como el único o exclusivo fundamento de una sentencia. En efecto, un juez no podría decidir su caso por la simple aplicación de la *ratio decidendi* de una sentencia adoptada por otro tribunal, sin así delegar su función jurisdiccional. Lejos de ser un argumento de autoridad que imponga una solución jurídica u otra, la citación de una sentencia internacional previa se asemeja a un argumento de persuasión, dotado de una autoridad persuasiva (*persuasive authority*). Este argumento de persuasión ofrece al juez internacional una importante plusvalía interpretativa. Cabe señalar que la tarea de persuasión es más importante para los jueces internacionales que para los jueces internos.¹⁷¹ La evidencia de que otros tribunales han llegado a la misma conclusión es susceptible de convencer (aún más) a los interlocutores (o audiencia en términos de Perelman) del tribunal sobre el *bien-fondé* de la sentencia adoptada, que expresa correctamente el derecho aplicable al caso.

¹⁶⁸ Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1007.

¹⁶⁹ Della Morte, Gabriele, *op. cit.*, p. 216.

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ En el ámbito interno, los jueces no dependen tanto de la autoridad persuasiva de sus sentencias, visto que disponen, además, de una autoridad coercitiva. No obstante, la autoridad persuasiva cobra una particular relevancia en el ámbito internacional. En efecto, la mayoría de los tribunales internacionales no cuentan con un mecanismo de ejecución forzosa de sus sentencias.

La utilización de la jurisprudencia internacional como un argumento de persuasión indudablemente refuerza la coherencia en la interpretación y aplicación judicial del derecho internacional. Desde esta perspectiva, dicha utilización desempeña una función sumamente importante en relación con la hipótesis de conflictos de jurisprudencia entre las sentencias pronunciadas por los múltiples tribunales que operan en el ámbito del derecho internacional.¹⁷²

No obstante, no existen por el momento reglas claras que determinen el uso de la jurisprudencia como un “argumento de persuasión”. Esta falta de formalismo subraya la naturaleza facultativa de dicho argumento.

Pero si se pasa del derecho a los hechos, queda claro que la línea de demarcación entre una fuente de derecho obligatoria y un argumento facultativo que se utiliza a menudo en los hechos es mucho más delgada de lo que parece. No puede negarse que la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha producido una influencia sustancial sobre el desarrollo del derecho internacional, en algunos ámbitos y ante algunos tribunales (no en todos los casos, ciertamente).¹⁷³ La constante citación de la jurisprudencia en las sentencias de las jurisdicciones internacionales manifiesta su concepción por parte de los propios jueces internacionales como una fuente de inspiración legítima para la adopción de dichas sentencias. Esta constante referencia a su propia jurisprudencia, pero también a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, parece mostrar una evolución tanto en los métodos de argumentación jurídica utilizados por los jueces internacionales como en la evolución del sistema jurídico internacional en general. La utilización frecuente de la jurisprudencia en el cuerpo argumentativo de las sentencias internacionales muestra que estaríamos en presencia de un sistema jurídico internacional más abierto en el que los jueces internacionales desempeñan una función cada vez más activa¹⁷⁴ y más alejada de las concepciones positivistas tradicionales.

Los propios autores positivistas no habían excluido la posibilidad de concebir la apertura del derecho y del sistema jurídico a fuentes jurídicas no formales y no obligatorias; sin embargo, que pueda permitir a los jueces resolver legítimamente un litigio determinado. Así, por ejemplo, en el con-

¹⁷² Los conflictos de jurisprudencia ocurren cuando una o más jurisdicciones internacionales llegan a conclusiones opuestas sobre un caso similar o idéntico. La multiplicación de los tribunales internacionales ha vuelto el arreglo judicial de los litigios internacionales casi rutinario. Por lo tanto, cada vez más jurisdicciones internacionales son llevadas a pronunciarse sobre problemas jurídicos que fueron objeto de controversias, previamente resueltas por otros tribunales internacionales.

¹⁷³ Allard, Julie, *Le dialogue des jurisprudences comme source du droit*, Anthemis, vol. 3, p. 310.

