

# Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana

**Manuel** BECERRA RAMÍREZ  
*Coordinador*



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas



# Manuel

BECERRA RAMÍREZ

Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; profesor de derecho internacional de la propiedad intelectual en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III.

Ha sido consultor jurídico en el área de propiedad intelectual para la modernización de las oficinas de patentes de Rusia (Rospatent), 1995, y Colombia, 1997.

Entre sus obras destacan: *La propiedad intelectual en transformación* (2a. ed., 2017); *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de derecho* (2a. ed., 2017), y *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional* (2017).

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL  
DESDE UNA VISIÓN LATINOAMERICANA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 842

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

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

Roberto Zavaleta Cornejo  
Miguel López Ruiz  
*Cuidado de la edición*

José Antonio Bautista Sánchez  
*Formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez  
*Elaboración de portada*

# FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DESDE UNA VISIÓN LATINOAMERICANA

MANUEL BECERRA RAMÍREZ  
*Coordinador*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2018

*Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana* se editó por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Dirección General de Asuntos del Personal Académico a través del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PA-PIIT), Proyecto IN-401515 “Fuentes del derecho internacional en el siglo XXI”.

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

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

Primera edición: 26 de noviembre de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-1033-7

## CONTENIDO

Prólogo .....	VII
Luis BENAVIDES	
Introducción .....	IX
Manuel BECERRA RAMÍREZ	
CAPÍTULO PRIMERO	
Las fuentes del Estado de derecho internacional: algunas notas introductorias a la luz de la planificación jurídica por falta de normas o la aplicación correcta .....	1
Sergio PEÑA NEIRA	
CAPÍTULO SEGUNDO	
El orden público internacional (OPI) fuente de las normas del derecho internacional de los derechos humanos .....	15
Elba JIMÉNEZ SOLARES	
CAPÍTULO TERCERO	
Acerca de la indeterminación de costumbres, principios generales y <i>ius cogens</i> : una mirada desencantada a la saga <i>Ferrini</i> .....	39
Alberto PUPPO	
CAPÍTULO CUARTO	
La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional .....	73
Virginia PETROVA GEORGIEVA	
CAPÍTULO QUINTO	
Nuevas tendencias en la jurisprudencia internacional como fuente del derecho internacional público. ....	111
Laura Alicia CAMARILLO GOVEA	

## CAPÍTULO SEXTO

- Las decisiones judiciales como fuentes del derecho internacional. La responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos: los casos de México y Chile. . . . . 127
- Iliana RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ  
Pierre-Gilles BÉLANGER

## CAPÍTULO SÉPTIMO

- El cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: entre las instituciones, la teoría de las fuentes y la práctica de los estados. El caso argentino. . . . . 157
- Laura Araceli AGUZIN

## CAPÍTULO OCTAVO

- Evolución e interdisciplina en el debate actual de las nuevas fuentes del derecho internacional: derecho suave y derecho duro ¿contraposición o complemento? . . . . . 181
- Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS

## CAPÍTULO NOVENO

- El auge de las fuentes *soft* en el comercio internacional en tiempos de globalización. . . . . 227
- Nuria GONZÁLEZ MARTÍN  
María Mercedes ALBORNOZ

## CAPÍTULO DÉCIMO

- The Emerging System of Sources of International Criminal Law and International Criminal Responsibility. . . . . 245
- Javier DONDÉ MATUTE

## CAPÍTULO UNDÉCIMO

- Inter-Regime Relations Between the WTO, Environmental and Human Rights Law . . . . . 279
- Gerhard NIEDRIST

- Bibliohemerografía . . . . . 303

- Autores . . . . . 321

## PRÓLOGO

La obra que tengo el agrado de prologar aborda uno de los temas clásicos y esenciales del derecho internacional: sus fuentes.

¿De dónde nacen los derechos y obligaciones que forman el sistema jurídico internacional? ¿Cuáles son sus procesos de creación? ¿Existen sólo fuentes generales o también específicas (derivadas de subsistemas jurídicos) del derecho internacional? De existir dicha referencia, ¿cuál es la relación o relaciones entre ellos? Éstas son algunas de las interrogantes que abordan, desde distintas perspectivas, los autores de la obra bajo la dirección del doctor Manuel Becerra.

Un análisis filosófico en el primer capítulo, invita al lector a una reflexión sobre la naturaleza de las fuentes y a vislumbrar de entrada, la complejidad del tema, pero al mismo tiempo la *raison d'être* del sistema jurídico internacional.

Las fuentes del derecho pueden tener diferentes orígenes; por ejemplo, ser individuales, bilaterales o colectivas. En este último aspecto es que se enmarca el segundo trabajo al analizar el orden público internacional, como posible fuente del derecho internacional.

En una tercera parte se plantea que la decisión judicial puede resultar el instrumento esencial por el que se puede determinar si, independientemente de si se trata de una costumbre, principios generales o una norma de *jus cogens*, existen o no derechos y obligaciones hacia un determinado sujeto.

La cuarta entrega en el libro hace una revaloración de la jurisprudencia, en este caso en el ámbito internacional, como una fuente del derecho internacional más allá de una función meramente declarativa del mismo.

El quinto capítulo funciona como una especie de vaso comunicador entre los dos trabajos anteriores, ya que aborda, a través del análisis de instancias jurisdiccionales internacionales, el diálogo judicial entre las mismas, y lo plantea como nueva tendencia en la materia.

El sexto trabajo ejemplifica, mediante dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las obligaciones para México y Chile derivadas de la responsabilidad internacional determinada por dicha Corte.

El cumplimiento de las sentencias, tema de la séptima entrega, en particular aquellas derivadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

es uno de los aspectos más importantes en la determinación de la eficacia del sistema interamericano, y representa, por así decirlo, la otra cara de las fuentes: su observancia.

En un octavo trabajo se plantea la dicotomía o complementariedad, según se quiera ver, del llamado derecho “suave” y del derecho “duro” en el derecho internacional. Sus funciones dentro del orden jurídico internacional representan una de las peculiaridades del sistema jurídico internacional derivado no sólo por sus fuentes, sino también por sus sujetos y el sistema de relaciones internacionales.

La naturaleza propia del comercio internacional ha permitido el desarrollo del llamado *soft law*, que ha propiciado una evolución en la materia, al ser considerado un medio más flexible en su creación y menos riguroso en su aplicación. Este es el tema del noveno capítulo.

¿Los subsistemas del derecho internacional pueden gozar de sus propias fuentes del derecho internacional? Éste es el planteamiento, en la décima parte del libro, que realiza el autor con relación a un naciente sistema de fuentes en el derecho penal internacional. El análisis y conclusión del trabajo resultan muy interesantes.

Diferentes subsistemas del derecho internacional han desarrollado reglas propias, incluyendo fuentes, pero ¿qué sucede cuando regímenes específicos tales como derechos humanos y derecho ambiental confluyen en un sistema de soluciones de naturaleza comercial? Es la interrogante que se traza en el último capítulo del libro.

Así, los diferentes trabajos que componen la presente obra representan un abanico de planteamientos y razonamientos que invitan a la reflexión y al debate ante temas en constante evolución.

Luis BENAVIDES  
Enero 2018

## INTRODUCCIÓN

El derecho internacional (DI) es un sistema jurídico específico por su carácter descentralizado, y no puede ser de otra manera, ya que responde a una realidad internacional muy concreta y diferente a la del derecho interno (por ejemplo, con una subjetividad muy disímil a la existente en el derecho interno de los Estados). Sus fuentes de creación son categorías esenciales que han sido motivo de una discusión académica permanente, pues su concepción depende de las diferentes escuelas del pensamiento jurídico internacional que las sostienen.

La doctrina tradicional, aunque no única, considera que las formas de manifestación, es decir, las fuentes del derecho internacional, son los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho, y como fuentes subsidiarias están la doctrina, las decisiones jurisprudenciales, y se habla también de la equidad.

Durante todo el siglo XX esta fue la postura dominante; sin embargo, de un examen detenido, sobre todo de la práctica internacional contemporánea, es posible advertir que la normatividad internacional tiene formas de manifestación mucho más amplias y, en algunos casos, más complejas.

Precisamente, a partir de esta complejidad, en este libro, producto del seminario de investigación “Las fuentes del derecho internacional en el siglo XXI”, realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, un grupo de destacados juristas internacionalistas analizan las fuentes del derecho internacional en sus diferentes aspectos.

Para la exposición en este libro de las investigaciones realizadas por el grupo de expertos, se ha escogido un orden, que va de los trabajos generales a los más específicos, y se inicia con el trabajo denominado “Las fuentes del Estado de derecho internacional: algunas notas introductorias a la luz de la planificación jurídica por falta de normas o la aplicación correcta”, del jurista chileno Sergio Peña Neira, quien hace una disquisición sobre aspectos torales del derecho internacional relativo a las fuentes, centrándose en un aspecto que anima esta obra: el Estado de derecho internacional.

En el trabajo “El orden público internacional (OPI) fuente de las normas del derecho internacional de los derechos humanos”, Elba Jiménez Solares parte de lo que se denomina como doctrina del orden público (toman-

do una definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”) y construye su discurso teórico para tocar dos aspectos claves, los derechos humanos y las fuentes del derecho internacional.

Más adelante, Alberto Puppo realiza un análisis crítico y agudo sobre tres tipos de fuentes: la costumbre, los principios generales del derecho y el *jus cogens* (que en forma novedosa lo postula como fuente), y al final de cuentas ejemplifica la jurisprudencia internacional a partir de un caso italiano: el *Caso Ferrini*.

A continuación, tenemos varios trabajos sobre la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional. Cada uno de ellos con sus originales puntos de vista. El primero es de la profesora Virginia Petrova Georgieva, titulado “La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional”, quien plantea y analiza dos puntos que aparentemente son contradictorios; por una parte, la exclusión de la jurisprudencia en el derecho internacional como fuente formal, y por la otra, la tendencia de la misma jurisprudencia a funcionar con precedentes, no sólo desde la misma corte que resuelve, sino también de otras cortes. En la misma corriente está el artículo “Nuevas tendencias en la jurisprudencia internacional como fuente del derecho internacional público” de Laura Alicia Camarillo Govea, quien también se cuestiona sobre el valor de la jurisprudencia y lo que ella denomina como un diálogo entre los tribunales internacionales.

Las siguientes aportaciones ven a la jurisprudencia desde una perspectiva regional, al analizar casos concretos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera, tenemos el resultado de la investigación de Iliana Rodríguez Santibáñez y Pierre-Gilles Bélanger, “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional. La responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos: los casos de México y Chile”, en donde los dos autores analizan un caso concreto. En esa línea de la jurisprudencia tenemos el trabajo de la jurista argentina Laura Araceli Aguzin, “El cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: entre las instituciones, la teoría de las fuentes y la práctica de los Estados. El caso argentino”. La profesora Aguzin es una experta en la recepción de la jurisprudencia en derecho interno y estudiosa de lo que sucede en Argentina. Aquí se incluyen resultados valiosos de su pesquisa.

Los siguientes capítulos tienen como objeto de análisis un tema que en la literatura del derecho internacional sigue siendo controvertido: el del *soft law*. En principio, Juan Carlos Velázquez Elizarrarás nos aporta los resulta-

dos de una indagatoria denominada “Evolución e interdisciplina en el debate actual de las nuevas fuentes del derecho internacional: derecho suave y derecho duro ¿contraposición o complemento?”, en el cual, convencido de la figura del *soft law*, analiza y reflexiona sobre su alcance. También desde otra perspectiva, dos autoras que se han destacado por sus investigaciones en el campo del derecho internacional privado, Nuria González Martín y María Mercedes Albornoz, contribuyen con una investigación denominada “El auge de las fuentes *soft* en el comercio internacional en tiempos de globalización”. En este estudio las autoras se apoyan en la figuras de *soft law* para explicar el contenido jurídico de las normas comerciales de la práctica en la globalización comercial.

La penúltima contribución, escrita en idioma inglés, está a cargo del jurista Javier Dondé Matute, quien se ha destacado como un gran conocedor del derecho penal internacional, y aporta el trabajo titulado “The Emerging System of Sources of International Criminal Law and International Criminal Responsibility”, una indagación seminal que incursiona en el debate del derecho penal y sus originales fuentes.

La última sección, también escrita en inglés, corre a cuenta del profesor Gerhard Niedrist, con una interesante aportación denominada “Inter-Regimen Between the WTO, Environmental and Human Rights Law”. El trabajo de Niedrist es original, pues confronta en su análisis las normas comerciales con las del derecho ambiental y de derechos humanos, que para algunos es una relación antitética, cuando debería ser armónica.

Con estos trabajos se intenta realizar investigación desde una óptica latinoamericana, con juristas que están insertos en el debate de la doctrina del derecho internacional desde su especial punto de vista latinoamericano.

Es justo mencionar que participaron en la organización de nuestros seminarios (aparte de los seminarios de los investigadores titulares también se realizaron seminarios alternos para estudiantes), así como en aspectos operativos de este proyecto, un grupo de jóvenes estudiantes de derecho, diligentes y estudiosos, por lo que damos las gracias a Xavier Ramírez, Mónica Núño, Rodrigo Castro y Raúl Eugenio Martínez.

Por último, y no menos importante, hay que mencionar, con gran gratitud, que esta obra está enmarcada en la línea de investigación llamada “Estado de derecho internacional”, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y es fruto del proyecto PAPIIT IN-401515 “Fuentes del derecho internacional en el siglo XXI”, gracias al apoyo y financiamiento de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico de la UNAM.

Manuel BECERRA RAMÍREZ

## CAPÍTULO PRIMERO

# LAS FUENTES DEL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL: ALGUNAS NOTAS INTRODUCTORIAS A LA LUZ DE LA PLANIFICACIÓN JURÍDICA POR FALTA DE NORMAS O LA APLICACIÓN CORRECTA

Sergio PEÑA NEIRA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Organización de Naciones Unidas y el Estado de derecho internacional.* III. *Las normas jurídicas internacionales, presupuesto de un Estado de derecho internacional.* IV. *Unidad conceptual, pluralidad de formas de expresión.* V. *El cambio de los sujetos de derecho.* VI. *Sentido de las fuentes del Estado de derecho internacional.* VII. *Las fuentes como problema jurídico.* VIII. *La relación fuente y normas jurídicas.* IX. *Distinción necesaria en la materia.* X. *Uso de la distinción.* XI. *Diferencia entre Estado de derecho internacional y conjunto de normas jurídicas, sistema jurídico.* XII. *Problemas formales de la creación de normas jurídicas internacionales.* XIII. *Breve revisión de las preguntas investigativas.* XIV. *La racionalidad jurídica general.* XV. *Ausencia de normas jurídicas versus normas jurídicas inferiores o privadas con normas jurídicas internacionales.* XVI. *Breve excursus sobre la interpretación.* XVII. *Conclusión.*

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional público tiene en la “norma jurídica internacional” la fuente necesaria para su desarrollo, cada día más complejo, porque ella es pilar fundamental de un Estado de derecho internacional. Gobernantes y gobernados (los Estados, *prima facie*, en ambas funciones) se rigen por una o un conjunto de normas jurídicas a fin de mandar, permitir o prohibir general y abstractamente a los “sujetos de derechos” y “objetos de derecho”, y las “relaciones jurídicas internacionales” que se forman, evitando, como es lógico, “reglas jurídicas internacionales” convertidas en “normas jurídi-

cas internacionales”<sup>1</sup> para ciertos y determinados “sujetos de derecho”, sea beneficiándolos o perjudicándolos, logrando justicia y seguridad jurídica al mismo tiempo.

## II. LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Y EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

En noviembre de 2012, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas dictó una resolución,<sup>2</sup> que vino a expresar ideas contenidas en expresiones de juristas internacionales latinoamericanos y europeos desde inicios del siglo XX.<sup>3</sup> Quienes han propuesto un Estado de derecho internacional han sido calificados como idealistas (sin que necesariamente sea esa calificación peyorativa)<sup>4</sup> y a la Asamblea General habría que calificarla de tal. Este trabajo, si fuera a calificarse como idealista porque excluye la fuerza o su amenaza por el derecho, no sigue ese parámetro. El uso de la fuerza por el derecho se restringe a la aplicación de sanciones; sin embargo, no puede pensarse que los sujetos de derecho (internacional) no cometan ilícitos in-

---

<sup>1</sup> Esto se puede producir al aceptarse, de facto, normas jurídicas privadas como normas jurídicas internacionales o a través de la costumbre internacional o mediante los principios generales del derecho. Un ejemplo son las reglas a las que se han obligado a someterse a los productores chilenos de fruta y verdura por parte de los supermercados europeos. Las reglas colocan, fuera del tratado Chile-Union Europea, condiciones de contratación que no fueron reguladas por el mismo tratado, legales en el marco de la autonomía de la voluntad privada internacional pero contrarias a la buena fe en el marco de la interpretación de un tratado que busca permitir el ingreso de dichos productos a Europa. Es necesario indicar que estos productos cumplen estándares de producción de alto nivel, y no era necesario exigir mayores requisitos. Esta idea surge de la conversación con la profesora Ximena Fuentes T. en las Jornadas sobre Derecho Público de Chile 2011. Estas reglas jurídicas internacionales incluidas en contratos internacionales de aprovisionamiento se han convertido en normas jurídicas internacionales, y constituyen, en mi opinión, una violación del sentido y alcance del tratado dada una laguna legal en el mismo. Véase Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2012, pp. 154 y 156, donde se explican las lagunas axiológicas y normativas. No se analizará el tipo aquí, pero nos inclinamos por una laguna axiológica derivada de una laguna normativa.

<sup>2</sup> United Nations General Assembly, *67/1 Declaration of the High Level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels*, Nueva York, United Nations (A/Res/67/1), 2012.

<sup>3</sup> Maldonado, Ingrid, *Alejandro Alvarez, Hito histórico del derecho internacional*, Huelva-La Rabida, Universidad Internacional de Andalucía, 2011, p. 6.

<sup>4</sup> Peters, Anne, *The Rise and Decline of the International Rule of Law and the Job of Scholars*, MPIL Research Papers Series, núm. 2017-16, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, p. 9.

ternacionales. Esto no tiene relación con la ciencia jurídica, porque de otra forma se podría acusar a la física de la bomba atómica cuando lo que efectuó Einstein fue descubrir una fórmula científica, y lo mismo respecto de la química con relación al uso del gas sarín o con las políticas públicas en cuanto a su eficacia, debido a que no usan, en muchos casos, las normas jurídicas para imponer tales políticas en beneficio de la comunidad.

### III. LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES, PRESUPUESTO DE UN ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

Este trabajo no trata de eso; su objetivo es verificar que existen normas jurídicas internacionales, una verdad inconfundible, que ellas forman un Estado de derecho internacional, cualquiera sea el origen de la idea, en nuestro caso, kelseniana, que ese Estado de derecho internacional hoy es un sistema jurídico internacional como sinónimo de ordenamiento jurídico internacional, y donde concentramos nuestro estudio, determinar cuáles son y si generan normas jurídicas internacionales ciertos conceptos jurídicos denominados “fuentes” en un Estado de derecho internacional. Cuando una norma jurídica internacional “nace” en la vida jurídica, ciertamente es obligatoria, y genera derecho y obligaciones que mandan, prohíben o permiten. Así se ha indicado en la “Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de derecho a nivel nacional e internacional”, que puso especial atención en la seguridad y paz internacional, derechos humanos y el desarrollo.<sup>5</sup> El Estado de derecho, de acuerdo con la declaración, es el “fundamento de las relaciones amistosas y equitativas entre Estados y la base de sociedades justas y equitativas”.<sup>6</sup>

### IV. UNIDAD CONCEPTUAL, PLURALIDAD DE FORMAS DE EXPRESIÓN

La norma jurídica internacional, la abstracción o concepto o elemento esencial de la regulación jurídica internacional que configura el “Estado de derecho internacional”, tiene diversidad de normas jurídicas internacionales que la hacen existir, formal o materialmente, de forma y de fondo, para luego

---

<sup>5</sup> United Nations, *op. cit.*, núm. 2, p. 1.

<sup>6</sup> *Idem.*

proceder a generar una nueva norma jurídica, cuando así corresponda, a nivel nacional y, finalmente, local. El “Estado de derecho internacional” supone la consagración, por razones lógico-jurídicas, de una norma o normas de clausura. Sin duda, una primera aproximación a la misma, dado que nos encontramos en el derecho público, es que aquello que no ha sido regulado y permitido por normas jurídicas internacionales no puede verse regulado de manera implícita, ni permitido. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse, ya que tanto la costumbre internacional como los principios generales del derecho pueden crear nuevas normas jurídicas desconocidas para la fuente normativa de tratados internacionales. En conjunto, es posible formular esta norma de cierre, pero, como ha mostrado la jurisprudencia, aquello debe observarse en un sentido evolutivo.<sup>7</sup>

## V. EL CAMBIO DE LOS SUJETOS DE DERECHO

Lo anterior ocurre con cambios de sujetos y objetos jurídicos, con interpretaciones, diversas todas. No obstante, no sería posible lo indicado si no existieran elementos que originan estas normas jurídicas internacionales dentro del ordenamiento jurídico internacional, que se entiende aquí como sistema jurídico internacional.<sup>8</sup> Esta declaración menciona una serie de normas jurídicas internacionales, incorpora sujetos de derecho internacional, objetos de derecho y relaciones jurídicas de carácter internacional.

---

<sup>7</sup> Al respecto, se puede mencionar la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, donde se admitió la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales, entre otros reconocimientos. Debe hacerse presente que este reconocimiento se hizo con base en la capacidad procesal para demandar ante un tribunal internacional. No continuaré el argumento de analogía que merecería un trabajo completo sobre el asunto. CIJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, The Hague, United Nations Organization, p. 178. Para mayor abundamiento, se trata de una laguna axiológica que deviene en una legal, *cf.* Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, pp. 154 y 156.

<sup>8</sup> Estas palabras se utilizan de manera indistinta a lo largo del texto a fin de indicar un orden compuesto de normas jurídicas, internacionales, coherentes, sistemáticas, donde “las reglas de derecho no existen aisladas, sino formando conjuntos o sistemas”. Sin embargo, en el Estado de derecho internacional no existen instituciones que se dediquen a crear y aplicar el derecho, sino son los sujetos y ciertas instituciones (tribunales internacionales), incluyendo a personas naturales, como los investigadores jurídicos internacionales. Este concepto ha sido tomado de Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986, pp. 5 y 174; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 140.

## VI. SENTIDO DE LAS FUENTES DEL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

El sentido de la existencia de las fuentes del Estado de derecho internacional se relaciona con las actitudes y conceptos de los juristas a través de una ideología normativa común o ideas comúnmente aceptadas entre juristas internacionales.

Las fuentes tienen un significado para el jurista (sea consciente o inconsciente) sirviendo para separar lo que es y lo que no es derecho.<sup>9</sup> Indica la forma en que el jurista debe proceder a fin de descubrir la directiva o directivas decisivas, la *ratio decidendi* o descripción normativa<sup>10</sup> que corresponda, sea que se encuentre en una norma jurídica o en varias normas jurídicas y deba proceder a la individuación de la misma.

## VII. LAS FUENTES COMO PROBLEMA JURÍDICO

Desde esta perspectiva, nacen una serie de problemas jurídicos; por ejemplo:

- a) ¿Qué son las fuentes (dónde entendemos métodos de producción y normas jurídicas superiores reguladoras de la producción de la norma jurídica inferior, aunque en principio sólo nos enfocaremos al primer tema)?;
- b) ¿Cuáles son las fuentes? Y suponiendo que existan más de una fuente;
- c) ¿Cómo operan entre ellas?, y
- d) ¿Cuándo una o varias fuentes provocan el nacimiento de una norma jurídica? En este caso internacional, en lo que es el supuesto de este estudio, el Estado de derecho internacional, que no es sino un conjunto de normas jurídicas. Nos detendremos en la cuarta interrogante, aunque de alguna manera revisaremos las tres primeras, y esperamos aclarar algunas contradicciones intelectuales relacionadas con el derecho internacional, pero concentrados en el Estado de derecho internacional.

---

<sup>9</sup> Vogenauer, Stefan, "Sources of Law and Legal Method in Comparative Law", en Reiman, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 870. La pregunta sobre las fuentes se une al de la metodología jurídica, particularmente la de la interpretación y aplicación.

<sup>10</sup> Estas ideas las sugiere el filósofo jurídico e internacionalista Alf Ross, en su texto *On Law and Justice*, Steven and Sons Ltd., 1956, p. 75.

## VIII. LA RELACIÓN FUENTE Y NORMAS JURÍDICAS

Es necesario tener presente que la generación de las normas jurídicas internacionales tiene como creadores a quienes son sujetos y objetos de derechos y obligaciones; es el caso de los Estados y organizaciones internacionales. Además, estos últimos generan normas jurídicas internacionales internas.<sup>11</sup> No serán analizadas aquí por considerarse parte de la estructura y orden jurídico normativo internacional, que tiene relación con el tratado de su creación y, por consiguiente, la derivación de la dictación de tales normas jurídicas internacionales de intraorganización internacional en virtud del tratado internacional de su creación, como lo ha dicho la Corte Internacional de Justicia, para cumplir con sus cargas.<sup>12</sup>

## IX. DISTINCIÓN NECESARIA EN LA MATERIA

Brevemente consideramos lo que son las normas, utilizando un esquema entregado por Raz, y pueden verse desde los “estándares”, y lo que es posible distinguir entre:

- a. Estándares en general, que se dividen en:
  - a.1. Estándares no jurídicos donde se encuentran reglas no jurídicas y principios.
  - a.2. Estándares jurídicos que se dividen, a su vez, en:
    - a.2.1. Leyes que no son normas (donde es posible encontrar las definiciones de las esferas de validez territorial de los sistemas jurídicos), y
    - a.2.2. Normas jurídicas que, a su vez, se dividen en:
      - a.2.2.1. Normas jurídicas generales, donde se distinguen.
        - a.2.2.1.a. Principios jurídicos.
        - a.2.2.1.b. Normas jurídicas.
      - a.2.2.2. Normas jurídicas particulares.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Esta idea ha surgido de la lectura de un texto sobre las diversidades de normas jurídicas cuyo origen no es el consenso o mayoría parlamentaria. Véase Baldwin, Robert, *Rules and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 3-6.

<sup>12</sup> CIJ, *art. cit.*, p. 174.

<sup>13</sup> Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, núm. 5, abril de 1972, p. 824 (traducción literal).