¹⁷⁴ *Idem*.

cepto de derecho, Hart admite que “la distinción clara entre fuentes históricas o causales y fuentes jurídicas o formales puede atenuarse en la práctica efectiva”.¹⁷⁵ Esta reflexión de Hart se inscribe en su teoría del poder discrecional del juez. Según este autor:

Cuando este último estima que no existe una ley u otra fuente formal que le permite resolver el litigio que le es sometido, puede basar su decisión en el Digesto o en los escritos de un jurista francés... El sistema jurídico no *exige* de él que utilice estas fuentes, pero se reconoce que una postura como esta es perfectamente oportuna. Se trata, por consiguiente, de algo más que simples influencias históricas o causales porque se reconoce que tales escritos constituyen “buenas razones” para el fundamento de las sentencias. Tal vez podríamos calificar este tipo de fuentes jurídicas como “*facultativas*” para distinguirles a la vez de las fuentes jurídicas “imperativas” o formales, como por ejemplo la ley, y de las fuentes históricas o materiales.¹⁷⁶

Según Hart, la utilización de las fuentes facultativas del derecho depende por completo de la discreción del juez, y estas fuentes deben aplicarse en los casos difíciles (*hard cases*).

Podemos considerar que la jurisprudencia de los tribunales internacionales constituye precisamente una fuente facultativa del derecho internacional. Dicha fuente ofrece a los jueces internacionales un conjunto de buenas razones para fundamentar sus sentencias y promover así la coherencia en la aplicación e interpretación judicial del derecho internacional. El recurso a esta fuente no formal y no obligatoria depende por completo de la voluntad de los jueces internacionales.

Cabe enfatizar que, en buena medida, son precisamente los jueces quienes determinan la autoridad que debe atribuirse a sus sentencias o a la de sus pares. Desde un punto de vista general, la autoridad o el lugar que los jueces ocupan en un determinado sistema jurídico es frecuentemente un criterio utilizado para medir la existencia de un Estado de derecho.¹⁷⁷

V. CONCLUSIÓN: JURISPRUDENCIA Y ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

Como fue señalado anteriormente, la negación del valor de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional se relaciona estrechamente con las

¹⁷⁵ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, p. 246, citado en Allard, Julie, *op. cit.*, p. 311.

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ Carreau, Dominique, *Droit international public*, Pédone, 2005.

doctrinas positivistas o soberanistas de este último. En la visión del positivismo, los Estados son los sujetos, investidos *prima facie* de la función de crear derecho internacional. Los Estados confieren la autoridad a los jueces internacionales y, por ello, deben determinar los límites en los que se inscribe el ejercicio de su función judicial.

Es precisamente esta noción de los límites que se sitúa en el corazón de un concepto jurídico muy importante: el de Estado de derecho. El objetivo general de este concepto consiste en limitar el ejercicio de la autoridad pública.¹⁷⁸ Históricamente, este principio fue invocado por Platón como una restricción a la tiranía o en el medievo como límite a la omnipotencia del rey.¹⁷⁹ En la actualidad, este principio se refiere a la necesidad de limitar el uso arbitrario del poder de gobierno.¹⁸⁰ Esta limitación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder es particularmente necesaria en el ámbito internacional. En efecto, la *raison d'être* del derecho internacional consiste en someter el poder al derecho.¹⁸¹

Según Richard Goldstone, la esencia del Estado de derecho consiste en la separación de los poderes entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; la independencia del Poder Judicial; la igualdad de todos ante el derecho; el debido proceso y la transparencia del derecho en sí.¹⁸² En un reporte de 2004, el secretario general de la ONU consideró que la noción de “Estado de derecho internacional” se basaba en una supremacía del derecho, igualdad ante el derecho, seguridad jurídica, justicia en la aplicación del derecho, ausencia de arbitrariedad, transparencia jurídica y procedimental.¹⁸³ En la opinión de Nollkaemper, el Estado de derecho implica que los poderes públicos que violen sus obligaciones, nacionales o internacionales, deben responder de dichas violaciones sobre la base de derecho.¹⁸⁴

¹⁷⁸ Ambrus, Mónica, “Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, 2009, p. 353.

¹⁷⁹ Tamanaha, Brian, *On the Rule of Law*, Cambridge, 2004, p. 10.

¹⁸⁰ Ambrus, Mónica, *op. cit.*, p. 354.

¹⁸¹ Según este autor, la lucha por un Estado de derecho es, en el fondo, una lucha en contra de la política (Koskeniemi, Martti, “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 5 y 27).

¹⁸² Goldstone, Richard, *Toward an International Rule of Law*, Brandeis Institute for International Judges, 2010, citado en Hillman, Jennifer, “An Emerging International Rule of Law? The WTO Role in its Evolution”, *Ottawa Law Review*, vol. 42, 2010-2011, p. 274.

¹⁸³ The Secretary General, “Report on the Rule of Law and Transnational Justice in Conflict and Post-Conflict Societies”, UNSCOR 2004, UN Doc. S/2004/616, pfo. 6.

¹⁸⁴ Nollkaemper, André, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, 2011, p. 5.