## X. USO DE LA DISTINCIÓN

Esta distinción permite determinar el lugar de las fuentes del Estado de derecho internacional. Estas fuentes son estándares que permiten determinar si las normas analizadas son jurídicas o no, encontrándose como estándares jurídicos aunque en unos casos son leyes que no son normas y cumplen el cometido de ser normas jurídicas (el caso de las fuentes del derecho internacional) y en otros son estándares no jurídicos (el caso de las “fuentes no formales” del Estado de derecho internacional). Distinto es el caso de las fuentes de derecho internacional que, como sostenemos, pueden ser asimiladas a normas secundarias, en la propuesta de Hart, deberes y potestades.<sup>14</sup> ¿Estoy trayendo conceptos de otras ramas del derecho al derecho internacional? Esta pregunta me pareció interesante, pero falsa. Si fuera correcta significaría que el derecho internacional no es derecho o tiene su propia entidad y no participa de las características y categorías del derecho. Entonces, ¿cómo explicar académicamente todas las formas de razonar jurídicamente que se plantean en el derecho internacional?, ¿cómo poder discutir el desarrollo del derecho internacional público e inclusive mejorar su posición *vis à vis* otras ramas del derecho? Si no se tienen claras las diversas formas de razonar, el uso de los conceptos jurídicos fundamentales del derecho en las diversas ramas de éste y la forma en que se interpretan tales conceptos jurídicos fundamentales (tratado y contrato, por ejemplo), el abogado no sabrá cómo actuar frente a los mismos, especializándose en alguna área muy específica de una rama determinada. El tratado entre Estados se interpreta conforme a normas jurídicas diferentes al de un contrato entre Estados. Lo que resulta aún más complejo es explicar el conjunto de normas jurídicas que constituyen el sistema jurídico internacional; si siguiéramos la pregunta antes indicada, sencillamente dichas normas jurídicas no existen. Es más, legos (y aun juristas) señalan que todo está solucionado por las conferencias de las partes o

---

<sup>14</sup> Hart señala en esta parte, que “Según las reglas de uno de los tipos, que bien pueden ser consideradas el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación”, en Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 101.

conferencias internacionales,<sup>15</sup> cuando las mismas no tienen ningún poder de creación de normas jurídicas internacionales.<sup>16</sup>

## XI. DIFERENCIA ENTRE ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL Y CONJUNTO DE NORMAS JURÍDICAS, SISTEMA JURÍDICO

El Estado de derecho internacional como figura jurídica es diferente del conjunto normativo jurídico obligatorio que consiste el derecho internacional público. ¿Cuándo nace una norma jurídica internacional? Nuestra propuesta no sigue las respuestas usuales, consentimiento o imposición de los sujetos de derecho internacional, mira a los requisitos de cada fuente para encontrarnos con la norma jurídica internacional o normas internacionales que no son jurídicas.

### *Problemas a la creación de normas jurídicas internacionales*

Sin embargo, para la creación de normas jurídicas internacionales que constituyan el Estado de derecho internacional se han descubierto ciertos problemas. Así podemos encontrar problemas sustantivos y formales. Entre los primeros, o que dicen que tienen relación con el contenido de las normas jurídicas que se crean en el derecho internacional, mencionamos:

- a. La justicia de la norma.
- b. El que la norma se haya desarrollado por las personas que constituyen la sociedad en que las normas jurídicas habrán de ser aplicadas.

---

<sup>15</sup> Wiersema, Annecoos, “The New International Law-Makers? Conferences of the Parties to Multilateral Environmental Agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 5 de diciembre de 2009, p. 231. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1367815>; Secretariat of the Convention on Biological Diversity, Convention on Biological Diversity, disponible en: <https://www.cbd.int/undb/media/factsheets/undb-factsheets-en-web.pdf>; Jeffery, Michael, “Biodiversity Conservation in the Context of Sustainable Human Development: A Call to Action”, en Jeffery, Michael *et al.* (ed.), *Biodiversity Conservation, Law+Livelihoods*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 74.

<sup>16</sup> Como lo apunta Manuel Becerra, existen zonas “grises” desde el punto de vista normativo-jurídico del control de la aplicación de las normas jurídicas internacional, una aplicación de carácter horizontal en nuestra opinión, donde instituciones internacionales evalúan la actividad de los Estados en materia financiera, de derechos humanos y de transparencia. Véase Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, p. 46.

- c. El que la norma jurídica haya sido desarrollada en favor del bien de toda la comunidad.<sup>17</sup>

## XII. PROBLEMAS FORMALES DE LA CREACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

Desde un punto de vista formal, la norma jurídica internacional, a fin de desarrollarse, debería, según algunos, atenerse estrictamente a los requisitos de toda norma jurídica nacional en un Estado de derecho (nacional), es decir, a través de un sistema de generación de normas jurídicas en una suerte de Poder Legislativo internacional. Aquello no resulta posible de exigirse, aunque es posible establecer atisbos de forma de creación de normas jurídicas internacionales por este medio, como se verá más adelante. Las normas jurídicas internacionales cumplen los mismos requisitos que las nacionales por ser normas jurídicas (generalidad y abstracción).<sup>18</sup> El problema de su generación, de su creación formal, es diferente, y pedir similitud del sistema jurídico internacional al sistema jurídico nacional es inconducente, dado que el consenso es el fundamento de tal creación. No es posible exigirle al sistema jurídico internacional (menos a la comunidad internacional) elementos planteados recién desde el siglo XVIII en Europa. No sólo se exige demasiado del sistema, no se advierte que el Estado de derecho internacional se encuentra en formación y presenta características propias.<sup>19</sup> Sin embargo, me permito extenderme en las críticas formales al sistema. Se indica que existe una fuerte influencia del poder y la política (*power and politics*), un aumento (*proliferation*) de tribunales que actúan de manera descoordinada generando problemas de consistencia del sistema jurídico internacional (coherencia del mismo), el procedimiento de aplicación del derecho internacional no es siempre transparente, la inte-

<sup>17</sup> Tamanaha, Brian T., *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 135.

<sup>18</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, pp. 91-93; Fernández, Jesús, “La crisis de la ley: control judicial de la legalidad”, en Ramos, J. y Rodilla, M., *El positivismo jurídico a examen*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, p. 567; Tamayo, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, UNAM, 1986, pp. 40 y 41. Estas características son básicas en la regulación y se aprenden en el primer año de estudio de derecho, como bien lo describe Tamayo.

<sup>19</sup> Una de las caracterizaciones del Estado de derecho internacional (que, en mi opinión, confunde al derecho internacional público) es la entregada por Petersmann utilizando la teoría kelseniana y hartiana. Véase Petersmann, Ernst Ulrich, “International Law and Constitutional Justice in International Investment Law and Arbitration”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, pp. 514 y 515.

relación de los tribunales nacionales con el derecho internacional (público y privado) de manera planificada o no, resultaría inconducente; la orientación del derecho internacional público destinado a mantener la paz entre naciones con soberanía alcanzado por más compromiso que por obediencia a las normas jurídicas es incompatible con un sistema jurídico.<sup>20</sup> Todas las críticas válidas, no consideran el breve periodo de tiempo en la historia de una idea: Estado de derecho internacional; antes se criticaba por ilusión, hoy por carencia de realismo. A los que proponían esta idea se les indicaba como ilusos, hoy se exige demasiado de un sistema jurídico que al menos contiene estándares y normas (respecto de estas últimas, discutiremos sus fuentes, y particularmente el momento de nacimiento de las mismas).

### XIII. BREVE REVISIÓN DE LAS PREGUNTAS INVESTIGATIVAS

Es necesario centrarse en la generación de la norma jurídica. Se pretende responder a la pregunta de cuándo estamos en la presencia de un vínculo jurídico internacional que genera derechos y obligaciones internacionales, que tienen por objeto prestaciones internacionales. La norma jurídica es creada por otras normas jurídicas, y regula tanto a los actos de sujetos como objetos, que es creada por regulaciones procedimentales denominadas normas secundarias. Sin una norma jurídica anterior, toda norma jurídica sería creación por medio de la magia jurídica (bastaría pensar en un vínculo jurídico para que el mismo aparezca). Eso puede ocurrir en alguna sociedad ideal, pero en la actual, de carácter internacional, sólo podemos llegar a determinar, es la hipótesis del texto, la existencia de una norma jurídica internacional, un vínculo jurídico internacional, la necesidad de aplicación jurídica internacional e intranacional en ordenamientos jurídicos nacionales, producto de una fuente de derecho internacional que ha generado dicha norma jurídica internacional.<sup>21</sup> Las normas jurídicas internacionales<sup>22</sup> como concepto no

<sup>20</sup> Tamanaha, Brian T., *op. cit.*, pp. 131 y 132.

<sup>21</sup> No existe norma sin fuente.

<sup>22</sup> Las normas jurídicas internacionales se configuran desde una perspectiva de teoría del derecho sobre la base de una suerte de controversia, una de ellas (de tres que se configurarían) es la “identificación del derecho”, que tiene relación con una tesis social y que dice que “lo que el Derecho es y lo que no es Derecho es una cuestión de hecho de esencia social”. Véase Raz, Joseph, “The Authority of Law”, en Davies, Howard y Holdcroft, David, *Jurisprudence, Texts and Commentary*, Butterworths, Londres, Dublin Edinburgh, 1991, p. 7. Esto requiere que esta tesis “asuma” una serie de elementos que podrían o no estar presentes. En este caso, Raz consideraría como sinónimos “sistema legal” (podríamos indicar un “sistema jurídico”) y “derecho”. De consiguiente, a fin de determinar la existencia de “sistema legal”

nacen *ex novo*, *a priori* o por generación espontánea. Si se afirma lo contrario, debe al menos buscarse las “razones jurídicas del vínculo sin admitir al mero acto conductual como forma de llevarnos a concluir la existencia del vínculo”. La posibilidad de la generación espontánea nos sitúa en un espacio extraordinariamente extraño, raro, inverosímil, donde cualquiera puede creerse con derecho a cualquier cosa. La inseguridad jurídica, la injusticia y la desigualdad camparían al permitirse a cualquier Estado económica o militarmente poderoso imponerse por un mero capricho de obtener algo de otro. En nuestra disciplina, las fuentes del derecho cumplen diversas funciones, causas eficientes, normas jurídicas internacionales de normas jurídicas internacionales, límites a la generación de obligaciones, posibles indicaciones sistemáticas de las referencias de solución a las controversias internacionales y otras. De las funciones aquí indicadas veremos sólo las de producción, aunque no podemos soslayar la interpretación y aplicación de normas jurídicas internacionales.<sup>23</sup>

#### XIV. LA RACIONALIDAD JURÍDICA GENERAL

En el desarrollo del proceso de fuentes de un Estado de derecho internacional que se base en normas jurídicas internacionales es necesario precisar ciertos problemas de racionalidad jurídica general e internacional. Los juristas nos enfrentamos a problemas de derecho, es decir, ausencia, conflictos y contra-

---

internacional se debería mirar a tres elementos básicos. En la mirada de Raz, uno, la eficacia, dos, el carácter institucional y, tres, las fuentes. Eficacia se refiere a que ciertos grupos de la población de los sujetos de derecho internacional público, en que todos se adhieren y que ha sido internalizado o aceptado por éstos. Esto podría colocar a Raz en el derecho internacional; sin embargo, nos entrega una medida de límites, sin la aceptación de las reglas que regulan los actos internacionales, estaríamos fuera del derecho internacional público. Además, no se trata del derecho que se desea, o que existió, en la comunidad internacional hace quinientos años, sino el actual. Otro requisito es el de la “institucionalización”, en este caso, en el derecho internacional es posible encontrar una serie de instituciones que actúan así, la misma ONU y la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, se exigiría que el sistema jurídico fuera “autoritativo”. Esto lo define como un “sistema de guías y adjudicaciones que reclama autoridad suprema dentro de una sociedad determinada y, de consiguiente, en tanto sea eficaz, entonces gana una autoridad efectiva”. Pero en mi opinión, Raz olvida que el derecho puede contar con fundamentos sociales (dependiendo del tipo de norma jurídica) pero sigue siendo un concepto y requiere interpretación por otros conceptos que definen su sentido y alcance con aplicación a múltiples hechos.

<sup>23</sup> Dentro de la noción de interpretación es necesario indicar que en la teoría del derecho, Joseph Raz indica que sería desde la perspectiva positivista, otra fuente de discusión, es decir, “el sentido de sus términos esenciales” es fuente de controversia y la denomina la “tesis semántica”.

dicciones de y entre normas jurídicas, y tienen en una norma jurídica una solución proveyendo el sistema jurídico (nacional o internacional) de ciertas técnicas o medios jurídicos de carácter lingüísticos o lógicos, permitiendo resolver el conflicto jurídico entre normas jurídicas. En este aspecto, es la autoridad del derecho quien permite la interpretación y la aplicación.<sup>24</sup> El derecho internacional, como lo expresó la opinión consultiva citada, posee tales lagunas.<sup>25</sup>

## XV. AUSENCIA DE NORMAS JURÍDICA *VERSUS* NORMAS JURÍDICAS INFERIORES O PRIVADAS CON NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

Existen conflictos jurídicos internacionales en que no hay normas jurídicas, es decir, no hay normas jurídicas ni generales y menos específicas que regulen el asunto. En este caso, las fuentes de un sistema jurídico o las fuentes del Estado de derecho internacional pueden permitir la solución al problema de la laguna jurídica. Asimismo, pueden existir normas jurídicas internacionales que pugnen con normas jurídicas internacionales fundamentales de manera abierta o sutil, e inclusive normas jurídicas interpartes, privadas que pugnen con normas jurídicas internacionales.

La solución a un problema de este carácter no puede ni debe verse livianamente. Primero, como actitud metodológica, es necesario preguntarnos si existe o no tal laguna o contradicción. Segundo, de existir ¿de qué tipo de laguna o contradicción hablamos?, y tercero, ¿cómo la resolvemos? Esta tercera pregunta es la más relevante para nosotros, tiene relación con las fuentes del Estado de derecho internacional, que pueden formar una norma jurídica internacional que resuelva el conflicto que se pudiera haber planteado. Estas fuentes incluyen la de las disciplinas del derecho internacional público y señalan la especial situación de las fuentes mismas. Ellas pueden o no ser normas jurídicas, pero desde un punto de vista jurídico son normas sobre normas, que no se pueden aplicar de manera directa porque carecen de autoridad en el derecho. En verdad son conceptos; es decir, son términos o palabras que representan ideas. Lo anterior no nos debe mover a pensar que buscamos una solución semántica, mas queremos expresar que las normas jurídicas internacionales al igual que las normas jurídicas generales contienen ideas que se expresan para hacer entender a los gobernados, por

<sup>24</sup> Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 10.

<sup>25</sup> CIJ, *art. cit.*, p. 178.

tales normas jurídicas, el sentido de la palabra unida a las demás, a los derechos y obligaciones internacionales que se derivan.

Una laguna jurídica es un problema del sistema jurídico porque no cumple con la completitud del sistema. El conjunto normativo internacional no es la excepción, por ejemplo, los recursos genéticos marinos en la alta mar no se encuentran regulados y requieren una regulación internacional.

El proceso de creación de una norma jurídica, por consiguiente, en un Estado de derecho internacional es una relación conceptual, pudiendo la misma ser una fuente de la disciplina como una más general propia del Estado de derecho internacional. Las segundas resultan ser las únicas que entregan la seguridad de la generación de derecho y obligaciones jurídicas internacionales.<sup>26</sup>

En ellas no es necesario más que la relación jurídica causal entre norma jurídica y fuente. Las más generales no tienen esa facultad, aunque pueden devenir, al ser incorporadas en alguna de las otras fuentes, particularmente en el caso de los principios generales del derecho, en normas jurídicas internacionales.

Asimismo, la contradicción entre normas jurídicas de relevancia para la defensa de los sujetos de derecho en sus derechos fundamentales, esto no requiere una revisión muy extensa, sobre las normas jurídicas inferiores e inclusive interpartes públicas o privadas.

## XVI. BREVE EXCURSO SOBRE LA INTERPRETACIÓN

El sentido y alcance, la fuerza de un texto jurídico internacional, sus consecuencias no son datos adjetivos. La interpretación internacional se desarrolla en materia de derechos y obligaciones, así como imposiciones, prohibiciones, permisiones y otras formas del lenguaje que integran el desarrollo de la norma jurídica en la interpretación y en la aplicación.<sup>27</sup>

El contexto donde se desarrolla este trabajo es positivista, pero integrando el iusnaturalismo de Finnis<sup>28</sup> y con una metodología dogmática, exegéti-

---

<sup>26</sup> En este sentido, existen las siguientes razones que avalan lo afirmado: toda norma jurídica existe desde el momento en que entra en vigor; en materia internacional, cuando se cumplen requisitos de número de expresiones formales y explícitas de asunción del contenido del texto de un tratado, y la generación del principio o la convicción de la regularidad de actos obligatorios.

<sup>27</sup> En derecho internacional, las normas jurídicas se interpretan a través de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cf.* United Nations, “United Nations Convention on the Law of Treaties”, United Nations Treaty Serie, vol. 1155, I-18232, Nueva York, 1969.

<sup>28</sup> Finnis, John, *Derecho natural, ley natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 49 y 50.

ca y lógica racional, además de tópica. Es un texto explicativo de la permanencia de las fuentes formales del derecho y la necesidad de distinguirla de otras supuestas fuentes, y juntas integran los que se ha denominado Estado de derecho internacional. Esto provoca distorsión a los derechos y obligaciones o, directamente, son *lege ferenda*, y así también es necesario distinguirlas de otras disciplinas que permiten entender muchos fenómenos factuales, pero no permiten entender fenómenos jurídicos. Resulta imprescindible la formación de la norma jurídica internacional y la generación de normas jurídicas nacionales como consecuencia de una de las formas de aplicación de las normas jurídicas, parte de la interpretación jurídica de las mismas.

## XVII. CONCLUSIÓN

Las normas jurídicas internacionales nacen de fuentes de derecho internacional en armonía y sistematicidad de unas con otras. Las mismas pretenden organizar el sistema jurídico internacional, que es necesariamente, como sistema jurídico, de cierto orden. Este orden supone preponderancia de ciertas normas jurídicas, habitualmente de carácter fundamental para el sistema jurídico por sobre otras normas jurídicas y la forma de poder completar las lagunas jurídicas.

Asimismo, las normas jurídicas pueden ser múltiples en su expresión y con una estructura central única; sin embargo, adaptable a los tipos de normas jurídicas que puedan existir en el derecho internacional. Tales normas jurídicas, las del derecho internacional, son expresas. La excepción es la existencia de normas jurídicas implícitas. Las normas jurídicas sobre interpretación nacen de un origen o razón de ser, una fuente que puede ser unilateral, bilateral, impuesta por la comunidad internacional o inclusive por los fundamentos del derecho internacional y del derecho. Su obediencia es algo que se discutirá en otra ocasión.

## CAPÍTULO SEGUNDO

# EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (OPI) FUENTE DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Elba JIMÉNEZ SOLARES

SUMARIO: I. *El orden público internacional (OPI) y los ordenamientos jurídicos nacionales. Una referencia especial a México.* II. *El OPI en el derecho internacional general y regional de los derechos humanos.* III. *El orden público en el derecho comunitario.* IV. *El OPI (¿hacia un orden público general?) como fuente del derecho internacional actual.* V. *Conclusiones.*

### I. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (OPI) Y LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES. UNA REFERENCIA ESPECIAL A MÉXICO

El orden público fue un término originalmente acuñado en el ámbito del derecho nacional. Fue concebido en sus orígenes como una institución jurídico-política dedicada a salvaguardar los principios, valores e intereses más esenciales del Estado, y constituía la máxima expresión de su soberanía, y lo mismo podía versar sobre diversos tópicos de carácter jurídico, como político, económico, social, cultural e incluso religioso, esto es, lo que el Estado calificaba como una cuestión de orden público.<sup>1</sup>

La determinación arbitraria de los contenidos de este concepto por parte del Estado encontraba su justificación en la función primordial que tenía asignada, consistente en proteger la vigencia de su derecho nacional y sus correspondientes preceptos jurídicos fundamentales. El orden público, visto

---

<sup>1</sup> Jiménez Solares, Elba, *Tratados internacionales de derechos humanos, ¿derecho uniforme u orden público general?*, 2a. ed., México, Flores, 2017, pp. 404-413.

así, constituía la máxima expresión de una de las facultades más importantes del Estado: la creación del orden jurídico nacional o doméstico aplicable en su territorio.<sup>2</sup>

Esto explica el porqué desde sus inicios, el orden público internacional fue entendido en el ámbito del derecho internacional privado como una institución jurídica protectora del orden jurídico nacional, misma que los Estados podían invocar como una excepción al deber de atribución de efectos extraterritoriales, cuando ciertas normas o resoluciones extranjeras se consideraba podían afectar principios o valores fundamentales y esenciales del orden jurídico doméstico o de su pueblo.<sup>3</sup>

Así, el orden público internacional en el derecho doméstico se ha asimilado de manera frecuente a diversas figuras o instituciones jurídicas y no jurídicas, tales como los valores o principios fundamentales del mismo sistema jurídico imperante, la cultura e idiosincrasia del pueblo, la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar social, la paz social, la moneda nacional, e incluso, con los derechos fundamentales. Esta determinación arbitraria de su contenido diverso, por parte del Estado, es lo que tal vez ha propiciado que en los derechos domésticos no se encuentre una definición limitativa o exhaustiva del mismo.<sup>4</sup>

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional español ha definido al orden público como “el conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto”. Asimismo, dicho tribunal ha considerado que este concepto está influenciado por los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Pérez Álvarez, Salvador, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del Estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, ILU, 2008, disponible en: <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/ccr/11354712/articulos/ILU-RO808440183A.PDF>.

<sup>3</sup> Novoa Monreal, Eduardo, *Defensa de las Nacionalizaciones ante tribunales extranjeros*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1976, pp. 121-126, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/955/8.pdf>.

<sup>4</sup> Acedo Penco, Ángel, “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad. La doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 14-15, 1996-1997, pp. 323-392.

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional español, Sentencia 43/1986, del 15 de abril de 1986: “...el TC ha dejado claro que «este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los jueces y tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras

No obstante lo anterior, podemos decir que del contenido diverso del orden público, que puede comprender desde conceptos estrictamente jurídicos hasta políticos, culturales, económicos, sociales e incluso religiosos, es posible identificar un común denominador, a saber: los efectos que produce su invocación. Así, por ejemplo, cuando se adscribe una norma bajo la figura del orden público, el efecto directo es su preeminencia, su prevalencia o su supremacía y la exclusión de la aplicación de cualquier otra norma, así como la consecuentemente negativa al reconocimiento y efectos de toda norma extranjera o acto jurídico extranjero, a fin de preservar instituciones jurídicas nacionales.<sup>6</sup>

Por su parte, Salvador Pérez agrega que los principios que forman el contenido del orden público constitucional español se aglutinan en torno a dos aspectos fundamentales: primero, a la existencia de valores comunes a toda la humanidad, es decir, los derechos fundamentales; y segundo, a los principios constitucionales que reflejan los valores esenciales de la comunidad.<sup>7</sup>

Es de destacar que en el derecho doméstico las normas de orden público no son inmutables, se actualizan según la idiosincrasia y evolución del pueblo, su cultura o su sistema jurídico, lo que explica que los contenidos de orden público sean muy diversos y relativos, bien sea porque el Estado las defina, corresponda a una determinada época en la que se invoquen, o

---

que supongan una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución”. Fundamento jurídico 4, disponible en: <http://www.legalsolo.com/ShowSentencia.do?sentenciaId=STC1986-043&sentenciaTy pe=Sentencia&text=STC+23%2F2008>, *cf.* Pérez Álvarez, Salvador, *op. cit.*, p. 217.

<sup>6</sup> Magallón, Jorge Mario, “El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, julio-septiembre 1965, t. XV, núm. 59, México, UNAM, 1966, pp. 661-682, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/59/dtr/dtr4.pdf>, consultado el 28 de abril de 2015.

<sup>7</sup> “1) La existencia de valores comunes a toda la humanidad, esto es, de los derechos fundamentales, las libertades públicas y otros derechos constitucionalmente reconocidos, y 2) Los principios constitucionales que reflejan los valores esenciales de la comunidad, esto es, aquellos valores axiomáticos que informan el Derecho español en la actualidad. En el Derecho español, estos principios están regulados en los arts. 1.1 y 10.1 de la Constitución Española y en el resto de preceptos del Texto constitucional que consagran los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos; y de todos estos, los que destacan son la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo ideológico y cultural, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos y las libertades de los demás; mismos a los que denomina valores axiomáticos, que son aquellos que informan el Estado Social y Democrático de Derecho y son los que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social”, en Pérez Álvarez, S., *op. cit.*, pp. 218 y 219.

atienda a la cultura del grupo social al que vaya dirigido. Como ejemplos de normas de orden público que han ido evolucionando en varios países están las relativas al uso exclusivo de la moneda nacional como instrumento de transacción comercial; el reconocimiento solamente de matrimonios entre personas de diferente sexo; o la norma que prohíbe la adquisición de bienes inmuebles en zonas fronterizas y en lo que se consideraba como la zona o franja prohibida; por citar algunas, y que al día de hoy encontramos que dichas normas ya casi no son vigentes en muchos países.<sup>8</sup>

Estos cambios que referimos, creemos que también obedecen a la conformación de nuevos órdenes jurídicos nacionales y supranacionales (internacional y comunitario) con su correspondiente desarrollo de normas, fenómeno que, sin duda, refleja la interacción existente entre ellas hacia la conformación de un nuevo contexto internacional, donde destacaron cuestiones de carácter económico,<sup>9</sup> cultural, político y militar, principalmente.

Otra función que el orden público ha tenido en el ámbito del derecho internacional privado es la de constituir una limitante al principio de autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, el Estado, a través de esta institución, se reserva en el derecho doméstico la exclusividad para regular ciertos aspectos que podrían considerarse en el ámbito de la competencia de los particulares, estableciendo así la exclusión o limitación del actuar de sus gobernados por tratarse de cuestiones de orden público (*ordre public, ordine publico, public policy*, etcétera).

Salvador Pérez afirma que el orden público no es otra cosa que una concreción del ordenamiento jurídico vigente en un momento dado, es el conjunto de valores y principios que constituyen, hoy por hoy, la esencia del contenido del requisito del *exequátur*.<sup>10</sup>

No obstante el concepto particular que tiene el OPI en el derecho internacional privado, con relación a sus efectos y manera de comportarse, es útil para nuestra investigación, pues es claro que dicha figura jurídica en tanto producto de la potestad soberana del Estado se encuentra al día de hoy limitada ante el desarrollo y evolución de las normas de derechos humanos y su elevación casi generalizada en los derechos domésticos a nivel constitucional. Es decir, al día de hoy, la determinación de lo que es el orden público por el Estado y sus autoridades se sujeta o se circunscribe al respeto

<sup>8</sup> Acedo Penco, A., *op. cit.*, pp. 323-392.