Desde esta perspectiva, los tribunales internacionales contribuyen, de manera muy importante, al desarrollo de un Estado de derecho internacional. En primer lugar, los jueces internacionales garantizan la supremacía del derecho en el ámbito internacional. Las jurisdicciones internacionales ejercen un importante control judicial sobre el respeto de las normas y principios del derecho internacional por parte de los sujetos del orden jurídico internacional. En segundo lugar, los tribunales internacionales garantizan la igualdad ante el derecho internacional y la seguridad jurídica en la aplicación del mismo. La igualdad ante el derecho se manifiesta en la posibilidad para todos los justiciables de acudir ante el juez internacional para obtener la resolución de su controversia con base en la aplicación de reglas jurídicas. En la actualidad, todos los tribunales 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).¹⁸⁵ 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 de un Estado de derecho; por ejemplo, los relativos a la protección de los derechos humanos o a la sanción de los crímenes internacionales. Tanto los tribunales internacionales competentes en materia de derechos humanos como los tribunales penales internacionales controlan la observancia por parte de los sujetos del orden jurídico internacional de algunas de las exigencias materiales más fundamentales del Estado de derecho. Finalmente, cabe señalar que los propios jueces internacionales deben observar algunos requisitos formales que se derivan del Estado de derecho; por ejemplo, los relativos al debido proceso (*due process of law*); independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función judicial, transparencia y claridad en la motivación de las sentencias judiciales, publicidad de las mismas, etcétera.

Consecuentemente, los jueces internacionales se revelan ser importantes garantes del respeto y desarrollo del Estado de derecho internacional. En la impartición de la justicia, los jueces controlan (y/o deben controlar) el sometimiento del ejercicio del poder, en el ámbito internacional, al respeto del derecho internacional. La función de los jueces internacionales como garantes del Estado de derecho internacional se ve beneficiada por los recientes cambios en el funcionamiento del orden jurídico internacional.

¹⁸⁵ Cançado Trindade, Antonio 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.

En este sentido, cabe señalar que la existencia de un control externo del respeto del derecho internacional por parte de los Estados miembros de la comunidad internacional es una característica relativamente nueva del orden jurídico internacional.¹⁸⁶ En efecto, la debilidad de los mecanismos judiciales de arreglo de los litigios caracterizó al derecho internacional por más de tres siglos.¹⁸⁷ En la actualidad, esta situación ha cambiado radicalmente. Los tribunales internacionales ocupan una posición cada vez más central e importante en el funcionamiento del orden jurídico internacional. Ahora vivimos en una nueva era, la de la judicialización del derecho internacional.¹⁸⁸ A partir de la década de los noventa se produjo una multiplicación sin precedente de tribunales internacionales. De tal modo que en la actualidad, en el ámbito internacional existen más de cincuenta órganos que cumplen con funciones de naturaleza judicial o casijudicial.¹⁸⁹

Los importantes cambios en la concepción y funcionamiento de los mecanismos judiciales de arreglo de las controversias en el derecho internacional indudablemente favorecen la función de los jueces internacionales como promotores de un Estado de derecho internacional. Además, estos cambios podrían relacionarse con un cambio en la concepción de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional. Las sentencias de los jueces internacionales moldean las expectativas normativas de los Estados en relación con el derecho internacional.¹⁹⁰ Como atinadamente lo señala Bogdandy, las sentencias de los tribunales internacionales tienen alcances que van más allá de la simple resolución de un litigio particular.¹⁹¹ A través de su práctica, los jueces desarrollan el derecho en un sentido que condiciona a otros en el ejercicio de su libertad.¹⁹² Esta capacidad para las sentencias de los tribunales internacionales de restringir o limitar el actuar de los sujetos del orden jurídico internacional implicaría que dichas sentencias promueven la sumisión de los Estados al derecho y, por ello, el desarrollo del Estado de derecho

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 5.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *La expansión de la jurisdicción internacional y su importancia para la realización de la justicia*, UN Lecture Series, disponible en: http://legal.un.org/avl/ls/Cançado-Trindade_HR_video_2.html.

¹⁸⁹ Alford, Roger, "The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance", *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, p. 160, citado en Webb, Philippa, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford University Press, 2013, p. 1.

¹⁹⁰ Bogdandy, Armin von e Ingo Venzke, *op. cit.*, p. 980.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² *Ibidem*, p. 992.

internacional. Además, esta capacidad de las sentencias internacionales de limitar la libertad de acción de los sujetos del orden jurídico internacional significaría que dichas sentencias efectivamente crean derecho internacional válido,¹⁹³ pero es mejor no decirlo.

¹⁹³ *Idem.*