<sup>9</sup> Considero que un claro ejemplo del desarrollo acelerado del derecho internacional en el siglo pasado y la intensa interacción que se dio con los derechos nacionales, fue debido al tema económico, las inversiones y las demandas internacionales que en su momento se plantearon. *Cfr.* Novoa Monreal, E., *op. cit.*, pp. 121-142.

<sup>10</sup> Pérez Álvarez, S., *op. cit.*, pp. 183-223.

y la protección de las normas de derechos humanos, como lo veremos con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

En el caso mexicano encontramos que, de una revisión de las diferentes tesis y jurisprudencia de la SCJN y demás tribunales que crean jurisprudencia o criterios vinculantes para los demás tribunales, el orden público se encuentra referido a diferentes contenidos de derechos humanos (derechos sustantivos, derechos adjetivos, derechos civiles, derechos políticos, derechos del menor, derechos de grupos vulnerables, derechos sociales, etcétera), así como también a figuras jurídico-económicas (bienes del Estado, bienes de la nación, zonas y actividades estratégicas —previstas en el artículo 27 constitucional—, etcétera), e igualmente, a facultades y atribuciones del Estado (el monopolio del ejercicio de la acción penal, la soberanía del Estado, la división de poderes, la facultad jurisdiccional exclusiva del Estado, el control de la constitucionalidad, la renovación de poderes, el proceso de selección de funcionarios, la responsabilidad de los servidores públicos, entre muchas otras).<sup>11</sup> Todos estos contenidos considerados de orden público, constitu-

---

<sup>11</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 007 611, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C., XXVII.3o.45 K (10a.), Publicación: viernes 03 de octubre de 2014. PRO-CEDENCIA DE LA VÍA. AL CONSTITUIR UN PRESUPUESTO PROCESAL DE ORDEN PÚBLICO, INDISPONIBLE E INSUBSANABLE, EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO QUE CONOCE DEL AMPARO DIRECTO PUEDE ANALIZAR OFICIOSAMENTE SU IDONEIDAD EN EL JUICIO DE ORIGEN;

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 007 153, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C., Libro 9, agosto de 2014, Tomo III, p. 1712. IV.2o.A.88 A (10a.). CONTRATO DE FRANQUICIA Y SUMINISTRO DE GASOLINA Y COMBUSTIBLES LÍQUIDOS PRODUCTO DE LA REFINACIÓN DEL PETRÓLEO CELEBRADO ENTRE PARTICULARES Y PEMEX-REFINACIÓN. AL SER SU OBJETO DE ORDEN PÚBLICO, ES IMPROCEDENTE CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL AMPARO CONTRA SU RESCISIÓN;

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro No. 2 006 946, Localización: [TA]; Décima Época, T.C.C., Libro 8, julio de 2014, Tomo II, p. 1309. I.13o.T.14 K (10a.). SUSPENSIÓN DEFINITIVA EN EL AMPARO INDIRECTO. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA CONTRA EL ACUERDO QUE ORDENA GIRAR OFICIO A LA AUTORIDAD CORRESPONDIENTE PARA QUE SE INICIE UNA INVESTIGACIÓN Y, EN SU CASO, LA PERSECUCIÓN DE UN HECHO DELICTUOSO DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE UN SERVIDOR PÚBLICO, POR SER ÉSTA UNA CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO;

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 006 644, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C.; Libro 7, junio de 2014, Tomo II, p. 1912. IV.2o.A.58 K (10a.). SUSPENSIÓN EN EL AMPARO INDIRECTO. AUNQUE, POR REGLA GENERAL, SU OTORGAMIENTO POR EL JUEZ DE DISTRITO PRESUPONE LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE EXIGIDOS PARA SU CONCESIÓN, EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO EN QUEJA O REVISIÓN PUEDE, EXCEPCIONALMENTE, REVISAR DE OFICIO ESE ASPECTO, AUN ANTE LA AUSENCIA DE AGRAVIO, SI NOTORIAMENTE SE APRECIA QUE LA CONCESIÓN DE LA MEDIDA CONTRAVIENE EL ORDEN PÚBLICO, EL INTERÉS SOCIAL O TIENE UN EFECTO CONSTITUTIVO DE DERECHOS;

yen, sin duda, normas imperativas en el ámbito doméstico que tienen como

---

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 006 855, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C., Libro 7, junio de 2014, Tomo II, p. 1915. IV.2o.A.94 A (10a.). SUSPENSIÓN EN EL AMPARO INDIRECTO. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA CONTRA LA ORDEN DE SUSPENDER O CANCELAR EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA O SERVICIOS RELACIONADOS CON ÉSTA, POR AFECTARSE EL ORDEN PÚBLICO Y EL INTERÉS SOCIAL;

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 006 163, Localización: [TA], Décima Época, Primera Sala, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 788. 1a. CXXXVI/2014 (10a.). ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL;

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 006 306, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C., Libro 5, abril de 2014, Tomo II, p. 1540. (I Región) 8o.23 A (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA FRACCIÓN XIV DEL ARTÍCULO 76 DEL BANDO MUNICIPAL DE TOLUCA 2012, AL SEÑALAR COMO UNA INFRACCIÓN A LAS DISPOSICIONES SOBRE EL ORDEN PÚBLICO, ORDENAR Y REALIZAR LA DISTRIBUCIÓN DE PROPAGANDA DE “CUALQUIER TIPO” EN LA VÍA PÚBLICA, SIN LA AUTORIZACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE, VIOLA ESE DERECHO HUMANO;

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 006 329, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C., Libro 5, abril de 2014, Tomo II, p. 1700. IV.3o.A.26 K (10a.). SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. EL ARTÍCULO 129, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE LA MATERIA, VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013, AL REQUERIR PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LOS SUPUESTOS NORMATIVOS QUE LO INTEGRAN, QUE EL JUZGADOR EVALÚE LOS CONCEPTOS DE INTERÉS SOCIAL Y ORDEN PÚBLICO AL PRONUNCIARSE SOBRE LA CONCESIÓN O NEGATIVA DE DICHA MEDIDA, ES DE CARÁCTER HETEROAPLICATIVO;

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 004 426, Localización: [J], Décima Época, Primera Sala, Libro XXIV, septiembre de 2013, Tomo I, p. 708. 1a./J. 87/2013 (10a.). 5. VI.2o.P.15 P (10a.). CONEXIDAD DE DELITOS. LA COMPETENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XXI, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CONSTITUYE UNA FIGURA DE ORDEN PÚBLICO, DE ESTRINGIDO CUMPLIMIENTO Y DE ESTUDIO OFICIOSO EN EL JUICIO DE AMPARO;

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 004 341, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C., Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo III, p. 1734. IV.2o.A.57 A (10a.). SUSPENSIÓN DEFINITIVA EN EL AMPARO. SU OTORGAMIENTO NO AFECTA EL ORDEN PÚBLICO NI EL INTERÉS SOCIAL SI EL QUEJOSO RECLAMA LA VIOLACIÓN, EN SU PERJUICIO, DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA VIDA PRIVADA Y A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES, CON MOTIVO DE LA PUBLICACIÓN DE ÉSTOS EN EL PORTAL DE INTERNET DEL MUNICIPIO DE SAN PEDRO GARZA GARCÍA, NUEVO LEÓN, CON APOYO EN EL ARTÍCULO 12, FRACCIÓN XIX, DE SU REGLAMENTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL;

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 003 420, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C., Libro XIX, abril de 2013, Tomo III, p. 2295. XXI.2o.P.A.4 K (10a.). SUSPENSIÓN CONTRA EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL ESTADO DE GUERRERO. DADA LA NATURALEZA ELECTORAL DE DICHO ACTO CONTRA EL CUAL ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO, EN ATENCIÓN A LA TEORÍA DE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO, APLICADA A CONTRARIO SENSU, DEBE NEGARSE SU CONCESIÓN PORQUE DE LO CONTRARIO SE AFECTARÍAN EL INTERÉS SOCIAL Y EL ORDEN PÚBLICO;

función limitar el actuar tanto de los gobernados como de sus autoridades y controlar o anular los efectos de las normas y actos extranjeros o extraños.

Es así que podemos inferir que las normas de orden público cuando actúan dentro de un ordenamiento jurídico nacional buscan preservarlo y mantener la supremacía de su máximo creador, que es el Estado con sus atributos, valores y caracteres, tales como la soberanía nacional, el derecho fundamental, la seguridad nacional, el bienestar común, la seguridad pública, el orden y la paz social, entre otros. Visto así, las normas de orden público cumplen la finalidad de asegurar, mantener y/o propiciar el fortalecimiento del Estado y sus instituciones, mantener un control tanto en el ámbito nacional como supranacional.

Por cuanto hace a la definición legal de orden público, en el derecho mexicano no se cuenta con alguna, aun cuando dicha figura es invocada varias veces en diversa leyes. Asimismo, encontramos que su contenido es diverso, pero con una característica constante, a saber: los efectos que produce y los fines que persigue, que son la tutela y el mantenimiento de las instituciones consideradas fundamentales.

En esa tesitura es que nuestros máximos tribunales federales han ido definiendo al orden público, a manera de concepto relativo, en evolución, y que tiende a fines esenciales de la sociedad, entre los que destaca, además, el tratar de no afectar los derechos de terceros.<sup>12</sup>

Los tribunales colegiados de circuito han definido al orden público como:

la máxima expresión del interés social, como bien constitucionalmente protegido, y una garantía de la sociedad para que las personas y autoridades ejer-

---

*Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2 003 421, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C., Libro XIX, abril de 2013, Tomo III, p. 2296. I.3o.P.5 P (10a.). SUSPENSIÓN PROVISIONAL CONTRA LA EJECUCIÓN DE UNA ORDEN DE CATEO. ES IMPROCEDENTE PORQUE EL CONCEDERLA AFECTARÍA DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO (legislación del Distrito Federal).

<sup>12</sup> “...un concepto jurídico indeterminado de imposible definición cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social; en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, TCC, Tesis Aislada, Novena Época, Tomo XXII, agosto de 2005, p. 1956. ORDEN PÚBLICO. ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL.

zan razonablemente sus derechos dentro del Estado, y no sólo consiste en el mantenimiento de la tranquilidad y bienestar colectivo, sino también conlleva la armonía social en cuanto al legítimo ejercicio de los derechos, deberes, libertades y poderes dentro del Estado [y] como la coexistencia pacífica entre el poder y la libertad, siendo su finalidad principal la libertad de los gobernados y asegurar la eficacia de sus derechos.<sup>13</sup>

Si bien, al día de hoy, con motivo de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011),<sup>14</sup> pareciera que la facultad soberana del Estado consistente en crear leyes y entre ellas, el determinar el contenido del orden público mexicano, resulta grandemente limitada por las corrientes nacional e internacional proteccionistas de los derechos humanos, consideramos que no es así.

En nuestra opinión, la asignación de los contenidos del orden público por parte del Estado mexicano parece ir en el sentido de asignar no sólo contenidos relacionados con normas de derechos humanos, sino también de incluir en dicho concepto normas limitativas de tales derechos y vinculadas a conceptos, tales como seguridad nacional, seguridad pública, paz social, bienestar social, supremacía constitucional e incluso soberanía nacional.

Si bien el orden público mexicano es un concepto ambiguo y relativo, de endeble manifestación —dado que sus funciones primordiales son, por un lado, mantener o procurar la permanencia de cierto orden jurídico dentro del Estado y, por el otro, procurar el disfrute o ejercicio de los derechos humanos por parte de los gobernados derivado de un mandato constitucional— parece que hoy más que nunca se encuentra en pleno desarrollo y definición de sus contenidos, los que sin duda creemos se fundarán en los recientes criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

<sup>13</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Registro núm. 2002421, Localización: [TA], Décima Época, T.C.C., Libro XV, diciembre de 2012, Tomo II, p. 1575. I.4o.A.11 K (10a.). SUSPENSIÓN. NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y SU FINALIDAD.

<sup>14</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. (Reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011).

Estos criterios de nuestro máximo tribunal han sido en el sentido de reconocer la supremacía constitucional y la facultad soberana del Estado para determinar el contenido y la limitación del ejercicio de las normas de derechos humanos, aun cuando dichas normas estén reconocidas a nivel constitucional, o incluso se encuentren en tratados internacionales en los que nuestro país sea parte. Igual tratamiento tienen las normas de derechos humanos que están establecidas en la jurisprudencia internacional dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sea contraria a la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal cuando éste interprete un precepto constitucional. En todos estos casos, nuestro máximo tribunal señala que privará la Constitución si en ella se establece una restricción expresa.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Las jurisprudencias a que hacemos referencia son dos en particular, mismas que fueron emitidas al mismo tiempo, al resolver en definitiva una contradicción de tesis, por lo que consideramos que para su mejor comprensión deben tenerse como complementarias y no leerse por separado: 1) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Registro núm. 2 006 224, Localización: [J], Décima Época, Pleno, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202. P./J. 20/2014 (10a.). DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. “El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales... se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; ... En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”. 2) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Registro núm. 2006225, Décima Época, Pleno, tipo de Tesis: Jurisprudencia, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: P. /J. 21/2014 (10a.). JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA COIDH. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. “Los criterios jurisprudenciales de la CoIDH, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la CADH... La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona... mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) ...criterio se haya emitido en un caso..., la aplicabilidad del precedente al caso específico debe deter-

Estos criterios jurisprudenciales, sin lugar a dudas, pueden constituir el fundamento para el ejercicio de la potestad soberana del Estado en cuanto a la creación de las normas de orden público no importando, si a través del mismo se diera, incluso, la limitación de los contenidos y eficacia de las normas de derechos humanos. Dicho panorama parece ser adverso en materia de protección y respeto a los derechos humanos.

## II. EL OPI EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y REGIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antonio Gómez Robledo refiere que desde el inicio, al *ius cogens* se le ha asimilado en el derecho internacional al concepto de orden público internacional.<sup>16</sup>

No obstante lo anterior, creemos que el OPI no se circunscribe sólo a esa definición y contenido. Si bien en el ámbito del derecho internacional es claro que la norma de *ius cogens* tiene efectos de OPI, tales como limitar o nulificar el actuar de los Estados ante su contravención, atento a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados,<sup>17</sup> hay otro tipo de normas internacionales que también lo conforman y que tienen la función de adscribirle otro tipo de efectos, como lo es el de legitimar o validar normas.

Si bien se puede afirmar que, en general, las normas de *ius cogens* se asimilan a las normas de derechos humanos, es importante destacar que no todas las normas de derechos humanos de manera absoluta tienen los efectos que se atribuyen a aquellas normas que son consideradas de *ius cogens*. Asimismo, es menester destacar que algunas normas que han sido consideradas de orden público internacional se vinculan o fundan en principios fundamentales del derecho internacional o en principios generales del derecho, tales como la soberanía estatal, el orden público, el mantenimiento de

---

minarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los DH”.

<sup>16</sup> “...El Pacto, en efecto, configura por primera vez la idea de un orden público internacional, expresión sinónima o en todo caso coextensiva a la concepción del *ius cogens*”, en Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1073>, p. 54.

<sup>17</sup> Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados en 1969.

la paz y la seguridad internacionales, el reconocimiento de la facultad del tribunal supranacional de pronunciarse sobre su competencia, etcétera, por citar algunos ejemplos.

En ese sentido, las consecuencias jurídicas que acarrea la contravención o la sujeción a las normas de OPI, según el caso, pueden ser diferentes: en algunos casos la nulidad o la determinación de la ilegalidad del acto o norma; en otros, su vinculación coactiva a las mismas, o bien, en caso sujeción a tales normas, traer aparejado la validez material de un acto o norma, en el ámbito del derecho internacional.

Para Maurice Kamto, el OPI se compone de normas que son de importancia fundamental para la comunidad internacional y que no pueden ser derogadas por normas convencionales, bajo la pena de nulidad, por lo que dichas normas, en su momento, han constituido un paso importante para ir de un derecho internacional clásico —que se concebía como un derecho de coordinación de soberanías y un derecho intersubjetivo de relaciones interestáticas— a un derecho internacional objetivo, más avanzado y moderno, donde existen ciertas normas que procuran ser ineludiblemente cumplidas, que no pueden derogarse, aunado a que las obligaciones contenidas son para con la comunidad en su conjunto, y, por tanto, las violaciones a dichas normas constituyen no solamente atentados a ciertos sujetos o grupos, sino a la comunidad en su conjunto, o en otras palabras, al orden público internacional.<sup>18</sup>

Visto así, el concepto de OPI denota la existencia de ciertas normas y principios que tienen la característica de ser fundamentales, esenciales, universales, comunes e imperativas en todo orden o sistema jurídico de que se

---

<sup>18</sup> “Parler de l’«ordre public international» signifie qu’il existe en droit international public un ensemble de «règles d’importance fondamentale pour la communauté internationale dans son ensemble auxquelles les Etats ne pourraient, à peine de nullité, déroger par des conventions contraires». “Cette notion d’ordre public international marque la sortie du droit international classique qui a prévalu jusqu’au début du XXe siècle, et qui était exclusivement un droit de coordination des souverainetés. Elle rompt avec la nature purement intersubjective des relations interétatiques et du droit international, et laisse apparaître progressivement un droit international objectif auquel les parties ne peuvent déroger, parce que les obligations qu’il dévoile sont prises à l’égard de la communauté internationale dans son ensemble. Par conséquent, leur violation recevrait la sanction de la responsabilité, car il s’agirait «de comportements portant atteinte, au moins autant qu’aux droits subjectifs de tel Etat particulier, à un ordre public international»... La notion d’ordre public international est fondée sur l’idée essentielle qu’il existe dans la société internationale contemporaine un certain nombre de valeurs fondamentales communes à toutes les nations et à toute l’espèce humaine. Ces valeurs peuvent se regrouper autour de deux idées majeures: sacralisation de l’homme et exaltation de l’humanité”, en Kamto, Maurice, “Volonté de l’État et ordre public International”, *Recueil des Cours de Droit International*, t. 310, Paris, 2004, pp. 313 y 314.

trate y se precie de tal, es decir, se trata de normas internacionales fundamentales que parece que además trascienden las relaciones que se dan entre los sujetos clásicos de derecho internacional, en razón de que imponen un contenido valioso y de mayor rango que cualquier otra norma internacional e incluso nacional. Esta concepción parece ser la que pretende que tenga en la actualidad el OPI.

Por su parte, Monroy Cabra refiere que “la noción de orden público sugiere un conjunto de normas tendentes a salvaguardar la seguridad, la estabilidad, la paz, la salubridad y, en general, el interés comunitario y el bien común”.<sup>19</sup> En este orden de ideas, la concepción que nos da este autor del orden público atiende a su finalidad, es decir, al objeto que se persigue por parte del OPI, consistente en ser un instrumento para alcanzar otros fines superiores, tales como el respeto y la protección a los derechos humanos, la preservación del orden internacional y nacionales, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, etcétera.

Este fin sin lugar a dudas reviste de una gran importancia, y constituye una verdadera o real justificación de la necesidad de la existencia de dicho concepto; bien con base en la atribución del carácter imperativo e ineludible a sus normas, o bien como un elemento o instrumento de control del mantenimiento del orden jurídico internacional, como lo señala Manuel Becerra,<sup>20</sup> cuando el OPI recoge normas que implican principios fundamentales del derecho internacional y de principios generales del derecho.

Visto de este modo, el OPI se debe definir y conformar a partir del desarrollo del contenido de sus normas, así como a partir del comportamiento de éstas por cuanto haga a sus alcances y efectos, sin dejar de lado su función y finalidad, consistente en ser un elemento e instrumento del control de los diferentes sistemas internacional y nacionales, en donde, sin duda, el tema de la supervivencia de la misma comunidad internacional y del individuo, y el respeto y protección a sus derechos humanos, juegan un papel fundamental para fundamentar su validez e imperatividad, al perseguirse, entre otros, el mantenimiento del orden, la paz y la seguridad internacionales,<sup>21</sup> la soberanía estatal, la no injerencia en los asuntos internos, la inter-

---

<sup>19</sup> Monroy Cabra, M. G., *Tratado de derecho internacional privado*, 6a. ed., Bogotá, Temis, 2006, p. 271.

<sup>20</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, pp. 30-38.

<sup>21</sup> Un caso en el que se expresó que la violación a los derechos humanos dentro de un Estado podía poner en peligro la paz y la seguridad internacionales en una región, fue la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, núm. 688, del 5 de abril de 1991, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1981.pdf>.

vención por cuestiones humanitarias, la solución pacífica de las controversias, por citar algunos.

En nuestra opinión, las normas de OPI constituyen instrumentos y argumentos de legitimación tanto de normas derivadas como de actos internacionales; de ahí su reconocimiento por los principales actores internacionales como de obligada observancia e ineludible cumplimiento.

Por cuanto hace a la definición e identificación de las normas consideradas de OPI, a nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>22</sup> ha ido realizando una importante labor a través de sus resoluciones. En los párrafos 29 y 30 de su Opinión consultiva OC-6/86 expresó:

29. El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del «bien común» (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es «la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad»...

30. «Bien común» y «orden público» en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos «requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa» (Carta de la OEA, art. 3. d); y los derechos del hombre, que «tienen como fundamento los atributos de la persona humana», deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, pfo. 2).<sup>23</sup>

En este orden de ideas, parece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende al OPI también como un concepto que se encuentra referido a otros conceptos e instituciones jurídico-políticas de carácter nacional, tales como el bien común, Estado democrático y democracia representativa, entre otros.

En consecuencia, las normas que conforman el OPI, además de tener el efecto anulador, pueden ser de un elemento de legitimación o de validez política y jurídica de las normas nacionales e internacionales.

---

<sup>22</sup> Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, pfo. 64, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf).

<sup>23</sup> Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La expresión <<leyes>> en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay”, pfos. 29 y 30, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf).

Asimismo, cuando los contenidos del OPI se asimilan a reglas o principios procesales reconocidos a nivel internacional, igualmente tienen el efecto legitimador y desarrollador de otras normas internacionales, como acontece con la aplicación de la *compétence de la compétence*, que en su momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró como una cuestión de orden público, para justificar y sustentar su jurisdicción y competencia, a fin de poder conocer y resolver sobre ese aspecto, en definitiva, en todos los casos que se le someten, aun cuando el Estado en cuestión esté o no de acuerdo.<sup>24</sup>

Aunado a lo anterior, respecto a una posible definición del OPI, la Corte Interamericana ha expresado lo que “...una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”.

En este caso, pareciera que la Corte concibe al OPI no sólo como una limitante a los Estados, sino como un posible permiso o causa de justificación de la limitación de ciertos derechos y libertades, fundados en el mantenimiento y funcionamiento de las instituciones nacionales, de una manera armónica y normal pero basada al mismo tiempo en la coincidencia con valores y principios considerados fundamentales.

No obstante lo anterior, la Corte destaca la dificultad que existe al definir de manera unívoca al “orden público”, que “puede ser usado tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. Asimismo, establece que no puede invocarse el «orden público» o el «bien común» como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (véase el artículo 29. a de la Convención). Por lo que cuando dichos conceptos se invoquen para fundamentar la limitación a un derecho humano, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las «justas exigencias» de «una sociedad democrática» que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Sentencia del caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, 21 de junio de 2002 (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_94\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf).

<sup>25</sup> *Ibidem*, pfo. 67.

Por tanto, para la Corte Interamericana, el OPI resulta ser un concepto que bien puede ir referido para la protección y respeto a las normas de derechos humanos, así como para regular su ejercicio y limitación. Sin embargo, su invocación deberá ser procurando armonizar los intereses de los diferentes actores o titulares de los derechos que entren en conflicto, sin desnaturalizar los valores jurídicos fundamentales que las normas de derechos humanos tengan insertos.

Indudablemente, la Corte Interamericana tampoco establece o determina el contenido de las normas que conforman el OPI ni de forma amplia ni limitativa. Al igual que en el ámbito nacional, en el derecho internacional, el OPI resulta ser un concepto que está en proceso de conformación, por lo que sin duda creemos que irá evolucionando y diversificándose a lo largo de los años y según las interacciones que se vayan dando entre los diferentes ordenamientos jurídicos existentes.

Es por todo lo antes expresado que se considera que el desarrollo del OPI tiene un impacto directo en el desarrollo mismo de las normas internacionales, y en particular en las normas denominadas “el núcleo duro”, a saber: derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los migrantes, temas que igualmente, se proyectan y permean en los diferentes sistemas jurídicos nacional, e incluso comunitario.

Estas interacciones entre los órdenes nacionales e internacional con motivo de la asignación de los contenidos de las normas de orden público en los diversos ámbitos nos conducen a inferir la existencia de un proceso de conformación armónico entre normas tanto de derecho internacional universal y regional como normas nacionales, a partir de la identificación de los espacios y contenidos globales y comunes, mismos que trascienden y conectan a todos los órdenes jurídicos nacionales existentes<sup>26</sup> dando paso a lo que podríamos denominar como orden público general.

Por otra parte, la Comisión de Derecho Internacional<sup>27</sup> considera que el antecedente del OPI está en las normas imperativas de *ius cogens*, en razón de los efectos jurídicos que las normas de orden público tienen en los sistemas jurídicos existentes, a saber: de su imperatividad y del rechazo a la dispositividad de las normas por los sujetos destinatarios; en consecuencia,

---

<sup>26</sup> Martín Arribas, Juan José, “Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 637-671.

<sup>27</sup> Varón Mejía, Antonio, “Orden público internacional y normas «ius cogens»: una perspectiva desde la comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969”, *Diálogos de Saberes. Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Libre, núm. 32, Bogotá, 2010, pp. 211-229, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3295808>.

para dicha instancia, en el ámbito internacional, estas normas constituyen una forma de limitación a la voluntad soberana de los Estados.

Sin duda, esta característica del OPI, consistente en la limitación de los derechos soberanos de los Estados tanto en el ámbito interno como en el internacional, es el rostro más evidente del mismo, pero no por eso constituye su más claro y completo reflejo.

Es claro que en el ámbito internacional, al día de hoy, si bien la soberanía estatal sigue siendo el fundamento del orden jurídico internacional, no por ello es un atributo del Estado que puede ser ejercido de manera absoluta, su principal limitante es el OPI.

En la conceptualización del OPI, la soberanía estatal constituye un tópico fundamental, pues a partir de ella se tiene que proceder a la determinación de su contenido y los efectos que puede tener en los Estados.

Finalmente, es de comentar que en el ámbito internacional también se ha asimilado al OPI con otras instituciones jurídicas, tales como el *ius commune*, orden común, el orden público de la comunidad<sup>28</sup> o el orden público sustantivo,<sup>29</sup> por citar algunos otros conceptos, que si bien pudieran parecer sinónimos, no necesariamente lo son; más bien, algunos de ellos están referidos a distintos fenómenos y maneras de manifestarse o de actuar de algunas normas que lo componen.

En nuestra opinión, el OPI constituye un concepto integral, ya que no sólo debe comprender normas o principios comunes a todo ordenamiento jurídico, como los principios generales del derecho, o los principios fundamentales del derecho internacional, sino también abarcar a normas fundamentales y esenciales del ámbito nacional, además de las normas de derechos humanos, y que todas ellas tiendan hacia la prosecución del reconocimiento y mantenimiento de valores supremos y reconocidos como tales por la comunidad internacional en su conjunto que propicien el control dentro de un sistema jurídico dado.

Para Claudio Nash, los planteamientos de Kant y su tesis relativa a un cosmopolitismo universal están claramente expresados en el ideal contempo-

---

<sup>28</sup> Rosas, Pablo Enrique de, ponencia “Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur”, *XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, Profr. Friedrich K. Juenguer*, México, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C., Universidad Iberoamericana de Tijuana, p. 5, disponible en: <http://www.amedip.org/pdf/DeRosasPabloEnrique.PDF>

<sup>29</sup> Mezgravis, Andrés A., “El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: especial referencia a Venezuela y otros países de América Latina”, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, la Convención de NY 50 años después*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, pp. 1-35, disponible en <http://www.mezgravis.com/El-orden-pub-vf-rev-07-08.pdf>.

ráneo de un “orden público internacional”, que se encuentra basado en el respeto y la protección a los derechos humanos, pero, de igual forma, en la soberanía de los Estados. Así, en su opinión, dichas instituciones confluyen en una organización supranacional, como la ONU, que se encuentra regida por el derecho internacional público, e inmersa en un orden fundado en Estados legitimados en razón de la protección y respeto que brindan a los derechos humanos.<sup>30</sup>

Esta afirmación en torno al contenido del orden público parece que completa la definición del OPI, pues creemos que las normas que lo conformen deben importar contenidos de normas de derechos humanos, de principios fundamentales de derecho internacional (mantenimiento de la seguridad y la paz internacionales, solución pacífica de las controversias, proscripción de la guerra, etcétera) y de derecho nacional (soberanía y el orden público), los que aplicados de manera armónica puedan mantener, sustentar y complementar cualquier orden jurídico nacional o supranacional. De ahí que su invocación pueda ser, asimismo, un elemento de legitimación para cualquier instancia y ámbito jurídico, y una fuente importante del desarrollo de otras normas y principios jurídicos aplicables.

En este orden de ideas, el OPI puede ser concebido como una fuente material de las normas de derecho internacional y nacional, mediante el desarrollo de sus normas jurídicas a partir de la identificación del contenido y efectos de las normas que lo conforman.

### III. EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO COMUNITARIO<sup>31</sup>

Veamos ahora cómo se concibe y expresa el OPI en el derecho comunitario. La Corte Europea de Derechos Humanos (CoEDH) en varias ocasiones se ha pronunciado en el sentido de que el Convenio para la Protección de los

---

<sup>30</sup> Nash Rojas, Claudio, “La protección internacional de los derechos humanos”, Chile, publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2006, versión corregida de las conferencias dictadas en el marco del Seminario Internacional, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales*, organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México, dirigida a funcionarios de la Suprema Corte, México, 1 y 2 de febrero 2006, p. 171.

<sup>31</sup> Moreno Rodríguez, José Antonio, “Orden público y arbitraje. Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur”, *Lima Arbitration, Revista Virtual del Círculo Peruano de Arbitraje*, núm. 2, Perú, 2007, pp. 63-105, disponible en: [http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose\\_antonio\\_moreno\\_rodriguez.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf).

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) constituye un “instrumento constitucional del orden público europeo”.<sup>32</sup>

Al respecto, Javier García Roca refiere que con motivo del diálogo que se ha dado en los últimos años entre la CoEDH y los tribunales constitucionales de los países miembros de la Unión Europea (UE), la primera ha expresado que “la existencia de una análoga interpretación constitucional de unos derechos complementarios entraña un código común desde el que edificar un espacio de diálogo entre altos tribunales que está contribuyendo a crear un orden público europeo”.<sup>33</sup> Es así que en visión de la CoEDH el objetivo del Convenio Europeo es el establecimiento de un orden público para la protección de los derechos humanos.<sup>34</sup>

Además de lo anterior, este mismo tribunal reiteró en el *caso Soering*<sup>35</sup> que el objeto de este convenio es constituir un instrumento para la protección colectiva de los derechos humanos. En esa tesitura, es claro que el concepto de orden público europeo está referido a la protección y respeto a las normas de derechos humanos.

En su momento, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos refirió en el *caso Pfunders (Austria contra Italia)* que el propósito del Convenio Europeo era el establecimiento de un “orden público común” de las democracias libres de Europa.<sup>36</sup>

De lo anterior, es que a nivel comunitario y latinoamericano se ha ido desarrollando una opinión en el sentido de que el OPI, en la concepción americana y europea, podría asimilarse también a un tipo de orden constitucional internacional, cuando se refiere al tema de los derechos humanos.

Asimismo, como lo refiere López Hurtado, el OPI parece además estar basado en la absoluta primacía y respeto a ciertas normas y valores fundamentales<sup>37</sup> que han sido reconocidos en la UE, y dado se tratan de valores

---

<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Loizidou vs. Turquía*, de 1995, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol1.pdf> y <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol2.pdf>.

<sup>33</sup> García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, p. 187, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/ferrer/Di%C3%A1logo%20judicial/El%20di%C3%A1logo%20entre%20el%20Tribunal%20Europeo%20de%20derechos%20humanos....pdf>.

<sup>34</sup> Dulitzky, Ariel E., *Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano*, p. 137, disponible en: [www.bibliojuridica.org/libros/5/2061/10.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2061/10.pdf).

<sup>35</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Soering vs. the United Kingdom*, Application no. 14038/88, JUDGMENT, 07 July 1989, párrafo 87, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/portal/home>.

<sup>36</sup> López Hurtado, Carlos, “¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del derecho internacional?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, p. 279.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 283 y 284.

además comunes, sus contenidos se pueden asimilar a lo que se ha dado por denominar orden público europeo.<sup>38</sup>

Por otro lado, en el ámbito de la UE, la práctica de los diferentes órganos e instituciones comunitarios consistente en promover la uniformidad y armonización entre los órdenes nacionales y el derecho comunitario, también ha propiciado la derivación de un orden público comunitario que está más bien referido a la constitución y mantenimiento de la propia UE y su correspondiente derecho. Esto es, su propio orden público que irriga a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros y al mismo tiempo constituye un parámetro para la atribución de la validez de las normas y actos de las autoridades nacionales frente a la UE.<sup>39</sup>

No obstante la distinción antes señalada, relativa a los dos órdenes públicos (comunitario y europeo) existentes entre la UE y sus Estados miembros, podemos afirmar que las normas de orden público en el derecho comunitario se han ido conformando y definiendo sobre la base de la existencia de dicho orden y sus correspondientes normas. Es así que el orden público en el derecho comunitario contiene tanto normas con tópicos relativos a la creación, funcionamiento y mantenimiento los principios rectores en la propia UE<sup>40</sup> o bien referidos al catálogo de derechos humanos reconocido en ella, cuya función es preservar y mantener la supremacía del orden comunitario respecto de los demás órdenes jurídicos nacionales, e incluso, el internacional.

Finalmente, es de destacar que el desarrollo de las normas de orden público en la UE, se ha acelerado a causa de la imposición de numerosas cláusulas de derechos humanos<sup>41</sup> por parte de la misma unión, a sus socios comerciales.

---

<sup>38</sup> González González, Rossana, “Límites a la construcción de un «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJCE *Krombach c. Bamberski*, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, julio-diciembre de 2000, pp. 593-617, disponible en: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC\\_008\\_217.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_008_217.pdf)

<sup>39</sup> Álvarez, Santiago, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, en Pareja Alcaraz, Pablo (coord.), *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, pp. 146-181, disponible en: [https://www.academia.edu/6232084/\\_Orden\\_p%C3%BAblico\\_europeo\\_versus\\_orden\\_p%C3%BAblico\\_internacional\\_de\\_cada\\_Estado](https://www.academia.edu/6232084/_Orden_p%C3%BAblico_europeo_versus_orden_p%C3%BAblico_internacional_de_cada_Estado).

<sup>40</sup> Para abundar en el marco jurídico de la Unión Europea, véase Linde Paniagua, Enrique *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, 2a. ed., España, Colex, 2005.

<sup>41</sup> Niedrist, Gerhard, “Las cláusulas de los derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/cmt/cmt16.pdf>.

Al respecto, cabe señalar que existe una inquietud entre los Estados miembros de la UE respecto a si sus normas del orden público van a llegar a desplazar a las normas de los correspondientes órdenes públicos nacionales, o a conjugarse con éstas y al final conformar un solo orden público. Este es un tema aún no resuelto.

A manera de conclusión podemos expresar que las instancias supranacionales europeas son las que al día de hoy tienen la facultad para definir y desarrollar las normas de orden público en la UE, y que dicho concepto está vinculado tanto a normas de derechos humanos como a principios fundamentales de ella misma.<sup>42</sup>

#### IV. EL OPI (¿HACIA UN ORDEN PÚBLICO GENERAL?) COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL

Derivado de todo lo antes expresado, surge la pregunta si podemos afirmar la existencia de un orden público general a partir del desarrollo y armonización de los tres órdenes públicos existentes —nacional, internacional y comunitario— vía la conexión de sus elementos comunes, a saber: los contenidos de derechos humanos; asimismo, a partir de la resolución de los conflictos de leyes que se den por la interacción de sus normas, en donde los aspectos más destacados serán la limitación de los efectos de las normas en los diferentes órdenes jurídicos fundados en la protección y defensa de valores jurídicos o bienes superiores, considerados fundamentales.

En ese orden de ideas, el orden público general se podría conformar a partir de normas de derechos humanos y además de principios fundamentales, tanto de derecho internacional (base también del orden comunitario) como de principios generales del derecho (normas comunes a cualquier orden jurídico), todas ellas encaminadas a la protección de los derechos humanos (individuales o colectivos) y a la ubicación del individuo como el centro del universo del derecho.

En esa cronología de ideas, este orden público general, al final, podría ser igualmente aplicable a los tres ámbitos y no privativo de un ordenamiento jurídico, atendiendo a que el reconocimiento de validez de sus normas se dé igualmente en los tres órdenes: nacional, internacional y comunitario. Constituyendo así un estándar mínimo de derechos básicos y fundamentales que propicien el mantenimiento regular y el funcionamiento de los diferen-

---

<sup>42</sup> González González, Rossana, *op. cit.*, pp. 593-617.

tes órdenes jurídicos y de sus instituciones, fundado en un principio de soberanía estatal con base en los nuevos desarrollos del derecho internacional.<sup>43</sup>

Finalmente, a este orden público general cabría agregar una función más, que es la que refiere Jordi Palou Loverdos: el principio de la “prevención general”, institución que ha contribuido al desarrollo de un criterio generalizado en torno a la determinación de ciertas conductas como prohibidas y graves en el derecho internacional, y de forma indirecta ha conducido al establecimiento de valores sociales colectivos recogidos por el derecho, con el fin de facilitar la paz y la justicia a nivel internacional. Como ejemplos de dichos valores tenemos el principio de “interés de la justicia” y su reconocimiento en los ordenamientos internos.<sup>44</sup> Este principio, con sus particularidades, indudablemente también podría ser parte de ese orden público general.

Finalmente, parafraseando un poco a Nash, podemos destacar que a fin de alcanzar ese *corpus iure* de protección, o ese orden público general, compuesto de normas superiores, fundamentales y comunes a los diversos órdenes existentes, es que se debe mirar a los diferentes sistemas jurídicos como una integralidad, en donde sus normas, instituciones y prácticas juris-

---

<sup>43</sup> Alcaide Fernández, Joaquín, “Orden público y derecho internacional. Desarrollo normativo y déficit institucional”, en Vargas Gómez-Urrutia, Mariana y Salinas de Frías, Ana, *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. 1, España, Universidad de Córdoba-Universidad de Sevilla-Universidad de Málaga, 2005, pp. 91-116.

<sup>44</sup> “La regulación y el enjuiciamiento de estos crímenes, que afectan a toda la humanidad, no sólo son importantes para acabar con la impunidad que han disfrutado históricamente los criminales genocidas, criminales de lesa humanidad, criminales de guerra y terroristas de Estado que han masacrado y subyugado a pueblos enteros —en su mayor parte, población civil inocente—, sino, también y sobre todo, como realización del principio liberal jurídico-penal de la *prevención general* propuesto hace casi dos siglos por Feuerbach y Bentham y recogido ampliamente por la doctrina jurídico-penal. Me refiero al aspecto negativo de la «prevención general», esto es, la intimidación —ahora ya globalizada— de que estos crímenes no quedarán sin castigo en la jurisdicción nacional o internacional que sea competente, y que sus responsables deberán, tarde o temprano, responder ante sí y ante la comunidad internacional por sus atroces crímenes, resultando cada vez más difícil que estos criminales se paseen libremente por el mundo sin miedo a ser inquietados o detenidos cuando van a recoger fuera de sus países de origen el producto del expolio que a menudo tienen depositado en cuentas bancarias o cajas de seguridad en el extranjero. Pero me refiero también al aspecto positivo de la referida prevención general, a la función informativa de las conductas que están prohibidas y de la afirmación de los valores sociales colectivos recogidos por el Derecho para facilitar la paz social, en este caso internacional”, en Palou Loverdos, Jordi, *Crímenes de guerra contra españoles, ruandeses y congolese en África Central (1990-2006). El conflicto de los grandes lagos desde la perspectiva de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, p. 6, disponible en: [www.rei.org](http://www.rei.org)

prudenciales permitan al individuo invocar tanto en el plano nacional como supranacional, la normativa en materia de derechos humanos, para recurrir expeditamente a la instancia jurisdiccional nacional o internacional<sup>45</sup> competente a fin de obtener la satisfacción de sus demandas.

Sin duda, las interacciones existentes entre los diferentes ordenamientos jurídicos y el desarrollo de sus correspondientes órdenes públicos pueden constituir un factor importante en el proceso de conformación y creación de las normas comunes y fundamentales que se adscriban al orden público general. Esto puede propiciar el desarrollo de las normas de derecho internacional de los próximos años.

Resta decir que el desarrollo de las normas de orden público relativas a derechos humanos, particularmente las correspondientes al derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional y derechos de los migrantes, ha sido de manera acelerada en los últimos años, y parecen encaminarse a contenidos comunes en los diferentes órdenes existentes, por lo que pudiera vislumbrarse un desarrollo en igual medida de las normas del derecho internacional, vía la conformación de su orden público a partir de estos contenidos.

Recordemos que en la doctrina internacional a estas ramas del derecho internacional se les ha denominado el “núcleo duro”, de ahí que me atrevo a llamar a dichas normas, en tanto componentes y desarrolladoras del orden público, como las normas del “núcleo duro del derecho en general”.<sup>46</sup>

Finalmente, es de destacar que los contenidos de las normas de orden público tanto en el ámbito nacional como supranacional no se expresan sólo como derechos sustantivos, sino como derechos adjetivos, lo que nos puede dar la idea de la conformación de un orden público general, básico y más o menos completo.

Así, por ejemplo, las normas correspondientes a derechos humanos, tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, los recursos útiles y efectivos, el principio de complementariedad, el principio de subsidiariedad, la legalidad, la presunción de inocencia, la garantía de audiencia, el derecho a la no autoincriminación, etcétera, son derechos que gozan de un reconocimiento generalizado, en todos los órdenes y son considerados fundamentales, valiosos y, por ello, vinculantes.

---

<sup>45</sup> Nash Rojas, C., *op. cit.*, pp. 227 y 228.

<sup>46</sup> Cançado Trinidad, Augusto *et al.*, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana, derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2003.

Citando a Julio Barberis, los principios generales del derecho son normas que forman parte tanto del orden jurídico internacional<sup>47</sup> pero también del orden jurídico nacional, sólo que son normas de aplicación supletoria; esto es, que se pueden invocar cuando falte la norma supranacional o nacional, a fin de complementar el ordenamiento jurídico en cuestión.

Así, el orden público general estaría conformado por un conjunto de normas esenciales y fundamentales, además comunes y constantes en todo sistema jurídico en razón de su contenido, que ejercen un control dentro de cada ordenamiento. De ahí que hemos tenido a bien denominarle “orden público del derecho en general” u “orden público general”. Esto para referirnos a la existencia de un solo orden público, que vislumbramos en formación a partir de contenidos comunes, particularmente de derechos humanos.

Este orden público general puede ser un factor importante no sólo para la armonización, conexión e interrelación entre los diferentes ordenamientos jurídicos existentes, sino también para el desarrollo del derecho en general, y particularmente del derecho internacional.

## V. CONCLUSIONES

Las normas que conforman el orden público en los diferentes ordenamientos jurídicos existentes, además de constituir un parámetro de validez, son instrumentos de control de dichos ordenamientos, y vía la definición de los contenidos de sus normas y su desarrollo inciden en el desarrollo de un número importante de normas internacionales, particularmente en el ámbito de los derechos humanos.

A partir de la determinación de los contenidos y desarrollo de los diferentes órdenes públicos, nacional, internacional, del derecho comunitario o general, se da paso también a una fuente material de normas del derecho internacional derivado del reconocimiento de otras normas de orden público propias del ordenamiento jurídico en cuestión y que sirven de fundamento y legitimidad de las demás normas internacionales, a las que les adscriben imperatividad y jerarquía dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos existentes.

---

<sup>47</sup> Barberis, Julio A., “Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 14, julio-diciembre de 1991, pp. 11-41, San José de Costa Rica, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/14/dtr/dtr1.pdf>, consultado el 28 de abril de 2015.

## CAPÍTULO TERCERO

### ACERCA DE LA INDETERMINACIÓN DE COSTUMBRES, PRINCIPIOS GENERALES Y *IUS COGENS*: UNA MIRADA DESENCANTADA A LA SAGA *FERRINI*

Alberto PUPPO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Acerca de la definición y del mito de las costumbres y de los principios generales*. III. *Un caso claro de indeterminación de las fuentes: la saga Ferrini*. IV. *Conclusión*.

#### I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo toma como punto de partida una constatación: el conjunto de fuentes del derecho conocidas como fuentes del derecho internacional no tiene mucho que ver con las fuentes del derecho interno con las cuales los constitucionalistas están acostumbrados a trabajar. Esto significa que el acercamiento al estudio de las fuentes internacionales debe plantearse de manera diferente, tomando en cuenta la particularidad del derecho internacional.

Tal constatación puede hacerse si se dirige la mirada, en particular, a tres fuentes del derecho internacional, que son la costumbre, los principios generales y el *ius cogens*. Estas fuentes son al mismo tiempo de difícil conceptualización (sus definiciones son imprecisas), de difícil identificación (como fuentes) y de difícil aplicación (como normas expresadas por —o implícitas en— ellas).

Por lo anterior, y para utilizar una distinción que se ha vuelto banal, podría decirse que un caso en el que se plantee la aplicación de una costumbre, de un principio general o de una norma de *ius cogens*, es siempre un caso no claro y/o difícil. La dificultad de un caso, en el conocido debate entre formalistas y realistas (y sus versiones moderadas) muy a menudo tiene una connotación semántica. Una forma habitual de referirse a la falta de claridad sobre una característica que el lenguaje jurídico comparte con el

lenguaje natural es su textura abierta.<sup>1</sup> Así, en muchos casos, los jueces deben usar su discreción para determinar el significado de un texto normativo y consecuentemente una solución para el caso. Otras veces, desde una perspectiva dworkiniana,<sup>2</sup> el caso es difícil aunque los textos no sean semánticamente controvertidos, cuando manifiestamente las reglas aplicables parecen entrar en conflicto con algún principio o no encajar con el derecho (de uno u otro país) visto bajo su mejor luz, lo que obliga a los jueces a buscar en la moralidad política la solución correcta para el caso.

La dificultad de la que estoy hablando no se reduce ni a la primera, por así decirlo semántica, ni a la segunda, que podría denominarse moral o sustantiva. Se trata, en primer lugar, de una dificultad epistémica, relacionada con la verdad de una proposición que afirma la existencia de una determinada fuente. Una vez formulada lingüísticamente la fuente (que en nuestro caso son costumbres, principios generales y *ius cogens*, que por definición no es escrita), intervienen los problemas semánticos, que fatalmente se juntan con los problemas sustantivos.

La diferencia es importante, y un ejemplo sencillo permite destacarla. Por ejemplo, una ley federal puede ser de difícil interpretación, porque en ella aparecen términos vagos, o de aplicación controvertida en la medida en que su aplicación puede, según algunos, producir consecuencias social, moral o económicamente indeseables. Pero, entre todos los contendientes nadie, sospecho, argumentaría en el sentido de la no existencia de la ley federal. Algún constitucionalista, orgulloso de los avances del derecho positivo de varios países en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes, podría rebatir que de una ley federal podemos decir que es inconstitucional, y esto, en ciertos casos, podría tener efectos parecidos a aquellos que derivarían de la indeterminación en la identificación misma de las fuentes.

Este hipotético constitucionalista, sin embargo, sólo estaría dando prueba de su ingenuidad, ya que sólo puede ser inconstitucional una ley cuyo contenido normativo (que se formula una vez interpretado el texto legislativo) parece incompatible con algún contenido normativo constitucional (que igualmente presupone un acto de interpretación constitucional). Así que todo lo relevante que puede ocurrir, y terminar por una declaración de inconstitucionalidad, presupone un acuerdo sobre la existencia de las dos fuentes, la legislativa y la constitucional. Con ello quiero demostrar que, incluso, las cuestiones interpretativas más controvertidas muy a menudo se construyen sobre la base de una no controvertida identificación de las fuentes, por un lado el texto constitucional, por el otro una ley federal.

<sup>1</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

<sup>2</sup> Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

La misma realidad de las fuentes no escritas impone una prueba difícil al positivismo jurídico, que hoy tiende a limitarse a defender la tesis conocida como “de las fuentes sociales”. Autores como Raz<sup>3</sup> ejemplifican lo que constituye una fuente social, entre otras cosas, a partir de la actividad legislativa. Un observador mínimamente informado puede identificar la existencia de aquella fuente que llamamos “ley” a partir de la observación de un conjunto de hechos sociales, que van de las discusiones en la arena parlamentaria, la redacción de proyectos de ley, la votación, y en última instancia la publicación del texto de la ley, que se distingue muy a menudo por un número, una fecha y a veces por un título.

Lo mismo aplicaría (casi) sin dificultad a los tratados internacionales, por lo menos a aquellos registrados ante la ONU. Pero si dejamos de lado a los tratados internacionales, ¿cuáles serían estos hechos sociales que nos permiten identificar al derecho internacional a partir de sus fuentes? Una respuesta dogmática, por parte de un internacionalista que compitiera en ingenuidad con el mencionado constitucionalista, invocaría la práctica repetida de los Estados y las actitudes capturadas por la noción mágica de *opinio iuris* (en el caso de la costumbre), o la práctica de la aceptación y del reconocimiento por la comunidad internacional (en el caso del *ius cogens*), etcétera.

A continuación, analizando las nociones de costumbre, de principios generales y de *ius cogens*, sugeriré que a pesar de tratarse de tres fuentes aparentemente distintas (siempre y cuando se rechace la existencia de un derecho natural), se trata del mismo fenómeno —del mismo hecho social—; es decir, un derecho de creación jurisprudencial. Las diferentes expresiones que se utilizan sólo traducen la exigencia, variable según el contexto, de ocultar este poder creativo, potencialmente arbitrario. Esto no significa que no exista la posibilidad de afirmar la existencia de una norma de fuente consuetudinaria o de *ius cogens* antes de que un juez la use para fundamentar su decisión. Esto resulta obvio, por lo menos, en el caso de las normas de fuente consuetudinaria, dado que existe un trabajo constante de “codificación” por parte de la doctrina. Lo que sostengo es que en el caso de estas fuentes, su misma individuación, como fuentes, se determina en el momento de su invocación por el juez, mientras que en el caso de una norma de fuente convencional, la existencia de uno u otro artículo de un tratado no está en discusión, siendo que sólo queda en las manos de los jueces la individuación de las normas expresadas por tal fuente, y no la individuación de la fuente misma.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Raz, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, Coyoacán, 2011.

<sup>4</sup> Sobre la distinción entre individuación de las fuentes e individuación de las normas expresadas por las fuentes, véase Sucar, G., *Concepciones de derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 160 y ss.

La arbitrariedad potencial en esta actividad de individuación puede derivar del hecho mismo del ocultamiento. Si los jueces que invocan costumbres, principios generales o *ius cogens* admitieran que lo que hacen es crear una norma jurídica para el caso presente y para potenciales casos futuros, harían consecuentemente un esfuerzo considerable para justificar tal acto de creación. En pocas palabras, en ciertos casos los jueces no pueden evitar la creación de nuevas normas jurídicas. Las dos opciones consisten en decirlo y hacer, por lo tanto, un esfuerzo argumentativo para justificar dicha creación, o no decirlo; esto es, disfrazar su creación bajo el manto de fuentes como la costumbre, los principios generales o el *ius cogens*.

No se trata simplemente, como ha sido ampliamente demostrado por la teoría del derecho y de la interpretación de corte realista,<sup>5</sup> de afirmar el carácter creativo de la actividad que consiste en atribuir un significado a ciertas fuentes escritas cuyos términos son equívocos y vagos. Aquí se trata de algo más radical. Es la misma fuente que resulta determinada por el juez, no solamente la norma expresada por ella, sino la fuente misma. Que exista o no el hecho de la costumbre (como fuente de normas consuetudinarias) resulta determinado por el juez.

Además, si se renunciara a la ficción epistémica del descubrimiento de dichas fuentes —cuya supuesta existencia sería, en un sentido, dada— podría manifestarse con más claridad la práctica judicial que consiste en identificar libremente tales fuentes y las normas que de ellas se derivan. ¿Cuál sería la utilidad de tal transparencia? Esto permitiría una mejor comunicación entre distintas jurisdicciones, sobre todo entre aquellas que no pertenecen al mismo sistema jurídico. En la medida en que las fuentes existen y son identificadas a partir de las decisiones de los jueces, por un lado, y en la medida en que éstos niegan lo anterior, por el otro, resulta imposible identificar una práctica social que pueda constituir un referente, si no es que cierto, por lo menos relativamente estable, al que todos podrían apelarse al momento de identificar el derecho internacional aplicable.

Dicho en términos hartianos,<sup>6</sup> una regla de reconocimiento de un hipotético sistema jurídico internacional sólo puede emerger de la praxis si los participantes más relevantes, esto es, los jueces internacionales (que muy a menudo son, contrariamente a lo que pasa con los jueces nacionales ordinarios, juristas destacados) y los jueces supremos nacionales (esto es, de las supremas cortes o de las cortes constitucionales, quienes, en algunos, si no es

---

<sup>5</sup> Tal opinión parece tan generalizada que se ha podido afirmar que hoy todos somos realistas. Véase Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>6</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*

que en todos los casos, también pueden ser juristas destacados) entablan una virtuosa y transparente cooperación. Sólo tal cooperación podría limitar la indeterminación de las fuentes del derecho internacional.

Por una parte, este trabajo se concentrará en demostrar el carácter indeterminado de las nociones de costumbre, principios generales y, aunque indirectamente, *ius cogens*. Por otra parte, reconstruiré un caso claro de indeterminación de la fuentes, que por su complejidad —y por implicar más de una decisión— denominaré la “saga *Ferrini*”.<sup>7</sup>

## II. ACERCA DE LA DEFINICIÓN Y DEL MITO DE LAS COSTUMBRES Y DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Las fuentes formales listadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluyen a la costumbre y a los principios generales, pero no al *ius cogens*, que sólo ha aparecido en un texto normativo internacional en 1969, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

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, y
  - d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

---

<sup>7</sup> Se trata de una saga, ya que estuvieron implicados no sólo la Corte di Cassazione Italiana (Sentenza no. 5044/2004, *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, del 11-3-2004, y Ordenanza no. 14201/2008, *Repubblica federale di Germania c. Mantelli y otros*, del 29-5-2008), sino también la Corte Internacional de Justicia (*Jurisdictional Immunities of the State-Germany vs. Italy*; *Greece Intervening, Judgment*, 3-2-2012), y la Corte costituzionale italiana (Sentenza no. 248/2014). En este trabajo me concentraré en las cuestiones planteadas por los jueces italianos en 2004 y en 2008.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieren.

Solamente en 1969, las normas de *ius cogens* han sido introducidas como criterios de validez de los tratados. Así reza el artículo 53:

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

La noción de *ius cogens* ha tenido, desde los debates que precedieron la adopción del Tratado, ardientes opositores y defensores. Más allá de la cuestión, superada por la realidad del derecho positivo, sigue poco clara la naturaleza autónoma de tal fuente. En efecto, cabe la duda de que el *ius cogens* no sea una fuente, sobre todo entre aquellos que piensan que una norma de *ius cogens* es siempre una norma que deriva de una fuente formal, tratado, costumbre o principios generales y que sólo se distingue por su importancia, y no por su fuente distinta.<sup>8</sup>

No es importante determinar si tiene crédito o no la tesis de la autonomía del *ius cogens* como fuente o su negación; ello en la medida en que, en definitiva, el objeto del presente trabajo es la indeterminación de una categoría de fuentes, que puede o no incluir al *ius cogens*.

El análisis de las tres fuentes permite captar una suerte de evolución: si las costumbres podían ser fácilmente interpretadas como resultado del comportamiento convergente de los Estados, y los principios generales como principios aceptados por las naciones civilizadas —es decir, las más poderosas—, con el *ius cogens* parece cortarse definitivamente la conexión entre la existencias de normas y un elemento “empírico”, y, por lo tanto, externamente observable.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> He profundizado la noción de *ius cogens* en Garibian, S. y Puppo, A., “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomía*, núm. 36, 2012, pp. 7-47. Allí se hallan las referencias bibliográficas, desde Vitoria hasta Robert Kolb.

<sup>9</sup> Por cierto, la definición del *ius cogens* remite a un criterio aparentemente empírico, “la aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Mi sospecha es, sin embargo, que no existe nada, empíricamente observable, que corresponda a

Esta evolución, si mi intuición es correcta, no es tanto una evolución de la realidad, sino una evolución de las actitudes hacia las jurisdicciones internacionales y en particular respecto de la tarea que éstas deben llevar a cabo. Bajo esta perspectiva, no dedicaré un análisis específico al *ius cogens*, ya que lo que mostraré de costumbres y principios generales aplicaría, *a fortiori*, a las normas de *ius cogens*. Esta elección se justificará también a la luz de la saga analizada en la siguiente parte, en donde los jueces parecen pasar, para resolver dos casos idénticos,<sup>10</sup> de un argumento basado en normas de *ius cogens* a un argumento basado en la costumbre sin mayores dificultades, y sin que la realidad hubiera cambiado.

Los estudios teóricos sobre las fuentes, en particular sobre la costumbre internacional, son particularmente numerosos.<sup>11</sup> No es mi intención analizar todo lo que se ha dicho al respecto, ni siquiera las tesis más originales. Por ello me limitaré, por lo que se refiere a la doctrina internacional, a pocas fuentes bibliográficas, insistiendo sobre algunas que tienen, por lo menos, el mérito de estar entre las primeras.

En el estudio de la costumbre me basaré en unas intuiciones de Kelsen<sup>12</sup> de finales de los años treinta del siglo pasado, y una contribución reciente de Schauer;<sup>13</sup> por lo que se refiere a los principios generales, mi análisis se inspira de un estudio de Kopelmanas<sup>14</sup> sobre el génesis del artículo 38 del

---

tal aceptación y reconocimiento. No ignoro los intentos hechos en tal sentido; por ejemplo, los que invocan las declaraciones (y, en general, las posturas) de la Asamblea general de la ONU; lo que me parece no obstante más significativo es la forma en que algunos jueces, primeros entre todos los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, terminan identificando normas de *ius cogens*, a veces, en contra de la evidencia empírica”, en Drnas de Clement, Z., “Las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustantiva”, en *id.* (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. I, Córdoba, Editora Córdoba, 2002. Analiza, por ejemplo, el caso de la supuesta norma de *ius cogens* que prohíbe e impone castigar los actos de desaparición forzada.

<sup>10</sup> En el caso *Ferrini* se invoca, al menos implícitamente, al *ius cogens*, mientras en el idéntico *Caso Mantelli* se invoca la costumbre.

<sup>11</sup> Me limito por lo tanto a reenviar a una sola obra que combina perfectamente una reconstrucción de la teoría clásica de la costumbre internacional y una perspectiva cercana a la que adoptaré en este trabajo: Kammerhofer, J., *Uncertainty in International Law. A Kelsenian perspective*, Oxon-New York, Routledge, 2010, cap. 3.

<sup>12</sup> Kelsen, H., “Teoría del derecho internacional consuetudinario”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 21, 1974, pp. 231-258 (de aquí en adelante TDC).

<sup>13</sup> Schauer, F., “Pitfalls in the Interpretation of Customary Law”, in Perreau-Saussine, Amanda & James Bernard, Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 13-34.

<sup>14</sup> Kopelmanas, L., “Quelques réflexions au sujet de l’article 38, 3° du Statut de la Cour permanente de justice internationale”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1936, t. 43, pp. 285-308.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; esto me llevará a formular algunas conclusiones sobre la naturaleza y la función de dichas fuentes.

### 1. *Kelsen y la teoría del derecho consuetudinario*

La centralidad de la costumbre en la obra de Kelsen está relacionada con su teoría monista.<sup>15</sup> Si se considera que el derecho constituye una unidad, derecho nacional y derecho internacional tienen un único fundamento de validez. Si este fundamento se busca en el derecho internacional, dice Kelsen, habrá que constatar que la norma fundante básica del derecho internacional “establece a la costumbre de los Estados como un hecho productor de derecho”; tal norma fundante básica reza que “los Estados —es decir, los gobiernos estatales— deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada”.<sup>16</sup> En pocas palabras, “el problema de la norma fundamental del derecho internacional es el problema del fundamento de validez del derecho internacional consuetudinario”.<sup>17</sup>

Kelsen identifica perfectamente la ambigüedad del concepto de costumbre, que al mismo tiempo puede significar un método de creación del derecho o una norma creada en virtud del primero. La costumbre se erige en el abismo que separa el mundo de los hechos y de las normas, mundos, para Kelsen, ontológicamente inconmensurables. Más precisamente, Kelsen critica la formulación del artículo 38 del Estatuto de la CIJ en la medida en que define la “costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.<sup>18</sup>

Según él, tal formulación resulta de la influencia de la doctrina francesa, representada en particular por Duguit, convencida de la existencia de un derecho objetivo, del cual, justamente, la costumbre podría ser una prueba.<sup>19</sup> Más allá de tal dudosa herencia, el problema es ontológico: “una práctica no puede ser aceptada como derecho, porque el derecho es norma y

---

<sup>15</sup> Sobre el monismo kelseniano, véase Puppo, A., “El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2015, pp. 35-66.

<sup>16</sup> Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 227.

<sup>17</sup> TDC, p. 238.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 239.

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

la práctica es un hecho”.<sup>20</sup> Kelsen formularía así, el mismo artículo: “La corte aplica... las normas cuya validez, en tanto regla de derecho, es aceptado por una costumbre general”.<sup>21</sup> Dado que para Kelsen la validez es la existencia específica de las normas jurídicas, la costumbre como tal no es derecho, sino una fuente social cuyo sentido puede ser un deber. Pero tal significación normativa no está dada en la naturaleza: sólo una costumbre puede expresar una norma jurídica si se presupone una norma fundante básica en virtud de la cual la costumbre es un hecho productor de derecho. Si no se suscribe a la problemática teoría de la norma fundante básica, el riesgo es dejarse seducir por las sirenas de lo que Kelsen llama “dualismo jurídico”, según el cual existiría un derecho más absoluto, por encima del derecho positivo.<sup>22</sup>

El escepticismo kelseniano se funda sobre su convicción de que tal dualismo refleja una tendencia ideológica, el “subjetivismo puramente arbitrario, presuntuoso de poder afirmar la existencia, en el seno de la consciencia social del grupo o de cualquier otro dominio, de normas jurídicas diversas a las que han tomado forma concreta... creadas mediante el procedimiento usual del derecho, por la legislación o por la costumbre”.<sup>23</sup> Al fin y al cabo esta ideología de la costumbre termina confundándose con una teoría del derecho justo: el problema queda sin solución en la medida en que existen tantas opiniones sobre lo que es jurídicamente justo como juristas que estudian el concepto de costumbre.

Sólo queda entonces la humilde concepción de la costumbre como método de creación de derecho. Aun así los problemas no desaparecen, y Kelsen los identifica con lucidez al momento de profundizar la noción de *opinio iuris*, central en la concepción tradicional —dominante entre los juristas positivistas— de la costumbre jurídica.

Tal elemento subjetivo tiende a reducirse a la convicción de “ejecutar una norma ya en vigor”;<sup>24</sup> pero esta convicción sólo puede representar el elemento subjetivo, volitivo, de una norma que está en proceso de creación, y que por definición aún no existe. Entonces la teoría de la *opinio iuris* nos obliga a pensar que la costumbre nace de un error.

Si se rechaza la teoría del error, quedan dos alternativas: o se afirma que sí preexiste una norma, pero se trata de una norma moral, que quizá existe

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 242 y 243.

en la conciencia social (con lo cual se vuelve a la ideología recién mencionada); o se admite que no existe ninguna obligación, y que “los actos constituyentes de la costumbre son, objetivamente, efectuados libremente, tanto como lo son en la conclusión de un tratado”.<sup>25</sup>

A pesar de todos estos elementos que llevan a dudar de la objetividad de la costumbre, se reconoce que cuando los jueces aplican una costumbre su discurso es perfectamente descriptivo, como si el trabajo de identificación de la fuente no fuera menos mecánico que el que consiste en la identificación de una fuente escrita. El secreto de tal actitud se esconde en la ausencia de un auténtico proceso heurístico: los jueces no buscan la prueba de la existencia de la costumbre, y por ello pueden presentar sus hallazgos como obvios. La prueba no se presenta, no por ser obvia, sino por ser imposible de hallar.<sup>26</sup>

La conclusión a la que llega Kelsen es límpida. Eso significa que el órgano competente para aplicar una regla de derecho internacional consuetudinario es absolutamente libre para considerar al hecho de la repetición

---

<sup>25</sup> *Idem*, p. 245.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 246. Resulta fácil encontrar ejemplos concretos que ilustran el tipo de discurso que los jueces desarrollan tanto para afirmar como para negar la existencia de una costumbre. Resulta también fácil encontrar contraejemplos. Consciente de ello, mi afirmación no pretende reflejar una verdad absoluta, sino solamente algunas tendencias innegables. Para no encumbrar este trabajo con citas por lo demás conocidas (y además no contundentes, por lo dicho arriba) me limitaré a citar un extracto de la sentencia más relevante para nuestro trabajo, la sentencia ya citada *Alemania c. Italia*. En primer lugar la Corte afirma la existencia tanto de la práctica como de la *opinio iuris*: “En el presente caso, una práctica estatal particularmente importante se desprende de la jurisprudencia de los tribunales internos que fueron llevados a pronunciarse sobre la inmunidad de un Estado extranjero, de las leyes adoptadas por esos Estados que legislaron en el tema relativo a invocar la inmunidad por algunos Estados frente a tribunales extranjeros, al igual que de las declaraciones hechas por los Estados con ocasión del profundo examen que realizó sobre esta cuestión la Comisión de Derecho Internacional y después la Convención de Naciones Unidas. En ese contexto, la *opinio juris* se refleja sobre todo en la afirmación, por parte de los Estados que invocan la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otros Estados, que se pueden beneficiar, en virtud del derecho internacional, por medio del reconocimiento otorgado por parte de los Estados que acordaron dicha inmunidad, que consiste en una obligación que les impone el derecho internacional”, en “Traducción de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo relativo a las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (*Alemania c. Italia; Grecia-interviniente*), Decisión sobre el fondo” (trad. de Abello Galvis, R. y Ferrer Acuña, C.), *Anuario Colombiano de Derecho Internacional-ACDI*, vol. 6, 2013, pp. 163-255. En cuanto a la existencia de una costumbre cuyo rango de aplicación fuera más amplio, la Corte niega su existencia basándose en esta afirmación: “Si bien es cierto que los Estados deciden a veces acordar una inmunidad más amplia que aquella que impone el derecho internacional, para la presente instancia el reconocimiento de una inmunidad en dichos casos no tiene la *opinio juris* requerida” (traducción ligeramente modificada).

prolongada y constante de ciertos actos anteriores, como suficiente, o no, para constituir una costumbre creadora de derecho.<sup>27</sup>

Si se abandona el elemento psicológico de la *opinio iuris*, puede optarse por la identificación de lo que ha sido llamado el elemento moral de la costumbre: la costumbre se formaría en la medida en que corresponde a las “exigencias de la comunidad internacional, a las necesidades del orden jurídico”.<sup>28</sup> Pero “la respuesta a la cuestión de saber si una regla responde o no a la moral... depende del arbitrio absolutamente libre de aquel competente para aplicarla”.<sup>29</sup>

Kelsen concluye entonces que la función del elemento subjetivo, *opinio iuris* o elemento moral, es puramente ideológica: “disimular el papel importante, por no decir dominante, que desempeña en la creación del derecho consuetudinario el arbitrio del órgano competente para aplicar el derecho”.<sup>30</sup> En el mismo sentido fue el casi contemporáneo análisis de Kopelmanas, en el que hay que dudar de la exigencia de la *opinio iuris*: ¿qué significa actuar pensando estar obligado? ¿Obligado por qué tipo de norma? ¿Por el derecho positivo o el derecho natural? Su respuesta se basa sobre un hecho incontestable, que la creación de normas jurídicas por el proceso consuetudinario depende de las acciones del juez internacional. ¿Puede hablarse desde luego de la *opinio iuris* como si fuera el elemento constitutivo de la validez de la norma consuetudinaria? El autor piensa que no. El juez más bien investiga para saber si la regla corresponde a exigencias del orden internacional; si le parece ser así, el juez afirma la existencia de la norma consuetudinaria.

El análisis kelseniano reconstruido en esta sección se centró en el elemento subjetivo de la costumbre, dejando de lado la cuestión del elemen-

<sup>27</sup> TDC, p. 247.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*. Kelsen concluye entonces que la función del elemento subjetivo, *opinio iuris* o elemento moral, es puramente ideológica: “disimular el papel importante, por no decir dominante, que desempeña en la creación del derecho consuetudinario el arbitrio del órgano competente para aplicar el derecho”. En el mismo sentido es el análisis de Kopelmanas, “Custom as Means of the Creation of International Law”, *The British Year Book of International Law*, 1937, pp. 127-151. Según este autor (*cf.* pp. 142-144), hay que dudar de la exigencia de la *opinio iuris*: ¿qué significa actuar pensando estar obligado? ¿Obligado por qué tipo de norma? ¿Por el derecho positivo o el derecho natural? Su respuesta se basa sobre un hecho incontestable: que la creación de normas jurídicas por el proceso consuetudinario depende de las acciones del juez internacional. ¿Puede hablarse desde luego de la *opinio iuris* como si fuera el elemento constitutivo de la validez de la norma consuetudinaria? El autor piensa que no. El juez más bien investiga para saber si la regla corresponde a exigencias del orden internacional; si le parece ser así, el juez afirma la existencia de la norma consuetudinaria.

<sup>30</sup> TDC, p. 248.

to material. Un reciente análisis de Frederick Schauer parece mostrar que también la identificación del elemento material es más problemática de lo que la doctrina deja imaginar.

## 2. *Schauer y los problemas epistemológicos de la costumbre*

Schauer empieza destacando la necesidad de distinguir entre la interpretación y la creación de la norma consuetudinaria.<sup>31</sup> La ciencia del derecho internacional parece concentrarse sobre el problema de la interpretación, lo que parece dejar entender que su identificación sería algo evidente, una cuestión puramente empírica. Dejando de lado la *opinio iuris*, la imagen resultante de la doctrina es que hay prácticas generales y repetidas, y que sólo es necesario observar la realidad para identificarlas.

El autor dirige entonces cuatro críticas en contra de esta asunción, que reconstruiré a continuación.

En primer lugar —recuerda Schauer—, cuando alguien busca una costumbre, el resultado es a menudo la identificación de una costumbre determinada; sin embargo, este resultado, en muchos casos, podría haber sido diferente, es decir, que otras costumbres habrían podido ser identificadas. Existe una selección que, incluso no dependiendo necesariamente de las preferencias del intérprete, puede ser función de un conjunto de informaciones institucionales que hacen algunas costumbres más cognoscibles que otras. Esta información constituye el *background* institucional del intérprete. Es decir, que “la selección de lo que es interpretado puede en realidad ser más importante, respecto de un cierto resultado, que la interpretación misma de lo que ha sido seleccionado”.<sup>32</sup>

El segundo problema surge de la siguiente cuestión, ¿en qué medida el intérprete está ligado por el precedente? Es decir, ¿en qué medida la existencia de una costumbre previamente identificada por otros jueces vincula al intérprete? ¿Cuánto depende del seguimiento de una regla y cuánto de un juicio de valor? En algunos casos, y Schauer toma el ejemplo de la esclavitud, se afirma la prohibición de un comportamiento, no tanto porque esta prohibición se desprende del precedente, sino porque este comportamiento es juzgado como moralmente intolerable. Resurge aquí algo parecido al elemento moral, pero no para identificar el elemento subjetivo, sino para identificar la práctica misma.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Schauer, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22 (traducción mía).

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 23-26.

En tercer lugar, los que buscan una costumbre en un contexto práctico siempre están actuando con un fin. Se identificó desde entonces una costumbre que permite alcanzar este fin. Este argumento lleva a la misma conclusión que el precedente: una explicación o reconstrucción de las prácticas consuetudinarias del pasado parecerá mejor que otra, porque es moralmente preferible. Una de las razones que podría jugar un papel en esta selección podría ser la posibilidad de que los destinatarios entiendan la norma así identificada. Es decir, se seleccionará la norma que parezca la más aceptable en un momento dado, aceptable para los que son susceptibles de caer en el ámbito de aplicación de la norma.<sup>34</sup>

La última cuestión nos permite regresar a una afirmación de Kelsen. ¿Existe por una práctica consuetudinaria que exige una determinada conducta otra práctica igualmente justificada que exige la conducta contraria?<sup>35</sup> A este propósito, Schauer, en una nota, expresa una duda: quizá el principio mismo del derecho consuetudinario internacional fue reconocido cuando existía una creencia profunda de que habían dos grupos relevantes de naciones: las civilizadas y las no civilizadas.<sup>36</sup> Siendo entonces la identificación del derecho internacional un monopolio de las primeras, no existía probablemente un riesgo serio de desacuerdo en cuanto a las normas consuetudinarias necesarias para regular las relaciones entre naciones (civilizadas).

Como es sabido, la referencia a las naciones civilizadas aparece en la definición misma de los principios generales del derecho, no sólo en el artículo 38 (ya citado), sino también en los primeros textos que garantizan los derechos humanos, como la Convención Europea de Derechos Humanos, que en su artículo dedicado al principio de legalidad penal no duda en introducir una alarmante excepción: el principio de legalidad penal proclamado en el artículo 7o. dicta que “no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”.

El último punto destacado por Schauer sugiere profundizar la noción de principio general, en el entendido de que la diferencia práctica entre costumbres y principios puede resultar irrelevante; igual de irrelevante podría resultar —así como la jurisprudencia penal internacional ha demostrado (o

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 26-28.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 28-31.

<sup>36</sup> *Ibidem*, nota 38 p. 30: “Sospecho que cuando el principio del derecho consuetudinario fue por primera vez reconocido se creía totalmente que había sólo dos grupos relevantes de naciones, las «civilizadas» (o desarrolladas) y las «no civilizadas» (o atrasadas o primitivas)” (traducción mía).

más bien mostrado a su pesar)—<sup>37</sup> la distinción entre principios generales y normas imperativas; esto es, normas de *ius cogens*. Por otro lado, lo que constituye el elemento moral de la costumbre, por lo menos en la reconstrucción de Kelsen, parece recogido de la referencia a las normas aceptadas por la comunidad internacional, elemento de la definición de las normas de *ius cogens*. Una vez eliminada la referencia a las naciones civilizadas, resulta claro que, en términos conceptuales, la distinción entre costumbres, principios generales y *ius cogens* resulta por lo menos borrosa, y susceptible, como veremos en la conclusión de esta sección, y luego, al momento de reconstruir la saga *Ferrini*, de fáciles manipulaciones.

### 3. *El contexto antijudicial de la codificación de los principios generales como fuente formal*

Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas quizá existen en el discurso jurídico internacional desde la cláusula Martens:<sup>38</sup>

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Como puede fácilmente notarse, en esta clase están perfectamente mezclados los tres elementos que luego jugarán, aparentemente, el papel de elementos definitorios de, respectivamente, las costumbres, los principios generales y las normas imperativas de *ius cogens*; es decir, los usos, los principios reconocidos por las naciones civilizadas, y la humanidad y/o la conciencia pública.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Sobre este punto véase Garibian, S., *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, París, LGDJ, 2009. En donde se reconstruye, en particular, la forma en que los tribunales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda han usado los principios generales y las normas de *ius cogens*, haciendo de estas últimas normas algo poco distinguible de los principios generales.

<sup>38</sup> La cláusula de Martens fue formulada en el preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

<sup>39</sup> Sobre la relación compleja entre la cláusula Martens y los primeros usos, aún sin implícitos, de las normas de *ius cogens* por los jueces en Núremberg, véase Garibian y Puppo, *op. cit.*, pp. 14-16.

La positivización de tales principios se hace en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que atribuye a estos principios el carácter de fuente formal del derecho internacional general.

En un artículo de 1936,<sup>40</sup> Kopelmanas analiza las teorías dominantes que intentan explicar la naturaleza y el origen de estos principios,<sup>41</sup> para llegar a una doble conclusión. Por un lado, estos principios no son sino una creación jurisprudencial, ya que “Las reglas de los derechos internos han sido elaboradas por agentes que tienen exclusivamente una competencia nacional... Para que tengan fuerza jurídica en el orden internacional, deben recibir una conspiración especial por parte de un agente con competencia internacional. Podría pensarse aquí al juez que los aplica por primera vez en derecho internacional. Entonces, en lugar de principios generales de derecho, tendríamos una tercera fuente autónoma del derecho de gentes, la jurisprudencia”.<sup>42</sup>

Por otro lado, Kopelmanas sugiere que si no se formalizó la jurisprudencia internacional como fuente del derecho fue por la resistencia, dominante en esa época, hacia un tal reconocimiento debida en particular a la desconfianza hacia los jueces.<sup>43</sup> De hecho, el poder del juez de crear normas basándose en consideraciones de justicia fue incluida en el numeral 4 (numeral 2 en la redacción actual)<sup>44</sup> del artículo 38, pero subordinando esta actividad a la aceptación de las partes.<sup>45</sup>

La equidad, sin embargo, seguía escondida en la noción de principio general:<sup>46</sup> en último análisis, los numerales 3 y 4 terminan haciendo referencia a lo mismo; la presencia de ambos sólo se explica políticamente: la proposición francesa —permitir que se juzgara sobre la base de principios

---

<sup>40</sup> Kopelmanas, *op. cit.*

<sup>41</sup> El autor se refiere en particular a la opinión de Verdross, según la cual dice que “El juez internacional, decidiendo conforme a los principios generales de derecho, no obra para nada como legislador, sino que cumple un auténtico acto jurisdiccional, que consiste en aplicar una regla jurídica que ya existe a un caso particular” (traducción mía). Para una síntesis de las posiciones doctrinales al respecto, incluyendo aquellas que consideran a los principios generales como la encarnación del *ius cogens*, véase Vitanyi, B., “Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1982, pp. 48-116.

<sup>42</sup> Kopelmanas, *op. cit.*, p. 296 (traducción mía).

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>44</sup> El artículo 38 en su versión original tenía una estructura diferente. El numeral 1 se refería a los tratados, el 2 a las costumbres, el 3 a los principios generales y el 4, en su primer alineo a la jurisprudencia, y en su segundo a la equidad.

<sup>45</sup> Koplemanas, *op. cit.*, pp. 305-307.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 304.

de derecho o de justicia— encontró la firme oposición de Politis, quien aceptaba, como fuente, a los principios jurídicos, pero no a la justicia. Así que se autonomizaron los principios generales —en el numeral 3— y se creó un numeral especial, el 4, para la jurisprudencia (primer alinea) y la justicia y la equidad (segundo alinea), relegando, sin embargo, tales fuentes al rango de fuente subsidiaria, y subordinando la equidad al acuerdo de las partes.<sup>47</sup>

Otro argumento. Si estos principios no fueran sino el conjunto de los principios comunes a los Estados, entonces las letras c y d del actual artículo 38 serían redundantes. La jurisprudencia y la doctrina nacionales son una fuente auxiliar a los principios generales. No importa cuál sea la fuente material, es decir, la fuente del contenido de estos principios. Según el autor, estos principios se transforman en derecho internacional en la medida en que una autoridad internacional le reconoce una validez internacional. Y esto sucede cuando el juez internacional decide solucionar un caso invocando estos principios. Resulta de todo esto que, si estos principios existen, sólo pueden ser creaciones jurisprudenciales. Y, como tales, estos principios —reflejos de una realidad normativa reconocida por las naciones civilizadas— se imponen necesariamente a las fuentes tradicionales; es decir, a la costumbre y al tratado. Estos principios “deberían colocarse por arriba de las demás reglas jurídicas internacionales: jugarían, respecto de estas, el papel de una ley constitucional que prevalece sobre la ley ordinaria”.<sup>48</sup>

Al fin y al cabo si volvemos a las reflexiones de Kelsen y Schauer, los principios generales y las costumbres son la misma cosa, sólo cambia el discurso doctrinal que justifica su existencia. Cambia la práctica que se considera como “fuente”, pero no cambia el papel del juez, quien a partir de un análisis que, ya los sabemos, no es moralmente neutro, afirma la existencia de normas internacionales que no son la expresión, según la teoría voluntarista tradicional, del consentimiento (implícito) de los Estados, sino el fruto de las intuiciones político-morales de los mismos jueces internacionales: “la solución del problema de las fuentes del derecho depende de la manera en que el juez mismo ejerce sus funciones”.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 305. Por razones de espacio me limito a reconstruir el discurso de Kopelmanas, y no ofrezco una referencia directa a los debates. Los elementos textuales de los debates se encuentran, obviamente, en el texto del citado autor.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 297, nota 38. El autor se apoya en las posturas de De Vischerr, C., “Contribution à l’étude des sources du droit international”, *Mélanges Gény*, París, Sirey, 1934, pp. 389-399; y Scelle, G., “Essai sur les sources formelles du droit international”, *Mélanges Gény*, París, Sirey, 1934, pp. 400-430.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 307.

#### 4. *Conclusión: cuanto más indeterminadas tanto más victoriosas*

No es necesario profundizar más en la noción de principios generales, ya que desde algunos años la noción de *ius cogens* parece jugar el papel anteriormente jugado por aquéllos. Probablemente la definitiva identificación entre la fuente tradicional mencionada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte y la nueva fuente —ambas, en definitiva y respectivamente, hijas y nietas de la cláusula Martens— fue operada por los tribunales penales internacionales *ad hoc*, que empezaron a hablar, casi indistintamente, de los principios generales y de las normas imperativas.<sup>50</sup>

En otra ocasión he profundizado el concepto de *ius cogens*.<sup>51</sup> Una de las conclusiones a las que llegué fue que las normas de *ius cogens* quizá se definen por su carácter inderrotable. Esto significa que se reconoce una norma de *ius cogens* cuando, frente a un conflicto entre principios, o entre derechos, uno de estos principios tiende a tener mayor resistencia, esto es, tiende a no ceder el paso. Tales principios tendrían carácter de normas imperativas inderogables. Pero contrariamente a normas que son inderogables, por ser naturales (según una concepción clásica y iusnaturalista del *ius cogens*), tales normas positivas de *ius cogens* serían simplemente inderogables *rebus sic stantibus*; esto es, hasta que —en opinión de los jueces llamados a resolver los conflictos— los valores dominantes en la comunidad internacional no cambien las jerarquías axiológicas que constituyen el fundamento de la actividad judicial, por lo menos en los casos difíciles.

Es precisamente el análisis de un caso difícil que me permitirá concretar las reflexiones teóricas desarrolladas hasta aquí.

### III. UN CASO CLARO DE INDETERMINACIÓN DE LAS FUENTES: LA SAGA *FERRINI*

Para poner de relieve la riqueza y la variedad de los razonamientos que pueden desarrollarse cuando un juez tiene que aplicar fuentes internacionales esencialmente indeterminadas, es muy instructivo el caso *Ferrini*, juzgado inicialmente por la Corte di Cassazione italiana.

La saga *Ferrini* empieza con una demanda del señor *Ferrini*, quien solicita una reparación en virtud del perjuicio subido a razón de las conductas de los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Después de varias sentencias

<sup>50</sup> Sobre este momento tópico, véase Garibian, S., *op. cit.*, pp. 355-358.

<sup>51</sup> Garibian y Puppo, *op. cit.*

de los tribunales civiles italianos, se llega a la Corte di Cassazione, que reconoce su competencia y condena al Estado alemán.

En una decisión posterior, el *caso Mantelli*, un caso idéntico al *caso Ferrini*, la misma Corte llega a la misma decisión. Sin embargo, haciendo una reconstrucción distinta del derecho aplicable: en la primera decisión la Corte invoca un valor superior, la protección de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad, capaz de limitar el efecto de la norma consuetudinaria que impone al juez el respeto de la inmunidad jurisdiccional del Estado; en la segunda, deja entender que una nueva costumbre, tendiente a limitar la inmunidad jurisdiccional, parece haberse formado al reemplazar (o limitar el ámbito de aplicación de) la costumbre favorable al Estado.

Al hablar del *caso Ferrini*, hay que utilizar “caso” en sentido amplio, como, por así decirlo, “caso genérico”, ya que intervinieron distintas jurisdicciones: la Corte Internacional de Justicia se pronunció sobre un caso *Alemania c. Italia*, generado por la decisión del tribunal italiano en el *caso Ferrini*, y la Corte constitucional italiana, que esencialmente da la espalda al derecho internacional para reafirmar los valores fundamentales inscritos en la Constitución nacional, en particular el derecho a una garantía jurisdiccional efectiva, valores que habían implícitamente justificado la primera decisión en el *caso Ferrini*.

Para poner de relieve las complicaciones que derivan del tipo de fuente que resulta central en la construcción de los distintos razonamientos, habrá que identificar, primeramente, todas las cuestiones a las que explícita o implícitamente se enfrentan los jueces, para luego, a la luz de una reconstrucción de los argumentos esgrimidos, precisar la multitud de interpretaciones posibles en cuanto al derecho aplicable y/o efectivamente aplicado y destacar las confusiones persistentes.

### 1. *Los problemas planteados por la aplicación de una fuente no escrita*

El caso genérico podría desdoblarse en dos. Un caso genérico de competencia de los jueces nacionales, y un caso genérico de responsabilidad del Estado extranjero por graves violaciones del derecho internacional.

Hay que limitarse al primer caso, puesto que todas las divergencias entre los participantes se concentran alrededor de la cuestión relativa a la competencia del juez nacional o, visto desde otra perspectiva, alrededor de la cuestión relativa a la inmunidad del Estado frente a la jurisdicción de los jueces nacionales (de otro Estado, por supuesto).

La cuestión relativa a las graves violaciones del derecho internacional, o de los derechos fundamentales de algunos individuos, o a la comisión de ciertos crímenes de lesa humanidad, se comporta como una cuestión de hecho; de alguna forma de poco interés para un observador del razonamiento judicial, salvo a fines de competencia. De poco interés porque nadie, entre los participantes, niega que se hayan cometido crímenes, violado derechos humanos, etcétera. Esto se entiende perfectamente ya que se trata de conductas de los nazis durante la ocupación de Italia, hechos comprobados históricamente. Tampoco se cuestiona la responsabilidad del Estado alemán respecto de las víctimas. Es sabido que el Estado alemán nunca ha negado su deber de reparar.

Si se llega a solicitar la intervención del juez, es porque las víctimas que no se sintieron satisfechas por los acuerdos de indemnización intervenidos entre Alemania e Italia quisieron que las jurisdicciones civiles obligaran al Estado alemán a pagar una reparación.

Frente a tal demanda, la primera cuestión planteada por el Estado alemán fue la falta de competencia del juez italiano, en virtud de la norma consuetudinaria internacional, aplicable en Italia, que establece la inmunidad jurisdiccional del Estado.

Las cuestiones, que todos los participantes debieron contestar, fueron, esquemáticamente, las siguientes: 1) ¿existe una norma internacional que establece la inmunidad jurisdiccional de los Estados ante las jurisdicciones de otros Estados? Si tal norma existe; 2) ¿cuál es su naturaleza? ¿Es jurídica, moral, de etiqueta, convencional, consuetudinaria...? ¿Es una regla o un principio?; 3) ¿cuál es su formulación más adecuada? En particular, ¿cuál es su operador deóntico, obligatorio o permitido?; 4) Si tal norma existe y es jurídica, ¿es válida? Si tiene sentido plantearse la cuestión de su validez; 5) ¿con base en qué criterios se determina su validez? Independientemente de su validez; 6) ¿tal norma es aplicable al caso concreto? Para especificar la pregunta hay que formular dos preguntas más: 7) ¿cuál es la mejor descripción de los hechos y su calificación jurídica, por lo menos *prima facie*?, y 8) ¿cuál es el ámbito de aplicación de la norma? ¿Cuál es la mejor formulación del antecedente, esto es, cuál es la lista más completa y no controvertida de condiciones de aplicación de la norma?

Las preguntas que se formulan en el inciso 8 tienen también efecto, potencialmente, sobre la respuesta que se da a la pregunta 4. Es decir, que dependiendo de sus condiciones de aplicación, podrá apreciarse una eventual antinomia con una norma superior, o posterior, o especial, lo que podría implicar la invalidez de la norma.

La cantidad de las preguntas se explica por la naturaleza de la fuente *prima facie* aplicable. En efecto, la controversia, desde el principio, parece depender de los efectos, para las víctimas, de la aplicación de la norma consuetudinaria sobre inmunidad. Por ser el elemento inicial del problema una norma consuetudinaria, se explican otras preguntas que no tendrían sentido si se tratara, por ejemplo, de una fuente convencional, esto es, de un texto jurídico.

Hay que hablar de fuentes *prima facie* aplicables porque, tratándose precisamente de una costumbre, la misma cuestión de la existencia de la fuente puede ser cuestionada. Este problema —como lo he anticipado en la introducción— no afecta otras fuentes del derecho, incluso las más indeterminadas, como son las fuentes constitucionales. En efecto, aunque pueda existir una duda sobre el significado que debe atribuirse a ciertas formulaciones constitucionales, difícilmente se duda sobre la presencia en el texto constitucional de ciertas palabras, o sobre su operador deóntico. Si un texto dice que “los nacionales pueden votar”, puede existir una duda sobre el significado de “nacional” (¿todos o solamente los nacionales por nacimiento?); pero es claro que los nacionales pueden votar. La modalidad deóntica es la permisión, de lo cual puede inferirse *a contrario* la prohibición para los que no son nacionales, pero también la prohibición del voto obligatorio.

Admitamos ahora que en el *caso Ferrini*, como la mayoría de la doctrina ha reconocido,<sup>52</sup> entran en conflicto dos valores: la protección de los derechos humanos, por un lado, y la soberanía de los Estados, por el otro. Más allá de este acuerdo, sólo hay dudas.

En un contexto nacional, se llega a los valores a partir del análisis de las justificaciones subyacentes a ciertas reglas muy a menudo formuladas a partir de la interpretación de ciertos textos. Se llega a los valores porque se identifica un conflicto normativo, y para resolverlo (para solucionar el caso) hay que atribuir un cierto peso a los valores en conflicto; según una forma usual de describir esta situación, la solución deberá reflejar la mejor ponderación, esto es, proteger el valor que en el caso concreto tiene mayor peso.<sup>53</sup>

La identificación del conflicto no está en tela de juicio. El desacuerdo radica en cómo resolver el conflicto, no versa sobre su existencia. Para que exista un conflicto normativo deben existir por lo menos dos normas; en

---

<sup>52</sup> Dada la importancia del tema, la literatura al respecto es bastante copiosa. Véase, por lo menos, De Sena, P. y De Vittor, F., “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 1, 2005, pp. 89-112.

<sup>53</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

el caso de las fuentes escritas, por lo menos *prima facie*, es fácil identificar el conflicto potencial. Si un texto dice “La vida debe ser protegida desde la concepción”, y otro texto dice “El embarazo puede interrumpirse en las doce primeras semanas”, el conflicto potencial es obvio, así como es obvio también en el caso en que la primera formulación no especifique “desde la concepción”. En este segundo caso la interpretación restrictiva del primer texto puede hacer que el conflicto potencial no se actualice, pero nadie negaría que existen dos textos cuya aplicación simultánea podría crear algún tipo de problema a los juzgadores.

Por otro lado, ambos textos se caracterizan por un cierto origen —o, como dijo atinadamente Dworkin, un pedigrí—,<sup>54</sup> lo que significa, no solamente una cierta autoridad creadora, sino también una fecha, lo que en muchos casos puede ayudar a evitar el conflicto, en virtud de la aplicación de los clásicos criterios que dan prioridad a la fuente jerárquicamente superior o cronológicamente posterior.

Una última precisión es necesaria. Los autores que más se han ocupado de los conflictos entre derechos, por ejemplo Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, han insistido sobre una diferencia entre los conflictos entre principios y los conflictos entre reglas. Cuando dos principios constitucionales entran en conflicto, aunque uno de los dos deba ceder el paso al otro, ninguno de los dos pierde su validez, es declarado nulo o viene expulsado del sistema jurídico. Esto se justifica en la medida en que los principios se encuentran, y chocan, en el nivel más alto de la jerarquía normativa, así que, siendo ambos, por así decirlo, criterios últimos de validez de las demás normas inferiores, nunca el choque puede interpretarse como la violación de un principio por el otro, sino, más modestamente, como una dificultad práctica, consistente en no poder aplicar ambos simultáneamente.

Al contrario, un conflicto entre dos reglas puede resolverse por la declaración de invalidez de la norma inferior o anterior; eventualmente por la introducción de una excepción en la norma general. En todos los casos, el derecho cambia, o porque se elimina la norma inferior incompatible, o porque se modifican sus condiciones de aplicación (cuando se introduce una excepción). En el caso de los conflictos entre principios, las normas generales, antes y después la solución del conflicto, no cambian.

¿Qué pasa en nuestro caso genérico? ¿Es un caso de ponderación entre principios? ¿Es un caso de validez o invalidez de una norma inferior a la luz de una norma superior? ¿Es un caso de sucesión de una norma posterior a una anterior, esto es, un caso de validez resuelto en virtud de un

<sup>54</sup> Dworkin, *op. cit.*

criterio no jerárquico? ¿Es un caso de aplicabilidad de una norma de la que no se cuestiona la validez, pero de la cual se advierte la necesidad de precisar (reduciéndolo, esto es, introduciendo una excepción) su ámbito de aplicación?

En lo que sigue, intentaré reconstruir, a partir de la lectura de las dos sentencias italianas, *Ferrini* y *Mantelli*, unas respuestas posibles para todas las preguntas planteadas. Lo que ha seguido, esto es, la decisión de la Corte Internacional de Justicia y la decisión de la Corte constitucional italiana,<sup>55</sup> a pesar de tener una gran importancia política, son más las consecuencias y no parte de lo que quiero mostrar; esto es, de la indeterminación del derecho cuando entran en juego fuentes, como la costumbre, los principios generales o el *ius cogens*.

## 2. Dudas sobre la existencia de la norma consuetudinaria en materia de inmunidad

La cuestión de la existencia de una costumbre puede desdoblarse. En efecto, puede hablarse de la existencia de una costumbre cuando *prima facie* existen los dos elementos constitutivos de la costumbre (suponiendo que tal aseveración tenga sentido, lo que puede dudarse, en virtud de lo expuesto anteriormente). Pero todavía no sabemos qué costumbre existe, es decir, cuál es el contenido normativo de dicha costumbre.

Así que, en el caso concreto, podemos claramente distinguir tres preguntas. Por un lado el tribunal italiano se pregunta si existe una costumbre en materia de inmunidad. Por otro, se pregunta si la norma jurídica así identificada debe ser aplicada al caso concreto; esto es, a la demanda de reparación. En fin, en caso de respuesta positiva a la segunda pregunta, el juez puede dudar de la validez de tal norma.

---

<sup>55</sup> Alemania reacciona a la decisión en el caso *Ferrini*, introduciendo una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, sosteniendo que Italia, reconociendo su competencia para enjuiciar al Estado alemán, ha violado el derecho internacional, en particular la norma que establece la inmunidad jurisdiccional de los Estados. La CIJ establece que Italia ha violado una obligación internacional, aquella que prohíbe a las jurisdicciones nacionales ejercer su competencia respecto de un Estado (en virtud de la inmunidad jurisdiccional del Estado). En este mismo caso, el juez Cañado Trindade redacta una opinión disidente, en la que reconstruye el derecho aplicable de forma similar al juez italiano en el caso *Ferrini*, precisando el alcance, esto es, el ámbito de aplicación, de la norma sobre inmunidad de los Estados. Por su parte, la *Corte costituzionale* italiana se limita a reafirmar los principios constitucionales vigentes en Italia, sin meterse a una interpretación del derecho internacional.

A. *Existencia de una norma (no mejor identificada)  
sobre inmunidad aplicable al caso concreto*

¿Qué significa “no mejor identificada”? Como se anticipó en el apartado anterior, puede ser que más allá de las dudas sobre la naturaleza de la norma (regla o principio), y su contenido (tanto sus condiciones de aplicación como su modalidad deóntica), el juez propenda por la existencia de una norma *prima facie* aplicable al caso. En particular, dado el primer argumento del Estado alemán, tendiente a una declaratoria de incompetencia por parte del juez italiano, se entiende perfectamente que el tribunal analice el argumento de la existencia de la norma sobre inmunidad. La particularidad del caso italiano radica en que Italia no estaba sujeta al derecho convencional por no haber ratificado el Tratado en materia de inmunidad,<sup>56</sup> así que la fuente potencialmente aplicable era necesariamente una fuente no convencional. Al respecto, Alemania invoca la existencia de una norma consuetudinaria que impone el respeto de la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

Esta norma puede ser fraseada como principio o como regla. En el próximo apartado analizaré sus posibles contenidos; por el momento es suficiente constatar que los jueces aceptan la existencia de una norma jurídica en materia de inmunidad. Parecería también que aceptan que se trata de una fuente consuetudinaria. La fuente consuetudinaria caracterizaría sin duda el principio, mientras, eventualmente, podría cuestionarse si la fuente de las reglas correspondientes no deba reconducirse a la jurisprudencia. Dicho esto, no siendo el precedente una fuente formal como la costumbre o los principios generales, no parece ser un camino prometedor, para un juez que razona sobre fuentes internacionales, basarse en una fuente que califica como jurisprudencial. En la primera parte de este trabajo creo haber demostrado que es una cuestión puramente retórica, pero es un hecho que en términos retóricos es importante que el juez, sea cual sea su estrategia, atrinchere su fuente asociándola a una fuente formal tal como las mencionadas en el artículo 38.

B. *Existencia de una norma con un contenido precisamente  
identificado aplicable al caso concreto*

El principio podría rezar así: los jueces deben respetar la inmunidad soberana de los Estados, o bien debe respetarse la igualdad soberana de los

<sup>56</sup> Lo hizo, de hecho, después de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, con la consecuencia de que la Corte constitucional italiana, en la decisión citada, terminó declarando inconstitucional la ley italiana de ratificación.

Estados; el primer principio sería más concreto que el segundo; por ejemplo, el derecho de publicar una información en un periódico es más concreto que la libertad de expresión. Pero cuando se busca una regla aplicable a un caso, se hacen explícitas ciertas condiciones de aplicación que se han venido precisando a lo largo de la evolución del derecho internacional, a partir de una combinación de propiedades relevantes. Por ejemplo, se ha vuelto relevante la distinción entre actos *de iure imperii* y actos *de iure gestionis*,<sup>57</sup> la distinción entre acciones civiles y acciones penales, la distinción entre actos cometidos en el territorio del Estado en el cual tiene jurisdicción el juez y actos cometidos fuera de ese territorio.

La relación entre principios y reglas, si es que se acepta esta distinción, es bastante conocida. Un principio, al momento de buscar aplicación en un caso concreto, debe ver explicitadas sus condiciones de aplicación. Tal explicitación obedece, pragmáticamente, a las circunstancias del caso concreto, lo que permite la formulación, a lo largo de las aplicaciones del principio (y de sus potenciales conflictos con otros principios) de distintas reglas.

Dado el caso concreto, la pregunta es si existe una regla que impone al juez declinar su competencia en materia de responsabilidad civil, cuando se den las siguientes condiciones: a) que el Estado extranjero ha cometido crímenes de lesa humanidad cuyas víctimas demandan reparación, o b) que tales crímenes han sido cometidos en el territorio nacional del Estado cuya competencia jurisdiccional se está cuestionando.

La Corte profundiza las propiedades de las conductas del Estado alemán. Si es cierto que se trata de actos *de iure imperii*, es cierto también, y Alemania no contesta este punto, que se trata de crímenes internacionales. La intuición del juez es que resulta algo extraño que el derecho internacional ampare la comisión de crímenes internacionales. Si se tratara de una ley, de un texto creado por un legislador, el razonamiento habría podido asumir el carácter clásico de un argumento histórico: ¿Quiso el legislador incluir o excluir la comisión de los crímenes de lesa humanidad del ámbito de aplicación de la norma que establece la inmunidad jurisdiccional de los Estados? Tratándose de una fuente consuetudinaria y que no se habían dado casos en el pasado, resulta obvio que bajo este rubro sólo pueden darse conjeturas, ninguna de ellas dotadas de un sólido respaldo en las fuentes.

---

<sup>57</sup> Los jueces italianos no ponen en cuestión que se trate de actos *de iure imperii*. De otra opinión fue el juez Cançado Trindade, que en su opinión disidente formulada en el *caso Alemania c. Italia* propuso distinguir entre tres categorías y no dos, como tradicionalmente se hace. Más allá de los actos *de iure imperii* y los actos *de iure gestionis*, habría que contemplar los *delicta imperii*, para los cuales, según él, no valdría la inmunidad.

Lo que encuentra el juez, el caso más similar, es la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el *caso Al-Adsani*,<sup>58</sup> en el cual, por mayoría de un voto, se juzgó que debía prevalecer la inmunidad jurisdiccional del Estado aun cuando éste hubiera cometido actos de tortura. Sin embargo, como anticipé arriba, en este caso los actos de tortura habían sido cometidos fuera del territorio del Estado (el Reino Unido); ante esto, la víctima había hecho valer sus derechos.

Obviamente, tal razonamiento lleva a una de las siguientes conclusiones: tal regla existe o no. Si el juez termina su investigación por la negativa, entonces no hay que ir más lejos. Pero si el juez considera que sí existe la regla —a partir de su propio razonamiento basado en el principio consuetudinario que sólo establece, sin precisar las condiciones, el respeto de la inmunidad jurisdiccional del Estado— entonces habrá que llevar más lejos el razonamiento. Habrá que preguntarse si la regla, construida a partir del principio consuetudinario, es válida; es decir, si cumple con criterios superiores de validez.

Obviamente, mi reconstrucción es excesivamente analítica, dado que tales etapas son probablemente indisociables en el razonamiento de cada juzgador; quiero decir que si un juzgador cree que tal regla es inválida, probablemente, en la segunda etapa, llegaría a la conclusión de que tal regla no existe, ya que no tendría sentido, en un primer momento, construir la regla, para luego destruirla en virtud de su invalidez. Estas dos etapas son inevitables cuando las reglas se desprenden de textos, pero cuando se trata de fuentes consuetudinarias, las dos etapas pueden útilmente combinarse.<sup>59</sup>

Aun así, la exigencia analítica puede tener una contrapartida práctica; en el caso de jueces colegiados que deciden por mayoría, podría ser que un juez que se haya quedado en minoría al momento de decidir si la regla existe o no, retome sus argumentos para convencer a sus colegas: la regla quizá existe, pero debe ser descartada por ser inválida; esto es, por violar ciertos criterios de validez.

---

<sup>58</sup> ECtHR, *Al Adsani vs. United Kingdom*, App. no. 35763/97, 21.11.2001.

<sup>59</sup> En el *caso Ferrini*, los jueces parecen combinar estas dos etapas, ya que, a la luz de valores superiores, reconsideran el supuesto de hecho de la regla que impone respetar la inmunidad: “El problema que se plantea, de hecho, es el de averiguar si la inmunidad jurisdiccional puede operar incluso en presencia de conductas que... asumen caracteres de extrema gravedad, configurando, en virtud de normas consuetudinarias de derecho internacional, como crímenes internacionales, por atentar a valores universales que trascienden los intereses de las comunidades estatales” (pfo. 7, traducción mía).

C. *Existencia de una norma con un contenido precisamente identificado aplicable al caso concreto y perfectamente válida*

Aun cuando una regla parece haber sido formulada a partir de la concretización de un principio, el principio puede volver sobre la mesa, sobre todo cuando la validez de la regla formulada anteriormente parece ser cuestionada por la existencia de un principio superior, o cuando su aplicación parece dudosa, sobre todo si el caso concreto presenta características que parecen ausentes en los casos anteriores que han dado lugar, precisamente, a la regla cuestionada.

En esta tercera etapa, la pregunta versa sobre la existencia de criterios de validez que pueden condicionar la validez de la regla *prima facie* aplicable. Suponiendo que los jueces hayan llegado a la conclusión de que existe una regla, de fuente consuetudinaria, que obliga a declinar la competencia aun cuando los actos del Estado constituyen crímenes internacionales cometidos en el territorio sobre el cual el juez tiene competencia (en este caso Italia), puede surgir la duda siguiente: ¿es tal regla válida? ¿Existen normas superiores que condicionan la validez de las normas consuetudinarias? Los jueces de la Corte di Cassazione, en la decisión sobre el *caso Ferrini*, parecen pensar que sí existe tal criterio; es decir, la norma de *ius cogens* que prohíbe la comisión de crímenes internacionales tendría, como corolario necesario, la norma que impone, o por lo menos permite, a los jueces civiles ejercer su competencia y condenar al Estado criminal a la reparación del daño sufrido por las víctimas.

Según la Corte di Cassazione:

El reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción a favor de los Estados que se han hecho responsables de estos crímenes está en marcado contraste con los datos normativos que acabamos de mencionar, ya que tal reconocimiento, lejos de favorecer, dificulta la protección de los valores, cuya protección es de considerar, al igual que estas reglas y principios, esenciales para la Comunidad internacional; tan esencial que incluso justifica, en los casos más graves, formas obligatorias de reacción. Y no cabe duda de que la contradicción debe resolverse dando prioridad a las normas de rango superior, como se especifica en las opiniones divergentes expresadas por los jueces minoritarios (ocho contra nueve) juntas a la sentencia Al-Adsani... por lo tanto, excluyendo que, en tales casos, el Estado pueda beneficiarse de la inmunidad de la jurisdicción extranjera.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> *Caso Ferrini* (traducción mía).

Más allá de la distinción posible entre los dos casos, en términos de territorialidad, los jueces italianos recogen el espíritu expresado en las opiniones de los jueces minoritarios. La protección de la soberanía de los Estados encuentra un límite en la protección de la humanidad.

Tales consideraciones permiten a la Corte, identificar una clara antinomia entre el principio de la inmunidad soberana y el principio fundamental de protección de valores esenciales para la comunidad internacional. Sin que utilice la expresión (sí utilizada por *Ferrini* en su demanda), resulta claro que la Corte se refiere a las normas que prohíben la comisión de crímenes de lesa humanidad como a normas de *ius cogens*, de rango superior; esto es, jerárquicamente superiores a las normas consuetudinarias internacionales. En caso de conflicto, por lo tanto, hay que dejar de aplicar la norma sobre inmunidad.

Hay que aclarar lo anterior distinguiendo claramente entre principios y reglas. Por un lado tenemos el principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, y la regla que prohíbe a los jueces ejercer su competencia cuando el Estado ha ejecutado actos *de iure imperii*.

En el plano de los principios, se identifica un principio claramente opuesto, que es la protección de las víctimas frente a la criminalidad de Estado. En el plano de las reglas, se identifica la regla que atribuye competencia a los jueces civiles para ordenar la reparación del daño, ocurrido en el territorio del Estado, causado por la comisión de crímenes de lesa humanidad. La insistencia sobre el territorio en el cual fue cometida la conducta genera ambigüedad, ya que no se sabe con precisión si la razón de la decisión fue la gravedad de la conducta criminal o está sumada al lugar en que fue ejecutada.<sup>61</sup>

La Corte pasa por alto que, en sentido estricto, una norma primaria (de conducta) no entra en conflicto con una norma secundaria (de competencia).<sup>62</sup> En otras palabras, la prohibición de cometer ciertos crímenes puede tener carácter de *ius cogens*, y esto corresponde al derecho de no ser víctima de tales crímenes, pero no al derecho de la víctima de solicitar una reparación ante un juez nacional. Por otro lado, la inmunidad jurisdiccional del Estado corresponde a la incompetencia de los tribunales nacionales, y no a la ausencia del derecho fundamental de no ser víctima de ciertos crímenes.

Una reconstrucción posible del razonamiento de la Corte italiana<sup>63</sup> permite afirmar que del carácter de *ius cogens* de la prohibición de cometer crí-

<sup>61</sup> Insiste sobre esta ambigüedad Bianchi, A., "Ferrini v Federal Republic of Germany", *American Journal of International Law*, 2005, p. 247.

<sup>62</sup> Este fue el argumento invocado por la Corte Internacional de Justicia para concluir que Italia había violado sus obligaciones internacionales.

<sup>63</sup> Tal razonamiento es explícito en la opinión del juez Cançado Trindade en el caso *Alemania c. Italia*, *cit.*

menes de lesa humanidad se infiere el carácter de *ius cogens* de la garantía procesal; esto es, del derecho a obtener una reparación ante un tribunal nacional. Es este derecho a obtener una reparación el que entra en conflicto con la regla de la inmunidad. En la medida en que la regla de la inmunidad tiene carácter consuetudinario y el derecho a obtener reparación tiene carácter de *ius cogens*, la Corte resuelve el conflicto dando prioridad a la norma con mayor rango jerárquico; esto es, la norma de *ius cogens*.

Como resultado, no se declara la nulidad de la regla inferior, declaración de nulidad que por supuesto no puede hacer un tribunal nacional, sino que se reduce su ámbito de validez, y por lo tanto, en este caso, de aplicación, de la regla sobre inmunidad.

Resumiendo: la Corte no desconoce la existencia ni la validez de la norma consuetudinaria sobre inmunidad, sino que identifica una norma de *ius cogens* que protege un valor manifiestamente más importante que la soberanía de los Estados. Establece así lo que se conoce como una jerarquía axiológica entre valores, en particular entre los valores subyacentes a las respectivas normas.<sup>64</sup>

Si retomamos las preguntas arriba formuladas, podemos señalar los puntos claramente oscuros. Digo “claramente” oscuros porque, en cierta medida, todas las preguntas reciben respuestas relativamente imprecisas, que dejan espacio a una legítima crítica. Hay que concentrarse sobre los elementos manifiestamente problemáticos.

### 3. Fuentes persistentes de confusión

La confusión que se desprende de la saga *Ferrini* afecta en primer lugar la identificación de las fuentes aplicables, pero también el carácter deóntico de las normas así identificadas.

#### A. Confusión acerca de la naturaleza y de la identificación de las fuentes

Tomemos en primer lugar a la norma que garantiza la protección jurisdiccional de las víctimas. Su naturaleza, a la luz del *caso Ferrini*, parecería ser la de una norma de *ius cogens*, pero no es muy claro cuál es el criterio que

<sup>64</sup> “Una jerarquía axiológica es una relación de valor entre normas, creada no por el propio derecho (como, por ejemplo, la jerarquía de las fuentes) sino por los intérpretes, por medio de un juicio de valor comparativo, expreso o tácito: «La norma N1 tiene más valor que la norma N2»”. Guastini, R., “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, núm. 43, 2015, p. 33.

se usa para su identificación. Por cierto, las normas de *ius cogens*, definidas como normas generalmente aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional, se identifican a partir de una valoración, que tiene fuertes tintes morales: estas normas deben existir si no queremos sacrificar ciertos valores fundamentales de la comunidad internacional. La identificación de tales normas se distingue de la identificación de las normas consuetudinarias por no necesitar un sólido fundamento empírico; esto es, la prueba de una práctica. Su fuente es una voluntad ideal, la de la comunidad internacional, que sólo se expresa a través de los órganos encargados de identificar las normas pertenecientes al sistema jurídico internacional. La fuente material es un juicio de valor, el último análisis, del mismo juzgador que la aplica.

Esta conclusión es esencialmente la misma a la que habían llegado Kelsen y Kopelmanas, a propósito de costumbres y principios generales, respectivamente. La sospecha es que la naturaleza de las fuentes, si se trata de elegir entre costumbres, principios generales o *ius cogens*, se vuelve irrelevante, en términos de identificación de la norma, aunque siga quizá relevante en términos de jerarquía normativa.

Ello es confirmado por la forma en que la misma Corte di Cassazione se pronunció, algunos años después del *caso Ferrini*, sobre el mismo caso genérico. La evolución en su razonamiento es notable. Hay que recordar brevemente el razonamiento desarrollado en el caso antes mencionado, por lo menos en cuanto a la identificación de las normas aplicables. Por un lado, se identificó una costumbre internacional sobre inmunidad, por el otro, una norma de *ius cogens* sobre el derecho a reparación de los perjuicios causados por crímenes internacionales cometidos por Estados. Siendo esta última norma de rango superior, la solución fue la de descartar la aplicación de la primera.

Ahora bien, en el *caso Mantelli*, el razonamiento parece fundarse sobre la existencia, o no, de normas consuetudinarias. La Corte parece afirmar que no es tan cierto que exista la norma consuetudinaria que impone respetar la inmunidad de los Estados cuando se trate de actos que implican la comisión de crímenes de lesa humanidad, pero tampoco es cierto que tal costumbre, que sí existía, haya sido derogada. Tal duda se acompaña de la afirmación sobre la emergencia de otra norma consuetudinaria, que precisamente impondría no respetar la inmunidad. Sin embargo, también esta segunda costumbre es de dudosa existencia.

Vale la pena reconstruir tres etapas en el razonamiento de la Corte. En primer lugar, se afirma que no existe, actualmente, “una segura y explícita costumbre internacional en virtud de la cual el principio de la inmunidad del Estado de la jurisdicción civil por actos de *iure imperii*... pueda consi-

derarse derogado frente a actos de tal gravedad para ser calificados como «crímenes contra la humanidad». En segundo lugar, se afirma que los precedentes invocados por los demandantes “tampoco pueden, con la misma seguridad, considerarse como expresión de una costumbre de signo opuesto”. Pero, en tercer lugar —y refiriéndose a la opinión de la minoría en el caso *Al-Adsani*—, sugiere que “un principio limitativo de la inmunidad del Estado autor de crímenes contra la humanidad puede presumirse «en vía de formación»”.<sup>65</sup>

Si quisiéramos formalizar, siendo  $p$  la proposición normativa que describe el deber, para los jueces, de no ejercer sus competencias en los casos de comisión de crímenes internacionales por parte de Estados, tendríamos las siguientes afirmaciones.

No es cierto que  $Op$ .

No es cierto que  $O\neg p$ .

Si se tratara de normas escritas, esta doble afirmación podría sorprender. Tratándose de normas consuetudinarias, el significado de las dos afirmaciones, tomadas conjuntamente, puede reducirse al siguiente: la práctica de los Estados y/o la *opinio iuris* no son lo bastante consolidadas, o porque no resulta claro cuál es la conducta regular o porque no resulta claro cuál es la actitud al respecto, o por cualquier combinación de ambos parámetros.

Sorprendentemente, la Corte, después de haber compartido sus dudas en cuanto a la existencia de las normas consuetudinarias, parece concluir que dichas normas —cuya existencia es dudosa— mágicamente coexisten: “el principio consuetudinario de la inmunidad jurisdiccional civil del Estado extranjero... coexiste, pues, en el ordenamiento internacional, con el otro paralelo principio, del mismo alcance general, en virtud del cual los crímenes internacionales «amenazan la humanidad y vulneran los fundamentos mismos de la coexistencia entre los pueblos»”.<sup>66</sup>

Hay que interpretar las palabras que la Corte, ya que su letra no formula ningún principio, sino un estado de cosa que la “amenaza”. La referencia a dicha amenaza debe entenderse en términos de prohibición de lo que la representa, es decir, los crímenes internacionales. Más allá de tal formulación impropia, el siguiente paso es inevitablemente la constatación de una antinomia entre los principios.

Contrariamente al caso *Ferrini*, las normas en conflicto son ambas consuetudinarias, pero la razón invocada para resolver el conflicto es la misma:

<sup>65</sup> Sentencia *Mantelli*, *cit* (traducción mía).

<sup>66</sup> *Idem* (traducción mía).

“dando prevalencia a las normas de rango más elevado”, ya que “el respeto de los derechos inviolables de la persona ha asumido, incluso en el orden jurídico internacional, el papel de principio fundamental, por su contenido axiológico de meta-valor”.<sup>67</sup>

Algunos lectores de la sentencia han visto en esta progresión argumentativa algo extraño, para no decir incorrecto.<sup>68</sup> Es cierto que afirmar que dos normas que quizá no existen puedan entrar en conflicto en un caso concreto, parece algo raro. Pero, otra vez, esta peculiaridad debe ser relativizada a la luz de dos consideraciones, ambas dependientes del desorden teórico y normativo que domina el derecho internacional. Más, precisamente, el desorden no opera solamente en el plano de las fuentes (¿cómo se definen, cómo se identifican?), sino también en un plano conceptual-normativo (¿qué es una norma?). Si una norma se constituye, por lo menos, por una conducta a la que se le imputa una consecuencia caracterizada deónticamente; es decir, como permitida, prohibida u obligatoria, resulta por lo menos sugerente destacar la confusión, o más bien el silencio, sobre el carácter deóntico de la norma aplicada por los tribunales italianos.

#### B. ¿Permitido, prohibido u obligatorio ejercer la jurisdicción?

La regla sobre inmunidad puede ser interpretada como una prohibición (u obligación si se toma la conducta contraria; esto es, no inmunidad) o una permisión. Si se trata de una prohibición (de ejercer la competencia), entonces los jueces nacionales tienen la obligación de dejar sin respuestas las demandas dirigidas contra un Estado. Si se trata de una permisión (de no ejercer la competencia), entonces los jueces que ejercen una competencia respecto de un Estado y los que no, están actuando conforme a derecho. No sería el caso, por ejemplo, cuando un juez no ejerce su competencia obligatoria. La regla, en su versión permisiva, podría tener el sentido de dejar que el juez, dadas ciertas circunstancias, pueda decidir no ejercer su competencia, por ejemplo, para preservar las buenas relaciones entre dos Estados.

<sup>67</sup> *Idem* (traducción mía).

<sup>68</sup> Véase por lo menos Ciampi, A., “L’immunità de l’Etat responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes”, *Annuaire français de droit international*, LIV, 2008, p. 53. Quien identifica una “laguna en la motivación al momento de pasar de la constatación de la inexistencia en el tiempo presente de una derogación a la inmunidad de los Estados en casos de crímenes contra la humanidad o de una regla de signo opuesto, a la afirmación que un principio de derecho consuetudinario que limita la inmunidad del Estado responsable de crímenes contra la humanidad está en vía de formación”.

Las reglas permisivas existen en el ámbito procesal; podemos pensar en la facultad de atracción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), ésta puede atraer un caso o no, sin que ambas decisiones tengan consecuencias jurídicas. Por cierto, cualquier versión permisiva de una regla de competencia deja la puerta abierta a usos arbitrarios.

Si analizamos ahora la regla que establece el derecho de las víctimas a la protección jurisdiccional, se ve claramente que este derecho sólo tiene sentido si le corresponde una obligación. La versión permisiva de la regla sobre inmunidad entra en conflicto con este derecho, porque deja la posibilidad al juez de no ejercer la competencia y, por lo tanto, dejar sin protección a las víctimas.

Tal conclusión, sin embargo, es incorrecta, porque sólo el conflicto existe si se añade a la norma sobreprotección, la especificación del juez al cual exigirla. Esto es, si el juez A se declara incompetente, esto no significa dejar sin protección a las víctimas, por lo menos en la medida en que exista el juez B, que se declare competente al respecto.

Uno de los argumentos, por así decir, pragmáticos de Alemania, fue precisamente esto, pues si las víctimas quieren una reparación, los tribunales alemanes están abiertos para atender sus pretensiones. Es aquí donde adquiere todo su sentido la palabra “efectiva”, que muy a menudo acompaña la afirmación del derecho a la protección jurisdiccional.

No es este el lugar para profundizar tales cuestiones, y me limitaré a insistir sobre lo siguiente: si el derecho a la protección jurisdiccional ante un juez nacional (en este sentido, efectiva) tiene carácter de *ius cogens*, entonces tiene el mismo carácter la obligación del juez de brindar dicha protección.

Tal interpretación hace que el conflicto con la regla sobre inmunidad sea total, es decir, no solamente con la versión prohibitiva, sino también con la versión permisiva, ya que el juez nacional tiene la obligación de ejercer su competencia sobre un Estado cuando éste sea presuntamente responsable de haber cometido crímenes internacionales.

#### IV. CONCLUSIÓN

Al momento de reflexionar sobre el razonamiento desarrollado por la corte italiana, en lugar de abundar en fáciles críticas, es necesario quizá dar un paso atrás y relativizar. La primera relativización tiene que ver con las fuentes del derecho internacional. Que sean costumbres o principios, esto es, dos fuentes formales del derecho internacional, o *ius cogens*, una fuente, por así decirlo, agregada, resulta claro que la identificación depende de un conjunto de factores que poco tienen que ver con la interpretación de textos norma-

tivos. La identificación, en los tres casos, depende de un factor empírico, la práctica de los Estados o el reconocimiento/aceptación (de hecho) por parte de los Estados (o de la comunidad internacional en su conjunto), y un factor claramente axiológico, la *opinio iuris* o el reconocimiento/aceptación por las “naciones civilizadas”.

Hay que precisar que el juez, *stricto sensu*, puede limitarse a constatar la existencia de un juicio de valor emitido por los participantes en la práctica que observa. Sin embargo, como lo han señalado desde los años treinta del siglo pasado agudos observadores del derecho internacional, como Kelsen y Kopelmanas, dada la imposibilidad práctica de tener un conocimiento suficiente de los juicios de valor, atomísticamente, expresados por cada participante, y holísticamente, que se desprenden de la suma de los juicios de valor atomísticamente considerados, la identificación de costumbres y principios generales depende, en último análisis, de la acción del juez que los aplica en un caso concreto. No sorprende que en la segunda decisión (en el *caso Mantelli*), la Corte termine afirmando que

al momento de reafirmar las conclusiones a las cuales ya habían llegado con su propio precedente [la decisión en el *caso Ferrini*], estas secciones unidas son conscientes de contribuir así al surgimiento de una regla constitutiva de la inmunidad del Estado extranjero... [y] que, de todas formas, como destacado también por la doctrina internacionalista más atenta al tema que nos interesa, sería por lo menos “incongruo” que la jurisdicción civil, que el orden internacional ya permite ejercer respecto del Estado extranjero en el caso de violaciones... de obligaciones contractuales, quede, en cambio, excluida frente a más graves violaciones, como son las que constituyen crímenes contra la humanidad, y que marcan también el punto de ruptura del ejercicio tolerable de la soberanía.<sup>69</sup>

En estos dos párrafos existen todos los elementos destacados tanto por Kelsen como por Kopelmanas. Tal regla responde a una exigencia de congruencia, y está respaldada por la doctrina internacional, pero dado que ni la exigencia de congruencia ni la doctrina son como tal fuentes de derecho, lo único que queda es la decisión del juez de dar voz a tales elementos.

Ya sea que la fuente invocada sea una costumbre, como en el *caso Mantelli*, o un *ius cogens*, como, por lo menos implícitamente, en el *caso Ferrini*, se vuelve irrelevante. El caso del *ius cogens*, no es sino un capítulo más de la misma novela dedicada a la creación de derecho internacional por los jueces, con una diferencia, para utilizar una expresión empleada por la misma Corte di Cassazione, identificar una norma de *ius cogens* implica un juicio de

<sup>69</sup> Sentencia *Mantelli*, *cit* (traducción mía).

metavalor. Las normas de *ius cogens*, podría decirse, sólo se distinguen de los principios generales y de la costumbre por el hecho que son expresión de un juicio que las considera superiores en valor y, por lo tanto, en jerarquía (que es a la vez axiológica, por su origen, y formal, por sus efectos).

Este modelo de razonamiento, que llamo axiológico, apunta a una característica del sistema internacional, del cual el tribunal hace un uso contestable, pero, hay que precisar, que no puede ser sino contestable. Si introducimos en la regla de reconocimiento del sistema jurídico internacional un criterio que consiste, nada más y nada menos, en un juicio moral, y si además de las normas así identificadas hacemos el criterio último de validez, lo que resulta es una indeterminación total. Una situación en donde cada solución depende, en último análisis, de un juicio de valor.

Podría contestarse que siempre hay un espacio para la discrecionalidad judicial, y que ésta traduce ciertos juicios de valor. ¿Qué diríamos si un juez constitucional juzgara que el valor protegido por una norma legislativa es tan importante que debe prevalecer sobre un principio constitucional? Dicho de otra forma, una cosa es el planteamiento de una jerarquía axiológica en un contexto formalmente jerárquico, piramidal, en donde la mayoría de los conflictos se resuelven aplicando criterios no axiológicos, y solamente en algunos casos la solución depende de un juicio de valor, otra cosa es el mismo planteamiento en una situación en donde todas las normas están en el mismo nivel.

Volviendo ahora al razonamiento de la Corte cuando se afirma que existen dos normas consuetudinarias, y que las dos, suponiendo que existan, entran en conflicto, y que una, sin embargo, prevalece por tener más peso (dirían los adeptos de la ponderación) o más valor moral, está tomando un largo camino para decir lo mismo que se dijo en el *caso Ferrini*. Una de estas normas es *ius cogens*.

¿Cuál sería la ventaja de tomar este camino consuetudinario (en el doble sentido de consuetudinario como habitual, y consuetudinario por basarse en costumbres)? Probablemente, se trata de dos cosas. Por un lado, percibiendo el aspecto problemático de la invocación de una norma de *ius cogens*, de dudosa existencia, para desplazar una norma consuetudinaria de la cual, la misma corte no pone en duda la existencia, parece estratégicamente adecuado ponerse en el mero nivel de las normas consuetudinarias. Por decirlo metafóricamente, en lugar de destruir la costumbre sobre inmunidad con un rayo directamente emanado desde el cielo de las ideas, y de los metavalores, parece más efectivo excavar abajo de la costumbre, con la finalidad de desestabilizarla y hacerla caer con un simple empujón, un empujón dado por una norma de mismo nivel; es decir, otra costumbre.

## 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 JESTAZ<sup>1</sup>

## 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.<sup>2</sup> 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*”):

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *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.<sup>3</sup> 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”.<sup>4</sup> 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...”.<sup>5</sup> 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”.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> En términos más radicales, Martin Shapiro enfatiza que los jueces, en todas las sociedades, “deben negar que crean Derecho”.<sup>8</sup> Al hacer esto, los jueces “siempre mienten” y estas mentiras constituyen “la naturaleza de su función judicial”.<sup>9</sup>

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

<sup>4</sup> 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>.

<sup>5</sup> 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>.

<sup>6</sup> Jestaz, Philipp, *op. cit.*, p. 149.

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

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

<sup>9</sup> *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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

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

<sup>10</sup> 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.

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

<sup>12</sup> 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”.

<sup>13</sup> 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](http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html).

tes del Derecho” (William Blackstone).<sup>14</sup> 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).<sup>15</sup>

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)<sup>16</sup> 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*.<sup>17</sup> 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,<sup>18</sup> el rango jerárquico del tribunal que adoptó el precedente y del tribunal, obligado a aplicarlo,<sup>19</sup> 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,

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

<sup>15</sup> 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.

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

<sup>17</sup> Disponible en: [www.uscourts.gov/EducationalResources/ConstitutionResources/SeparationOfPowers/USSupremeCourtProcedures.aspx](http://www.uscourts.gov/EducationalResources/ConstitutionResources/SeparationOfPowers/USSupremeCourtProcedures.aspx).

<sup>18</sup> 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.

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

etcétera.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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*)<sup>22</sup> y en los casos que se deslindan de la aplicación de un precedente (*cases of overrule*).<sup>23</sup>

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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1016.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

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

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

<sup>25</sup> 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 concreto<sup>26</sup> 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

---

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

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

<sup>27</sup> 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](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*.

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

<sup>29</sup> 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).

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

<sup>31</sup> 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,<sup>32</sup> de la CEDH,<sup>33</sup> de la CIDH,<sup>34</sup> del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)<sup>35</sup> y de la CPI<sup>36</sup> 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.

---

<sup>32</sup> 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”.

<sup>33</sup> 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...”.

<sup>34</sup> 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”.

<sup>35</sup> 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...”.

<sup>36</sup> 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*.<sup>37</sup> 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”.<sup>38</sup> Como resultado, los redactores del Estatuto agregaron el apartado d) del artículo 38 del Estatuto de la CPJI. No obstante, esta precaución pareció insuficiente a Balfour y Léon Bourgeois, y el Consejo de la Liga de Naciones propuso redactar el artículo 59 del Estatuto de la CPJI.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup>

Así adoptados, los textos de los artículos 38 y 59 del Estatuto de la CPJI fueron insertados en el Estatuto de la CIJ sin mayores cambios. En virtud 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.<sup>41</sup> Dicho en otros términos, la aplicación de la doctrina de *stare decisis* fue expresamente excluida.<sup>42</sup> 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-

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

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 592-593.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>41</sup> Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

<sup>42</sup> *Idem*.

tencias *sub specie legis ferendae* o anticipar el derecho antes de que el legislador lo haya adoptado.<sup>43</sup> En el mismo sentido, en su opinión consultativa sobre la *Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares*, la Corte afirmó que no puede sustituirse al legislador.<sup>44</sup> La Corte consideró que “no puede legislar y, en las circunstancias particulares, no está llamada a hacerlo”.<sup>45</sup> 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”.<sup>46</sup>

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”.<sup>47</sup> 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*”.<sup>48</sup> Según este órgano judicial internacional: “el precedente jurisprudencial no es una fuente... del derecho penal internacional”.<sup>49</sup> En el mismo sentido, la CEDH afirmó que no puede crear derecho en el ejercicio de su función judicial ni establecer nuevos derechos, diferentes de los ya contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>50</sup> 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...”.<sup>51</sup>

---

<sup>43</sup> CIJ, *caso Pesquerías del Atlántico*.

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

<sup>45</sup> *Ibidem*, pfo. 18.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> TPIY, *caso Kupreskic*, 14 de enero de 2000, pfo. 537.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pfo. 540

<sup>49</sup> *Idem*.

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

<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> 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”,<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> Dicho en otros términos, las sentencias judiciales tenderían a verificar o comprobar el estado del derecho internacional.<sup>55</sup> La sentencia judicial es entonces presentada como una extensión deductiva evidente del derecho preexistente.<sup>56</sup> El descubrimiento del derecho en la decisión del juez se asemejaría a un verdadero hallazgo arqueológico.<sup>57</sup>

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

---

<sup>52</sup> Barberis, Julio, “La jurisprudencia internacional como fuente de derecho de gentes según la Corte de La Haya”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Max Planck Institut, vol. 31, 1971, p. 643.

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

<sup>54</sup> Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 984.

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

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 2.

derecho.<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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”.<sup>60</sup>

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.<sup>61</sup> 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”.<sup>62</sup>

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-

---

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> 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.

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

<sup>61</sup> Venzke, Ingo, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, p. 8.

<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> 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...”<sup>64</sup>

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 privado<sup>65</sup> y su carácter de actos de voluntad, de naturaleza legislativa<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> En la definición de la tercera fuente del derecho internacional también se prevé la necesidad de reconocimiento

---

<sup>63</sup> 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).

<sup>64</sup> 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.

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

<sup>66</sup> Veznke, Ingo, *op. cit.*, p. 8.

<sup>67</sup> 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”).<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> 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-

---

<sup>68</sup> *Idem*.

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

toridad que un acto legislativo,<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup>

Siempre ha resultado muy difícil determinar lo que se entiende por “desarrollo”. Para algunos autores, el desarrollo del derecho internacional equivale a su clarificación.<sup>73</sup> Esta clarificación sería un elemento esencial del ejercicio de la función judicial.<sup>74</sup> 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

---

<sup>70</sup> Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *op. cit.*

<sup>71</sup> *Idem.*

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

<sup>73</sup> *Idem.*

<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup> 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".<sup>76</sup> En términos del juez Álvarez, "en muchos casos es imposible decir dónde termina el desarrollo del derecho y dónde comienza su creación".<sup>77</sup>

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.<sup>78</sup> 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

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

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

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

<sup>78</sup> Gingsburg, Tom, *op. cit.*, p. 5.

normas internacionales consuetudinarias no está tan clara.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> Así, por ejemplo, en el caso *Jan Mayen*,<sup>81</sup> 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*.<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup>

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.<sup>84</sup> 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.<sup>85</sup>

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-

---

<sup>79</sup> *Idem*.

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

<sup>81</sup> CIJ, *Jan Mayen*, 14 de junio de 1993, pfo. 38.

<sup>82</sup> CIJ, *Gulf of Maine*, 12 de octubre de 1984, pfo. 246.

<sup>83</sup> Gingsburg, Tom, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

<sup>84</sup> *Idem*.

<sup>85</sup> 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*.<sup>86</sup> No obstante, esta prohibición nunca ha sido recogida en los textos convencionales de derecho internacional ni reconocida en las sentencias de los tribunales internacionales.<sup>87</sup>

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.<sup>88</sup> 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.<sup>89</sup> 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.<sup>90</sup> Como lo enfatiza Benjamin Cardozo, un juez “legisla únicamente entre las lagunas, al llenar los espacios abiertos del Derecho”.<sup>91</sup>

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

---

<sup>86</sup> 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.

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

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

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

<sup>90</sup> Shabuddeen, Mohammed, *op. cit.*, p. 91.

<sup>91</sup> 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.<sup>92</sup> La naturaleza “rudimentaria”<sup>93</sup> 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*,<sup>94</sup> generalmente considerado como un ejemplo de creación de derecho (penal) internacional por parte del TPIY.<sup>95</sup> 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.<sup>96</sup> De la misma manera, en los casos *Acayesu*<sup>97</sup> y *Furundzija*,<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup> Según el juez Meron, en estos tres casos los tribunales realizaron un “desarrollo normativo” del derecho penal internacional.<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup>

---

<sup>92</sup> Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 2003, p. 16.

<sup>93</sup> *Idem*.

<sup>94</sup> TPIY, *Prosecutor vs. Tadic*, 2 de octubre de 1995.

<sup>95</sup> Swart, Mia, *op. cit.*, p. 198.

<sup>96</sup> *Idem*.

<sup>97</sup> TPIY, *Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu*, 2 de septiembre de 1998.

<sup>98</sup> TPIY, *Prosecutor vs. Furundzija*, 10 de diciembre de 1998.

<sup>99</sup> Swart, Mia, *op. cit.*, p. 222.

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> 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”<sup>102</sup> a la hora de llenar las lagunas del derecho aplicable en el ámbito de su competencia.<sup>103</sup> 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.<sup>104</sup> Así, por ejemplo, en el histórico *caso Van Gend en Loos*<sup>105</sup> —“mito fundacional” de la integración comunitaria en Europa—,<sup>106</sup> el TJUE desarrolló el principio de efecto directo del derecho comunitario sin que éste fuera expresamente previsto en las normas comunitarias.<sup>107</sup> De la misma manera, en la fundamental sentencia *Costa*,<sup>108</sup> el TJUE estableció, en forma solemne, el principio de primacía del derecho comunitario sobre los derechos internos de los Estados miembros,<sup>109</sup> en ausencia de toda disposición expresa en este sentido en las normas comunitarias vigentes en el momento de su adopción.<sup>110</sup> 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

<sup>102</sup> 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.

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

<sup>104</sup> Rasmussen, Hjalte, *The European Community Constitution: Summaries of Leading EC Court Cases*, Handelshojskolens Forlag, 1989, p. 67.

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

<sup>106</sup> 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](http://www.eui.eu/RSCAS/Publications).

<sup>107</sup> 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*).

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

<sup>109</sup> 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*).

<sup>110</sup> Vauchez, Antoine, *op. cit.*

derecho comunitario.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> 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.<sup>113</sup>

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,<sup>114</sup> 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”.<sup>115</sup> 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”.<sup>116</sup> En términos de Venzke, la interpretación sería una práctica creadora de derecho (*jurisgenerative practice*).<sup>117</sup> La cuestión sería entonces de los límites asignados a los jueces en el ejercicio de sus prácticas de “interpretación creativa”.<sup>118</sup> Dependiendo de varios

---

<sup>111</sup> 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.

<sup>112</sup> Swart, Mia, *op. cit.*, p. 478.

<sup>113</sup> *Idem*.

<sup>114</sup> Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 3.

<sup>115</sup> Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1009.

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

<sup>117</sup> Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 13.

<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup>

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.<sup>120</sup> En términos del ORD de la OMC, el artículo 31 establece que “las palabras de un tratado constituyen la base del proceso interpretativo”.<sup>121</sup> 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.<sup>122</sup> 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*).<sup>123</sup> 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

---

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

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

<sup>121</sup> 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”.

<sup>122</sup> Venzke, Ingo, *op. cit.*

<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup>

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.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup> 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”.<sup>127</sup>

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).<sup>128</sup>

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

<sup>124</sup> Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, p. 652.

<sup>125</sup> *Prosecutor vs. Tadić*, pfo. 162.

<sup>126</sup> Swart, Mia, *op. cit.*, p. 479.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 483.

<sup>128</sup> Vauchez, Antoine, *op. cit.*, p. 11.

internacionales. La Corte proclamó el carácter obligatorio de las medidas cautelares en el controvertido *caso LaGrand*.<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup> La Corte confirmó lo establecido en el *caso LaGrand* en el posterior *caso Avena*.<sup>131</sup> Este mismo método fue utilizado por la CEDH en el importante *caso Mamatkulov*<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup> Desde un punto de vista más general, la admisión del carácter obligatorio de las medidas cautelares por la mayoría de las jurisdicciones internacionales<sup>134</sup> fue calificado de atrevida “revolución pretoriana”.<sup>135</sup>

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 aplicable<sup>136</sup> y justificarla por medio de la interpretación. En

<sup>129</sup> CIJ, *LaGrand, Alemania vs. Estados Unidos*, 27 de junio de 2001.

<sup>130</sup> *Caso LaGrand*, pfo. 102.

<sup>131</sup> 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.

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

<sup>133</sup> 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.

<sup>134</sup> 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](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.

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

<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup>

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.<sup>138</sup>

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.<sup>139</sup> 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.

<sup>137</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Metalibri, 2007, disponible en: [http://www.ibiblio.org/ml/libri/r/RousseauJf\\_ContratSocial\\_p.pdf](http://www.ibiblio.org/ml/libri/r/RousseauJf_ContratSocial_p.pdf).

<sup>138</sup> Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 6.

<sup>139</sup> 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.<sup>140</sup> 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.<sup>141</sup> 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”.<sup>142</sup>

Consecuentemente, no es de extrañarse que los tribunales internacionales se refieran muy frecuentemente tanto a su propia jurisprudencia anterior como a la de otros jueces internacionales. Lo decidido en los casos anteriores, sin duda, desempeña una función fundamental para la resolución judicial de las controversias en el derecho internacional.<sup>143</sup> 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.<sup>144</sup> Así, por ejemplo, la CIJ se ha referido a su propia jurisprudencia en el 36% de los casos resueltos entre 1948 y 2002.<sup>145</sup> De la misma forma, la CIJ ha citado la jurisprudencia anterior de la CPJI en el 22% de los casos resueltos en el mismo periodo.<sup>146</sup> Los otros tribunales internacionales también citan con mucha frecuencia tanto sus propias sentencias como las sentencias de otras jurisdicciones internacionales.<sup>147</sup>

Además, estas referencias son utilizadas, en la gran mayoría de los casos, para confirmar lo establecido en las sentencias anteriores y no para deslindarse de lo mismo. En un estudio muy amplio sobre la citación de jurisprudencia anterior en las sentencias de los tribunales internacionales, Nathan

---

<sup>140</sup> Fuller, Lon, *The Morality of Law*, Yale University, 1969.

<sup>141</sup> Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1012.

<sup>142</sup> OMC, *Japón-Bebidas alcohólicas*, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

<sup>143</sup> Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1010.

<sup>144</sup> *Idem.*

<sup>145</sup> Gingsburg, Tom, *op. cit.*, p. 8.

<sup>146</sup> *Idem.*

<sup>147</sup> 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.<sup>148</sup> 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”.<sup>149</sup> En este

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

<sup>149</sup> 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.<sup>150</sup> 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 1969<sup>151</sup> fueron paulatinamente abandonados en su jurisprudencia posterior.<sup>152</sup>

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.<sup>153</sup> 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...”.<sup>154</sup> 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.<sup>155</sup> 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.<sup>156</sup> 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*,<sup>157</sup> la Corte siguió lo establecido en el

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

<sup>151</sup> CIJ, *North Sea Continental Shelf*, 1969, p. 101.

<sup>152</sup> 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.

<sup>153</sup> 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.

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

<sup>155</sup> CEDH, *Cossey vs. UK*.

<sup>156</sup> CEDH, *Christine Goodwin vs. UK*, 11 de julio de 2002.

<sup>157</sup> CEDH, *Sheffield and Horsham vs. UK*, 1998.

anterior *caso Rees*<sup>158</sup> 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*<sup>159</sup> la Corte abandonó los criterios establecidos en el *caso Pellerin*<sup>160</sup> 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.<sup>161</sup>

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.<sup>162</sup> 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.<sup>163</sup>

<sup>158</sup> CEDH, *Rees vs. UK*, 17 de octubre de 1986.

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

<sup>160</sup> CEDH, *Pellegrin vs. France*, 8 de diciembre de 1999.

<sup>161</sup> Para más detalles véase Meadow, Alastair, *op. cit.*

<sup>162</sup> 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.

<sup>163</sup> *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.<sup>164</sup> 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*”.<sup>165</sup> 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”.<sup>166</sup> Esta evolución ha permitido a algunos sostener la aplicación de la regla del *stare decisis* en el derecho penal internacional.<sup>167</sup>

## 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

---

<sup>164</sup> 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.

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

<sup>166</sup> TPIY, *Aleksovski*, Arrêt en Appel, 24 de marzo de 2000, pfo. 113.

<sup>167</sup> 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.<sup>168</sup> 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.<sup>169</sup> Dicho en otros términos, el objetivo de la citación de sentencias anteriores se refiere al enriquecimiento de una argumentación ya prefigurada.<sup>170</sup> 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.<sup>171</sup> 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.

---

<sup>168</sup> Jacob, Marc, *op. cit.*, p. 1007.

<sup>169</sup> Della Morte, Gabriele, *op. cit.*, p. 216.

<sup>170</sup> *Idem.*

<sup>171</sup> 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.<sup>172</sup>

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).<sup>173</sup> 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 activa<sup>174</sup> 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-

---

<sup>172</sup> 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.

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

<sup>174</sup> *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”.<sup>175</sup> 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.<sup>176</sup>

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.<sup>177</sup>

## 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

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

<sup>176</sup> *Idem.*

<sup>177</sup> 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.<sup>178</sup> Históricamente, este principio fue invocado por Platón como una restricción a la tiranía o en el medievo como límite a la omnipotencia del rey.<sup>179</sup> En la actualidad, este principio se refiere a la necesidad de limitar el uso arbitrario del poder de gobierno.<sup>180</sup> 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.<sup>181</sup>

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.<sup>182</sup> 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.<sup>183</sup> 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.<sup>184</sup>

---

<sup>178</sup> 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.

<sup>179</sup> Tamanaha, Brian, *On the Rule of Law*, Cambridge, 2004, p. 10.

<sup>180</sup> Ambrus, Mónica, *op. cit.*, p. 354.

<sup>181</sup> 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).

<sup>182</sup> 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.

<sup>183</sup> 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.

<sup>184</sup> 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).<sup>185</sup> En algunos casos, los jueces internacionales han sido investidos con la tarea específica de velar por el respeto, en el ámbito internacional, de algunos de los aspectos sustanciales 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.

---

<sup>185</sup> 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.<sup>186</sup> En efecto, la debilidad de los mecanismos judiciales de arreglo de los litigios caracterizó al derecho internacional por más de tres siglos.<sup>187</sup> 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.<sup>188</sup> 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.<sup>189</sup>

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.<sup>190</sup> 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.<sup>191</sup> A través de su práctica, los jueces desarrollan el derecho en un sentido que condiciona a otros en el ejercicio de su libertad.<sup>192</sup> 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

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>187</sup> *Idem*.

<sup>188</sup> 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](http://legal.un.org/avl/ls/Cançado-Trindade_HR_video_2.html).

<sup>189</sup> 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.

<sup>190</sup> Bogdandy, Armin von e Ingo Venzke, *op. cit.*, p. 980.

<sup>191</sup> *Idem*.

<sup>192</sup> *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,<sup>193</sup> pero es mejor no decirlo.

---

<sup>193</sup> *Idem.*

## CAPÍTULO QUINTO

### NUEVAS TENDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Laura Alicia CAMARILLO GOVEA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La jurisprudencia internacional como fuente del derecho internacional público.* III. *La existencia de un diálogo entre tribunales.* IV. *Un diálogo desequilibrado en materia de derechos humanos.* V. *Nuevas tendencias en la jurisprudencia internacional.* VI. *Conclusiones.*

#### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala las fuentes del derecho internacional público, incluyéndose las decisiones judiciales, que actualmente han cobrado importancia a partir de su dinamismo e interlocución entre tribunales; justo el diálogo entre tribunales internacionales ha tenido gran acogida en materia de derechos humanos, siendo sus principales protagonistas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin que esto sea óbice de otras decisiones judiciales, como las de la Corte Internacional de Justicia y demás tribunales internacionales. Esa amplia actividad interpretativa resulta aún más importante, ya que observamos “conversaciones” permanentes entre estos tribunales internacionales, al margen de sus competencias y jurisdicción. Existen, pues, convergencias jurisprudenciales que les permiten a aquéllos interpretar derechos, tomando en consideración algunos precedentes propios o de los tribunales homólogos; por tanto, el objetivo de este documento es analizar las relaciones entre la jurisprudencia de los diversos tribunales internacionales, concretamente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, y definir si es este el paso a

las nuevas tendencias de la jurisprudencia internacional. Lo anterior se realizará a través del estudio de casos específicos resueltos por los tribunales de derechos humanos en comento, donde se han presentado esas convergencias.

## II. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Desde 1920, cuando el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia establecía las fuentes del derecho internacional, que luego replicaría casi íntegramente el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945, apuntaba a la jurisprudencia como una fuente secundaria y auxiliar.

Mariño<sup>1</sup> sostiene, por ejemplo, que la jurisprudencia es un hecho jurídico normativo que soluciona una controversia internacional por medio de la creación de normas obligatorias, pero únicamente para los sujetos de derecho internacional que son partes en un litigio contencioso y con relación al caso objeto de la decisión. Sostiene que “juzgar no es crear derecho de aplicación general”,<sup>2</sup> y con ello asiente el carácter auxiliar de esta fuente; agrega además que la reiteración de la decisión o jurisprudencia no tiene los alcances de crear costumbre internacional, si es que eso se pretendiera. Sin duda, no queremos ahora discutir a detalle el carácter de fuente auxiliar o no de las decisiones judiciales. Podemos afirmar que desde nuestro punto de vista, la jurisprudencia internacional fue desestimada o relegada al menos como fuente accesoria en un contexto donde, en efecto, tenía menor protagonismo, principalmente opacada por la costumbre internacional y los tratados internacionales, que más allá de la jerarquía que les da el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia han sido las principales fuentes del derecho internacional históricamente hablando.

Pastor Ridruejo, en su libro *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, considera que la jurisprudencia internacional debe valorarse a la luz de dos aspectos: la de su valor normativo en el cuadro general de las fuentes y la función “que pueda desempeñar en nuestros días en el desarrollo del Derecho Internacional”.<sup>3</sup> La discusión sobre el valor de la jurisprudencia como fuente, atendiendo al sentido literal del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pareciera que se ha quedado en el de-

---

<sup>1</sup> Mariño, Fernando M., *Derecho internacional público. Parte general*, 4a. ed., México, Trotta, 1999, p. 290.

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

<sup>3</sup> Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 21a. ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 82.

bate doctrinal, que dada esa circunstancia siempre tendrá contraposiciones; sin embargo, en la *praxis*, los jueces han reparado en su importancia y en el valor que puede adquirir de frente a otros casos, o, incluso, para dialogar entre tribunales, de tal suerte que apostaremos en todo caso por su valor como fuente y además como una de las fuentes que en el último siglo ha despuntado frente a la costumbre internacional, por citar un ejemplo, o que al menos va de la mano de los tratados internacionales, los grandes protagonistas desde esta perspectiva, del derecho internacional. Ahora, no pasa desapercibido el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que reza: “la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”; por ello es que quizá ese carácter, el de fuente auxiliar, ha quedado asentado; lo que es indiscutible será su valor como fuente dinámica, que en este acápite vamos a analizar.

Por otro lado, la jurisprudencia internacional como fuente se encuentra, junto con el derecho internacional, en un momento de expansión; ahí observamos una tendencia: la jurisprudencia que converge entre los tribunales y que toma en consideración lo establecido por sus pares. Millers sostiene que el “International law is in the midst of a period of explosive growth. Since the end of World War II, and especially in the last ten years, the number and diversity of international tribunals and quasi-judicial bodies charged with the interpretation of international law have increased beyond all prediction”,<sup>4</sup> esta situación implica una serie de interpretaciones de los muy diversos tribunales internacionales que han proliferado y que las han diversificado, lo que luego nos lleva a la existencia de esta comunicación intertribunales de línea horizontal y vertical.

Para algunos, como afirma Nelaeva: “the development of international law was linked to the preparation and conclusion of international treaties. However, it is a fact that in a number of important spheres it takes years (and even decades) to finalize an international treaty due to political, ideological or other reasons”.<sup>5</sup> Por ello, la jurisprudencia o decisiones judiciales, como las nombra el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, han cobrado particular relevancia.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Miller, Nathan, “An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» Across International Tribunals”, *Leiden Journal of International Law*, Reino Unido, vol.15, núm. 3, septiembre de 2002, pp. 483-526.

<sup>5</sup> Marochkin, Sergey Yu y Nelaeva, Galina A., “Law-Making Capacity of International Tribunals (in the International Tribunal for the former Yugoslavia Jurisprudence)”, *Tyumen State University Herald*, Rusia, núm. 3, 2013, p. 7.

<sup>6</sup> Zammit Borda, Aldo, “A Formal Approach to Article 38 (1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law*, vol. 24, núm.2, mayo de 2013, pp. 649-661.

### III. LA EXISTENCIA DE UN DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

Siguiendo la línea relativa a los cambios y crecimiento del derecho internacional y de la multicitada expansión de tribunales, observamos que estos órganos pretenden de una manera u otra, cointerpretar o bien conversar con sus homólogos, alcanzando este supuesto también a los tribunales constitucionales. Podríamos afirmar que la relación derivada de diálogos tiene un eje horizontal y otro vertical, ahora, ¿qué significa tener un diálogo o generarlo? Laurence Burgogues-Larsen afirma que el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como el acuerdo, la concordia o la aprobación.<sup>7</sup>

¿Qué significa entonces dialogar? Burgogues lo refiere en estos ítems:

- Es la búsqueda de un equilibrio constante; no establece, una vez por todas, una posición firme y estable respetada por todos los actores. Es un “proceso constitucional”.
- El diálogo judicial sigue siendo activo, fortaleciendo, sentencia tras sentencia, la existencia de unas reglas comunes de ejercicio del poder y de protección de los derechos fundamentales.
- El diálogo tanto vertical (entre el tribunal de justicia y las cortes constitucionales) como horizontal entre las propias cortes constitucionales (que incluyen en el acervo las sentencias de las demás) no pasa por un canal procesal preestablecido por el derecho de la Unión; tiene que tomar en cuenta todas las posiciones expresadas a pesar del hecho de que éstas se enmarcan a priori en un espacio libre de obligaciones formales.
- El diálogo es un proceso, tal como lo es la construcción europea. Es evolutivo, y, por ello, por definición, inestable. Eso quiere decir que tanto la posición del tribunal como las posiciones de los tribunales supremos y constitucionales pueden cambiar, evolucionar.
- La existencia de un diálogo entre tribunales no es exclusiva entre los “pares”, y tampoco es únicamente entre los internacionales; es un suceso que tratándose de los órganos internacionales cobra relevancia, porque cada tribunal internacional: Corte Internacional

---

<sup>7</sup> Burgogues-Larsen, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 29 y 30.

de Justicia, Corte Penal Internacional son “autónomos” entendido como que no existe otro de similares características.<sup>8</sup>

Ayala Corao ha sostenido que el diálogo jurisprudencial, como fenómeno contemporáneo, al implicar la interacción entre tribunales de distintas jurisdicciones, busca un enriquecimiento mutuo en la construcción de soluciones equivalentes acordes a los principios universales del derecho democrático.<sup>9</sup> En esos términos, hemos supuesto que la jurisprudencia internacional como fuente del derecho internacional camina hacia nuevas tendencias, y, en efecto, observamos así, en este vasto intercambio de interpretaciones, precisamente esas tendencias; Nathan Miller, en su texto *An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” Across International Tribunals*, resalta esa necesidad de invocar a otros tribunales, y alude a la Corte Internacional de Justicia, alegando que no obstante de ser famosa por su poca inclinación a “enlazarse a otros tribunales”,<sup>10</sup> y ha citado decisiones fuera de su propia jurisprudencia, hasta 2002 (fecha en la que el autor consensó la información), la Corte había citado tres veces a la Corte Centroamericana de Justicia y había sido citada por otros tribunales en 111 ocasiones.

Este supuesto de las decisiones judiciales puede ser una nueva manera de crear normas de derecho internacional;<sup>11</sup> el dinamismo existe, y desde este punto de vista podría crear nuevas reglas de derecho internacional. “Therefore, concrete judicial decisions became a starting point in the formation of new norms of international law. This confirms the argument that the dynamism of modern life reveals the need for more dynamic methods of creation of international law rules”.<sup>12</sup>

El fenómeno del diálogo no es exclusivo de los tribunales en materia de derechos humanos, sino que se presenta también en la Corte Penal Internacional, en el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia y en el Tribunal Penal para Ruanda; en estos tribunales puede observarse o debería tomarse inter-

---

<sup>8</sup> Burgogue-Larsen, Laurence, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo jurisprudencial”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (comps.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 131-167.

<sup>9</sup> Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 13.

<sup>10</sup> *Enlarge with other Tribunals* (traducción del autor).

<sup>11</sup> Greenwood, Christopher, “What the ICC Can Learn from the Jurisprudence of Other Tribunals”, *Harvard International Law Journal*, vol. 58, 2017.

<sup>12</sup> Marochkin, Sergei Yu, “On the Recent Development of International Law: Some Russian Perspectives”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 8, núm. 3, octubre de 2009, p. 704.

pretaciones, al menos así lo afirman algunos autores,<sup>13</sup> en este caso los tres tribunales comparten una misma línea jurisprudencial basada en las violaciones al Estatuto de Roma, lo que hace más fluido el diálogo; podría asemejarse el supuesto al caso de los tribunales de derechos humanos; el diálogo se presupone sutil, porque se habla en realidad de los mismos derechos. Esto, por supuesto como un ejemplo que legitima el diálogo.

Estas son las voces, *inter alia*, que reconocen las conversaciones jurisprudenciales, y antes decíamos que la jurisprudencia se despliega de manera horizontal y vertical, y con esta última nos referimos a la jurisprudencia o al diálogo con los jueces nacionales. Una vasta doctrina ha abordado ese rubro. Ahí en esas relaciones de tribunales nacionales se invocan a los internacionales y viceversa. Tratándose de derechos humanos, Castilla Juárez ejemplifica con el caso mexicano, pues señala que “El diálogo no sólo implica que los órganos jurisdiccionales mexicanos vean hacia la jurisprudencia que emiten los tribunales internacionales al interpretar determinado tratado y derecho humano, sino también, que los tribunales internacionales observen las interpretaciones que los tribunales nacionales hacen de las leyes, tratados y la Constitución para proteger los derechos humanos”.<sup>14</sup> Situación que se presentó en el emblemático *caso Atala Riffo vs. Chile*,<sup>15</sup> donde la Corte Interamericana hizo alusión a la tesis de la acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Unión y otras fuentes, incluso de orden internacional.<sup>16</sup>

Hasta aquí no hemos cuestionado la afirmación de los diálogos entre tribunales internacionales. No son pocas las referencias que dan cuenta de ello, y que reconocen esas conversaciones jurisprudenciales, pero es verdad que existen aquellos que cuestionan si en realidad estamos frente a un diálogo, a una inserción del derecho internacional en campos nacionales o si solamente estamos frente a un comparativo de interpretaciones. Podría entonces cuestionarse si es factible la hipótesis de que estos diálogos son parte de una nueva tendencia de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional. Al respecto, se han hecho algunos estudios, y en particular, llama la atención el trabajo de De Vergottini,<sup>17</sup> quien cuestiona el “supuesto” diálogo

<sup>13</sup> Greenwood, Christopher, *op. cit.*, p. 73.

<sup>14</sup> Castilla Juárez, Karlos, “Los primeros pasos para la construcción del diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos: tribunales nacionales-tribunales internacionales”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 14, enero de 2009, p. 166.

<sup>15</sup> CIDH, *caso Atala Riffo vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.

<sup>16</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010.

<sup>17</sup> De Vergottini, Giuseppe, “El diálogo entre tribunales”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 28, 2011, pp. 335-352.

go de influencias e interacciones que sería entonces un verdadero diálogo, o bien una influencia de una jurisprudencia sobre otra. Otro de los supuestos que puede configurarse en esta misma línea es el relativo a las comparaciones entre los tribunales del mismo orden (quizá más de tribunales regionales que internacionales), donde es más común la presencia de una influencia de la jurisprudencia de tribunales dotados de particular prestigio.<sup>18</sup>

Para quienes pudieran coincidir con esta objeción al diálogo entre tribunales, resulta oportuno anotar que ciertas orientaciones jurisprudenciales tienen puntos en común, sobre todo en materia de derechos humanos, donde el lenguaje tiene que ser el mismo, por el valor intrínseco de estas normas fundamentales, o bien en estos valores universales difícilmente habrá desacuerdos sustantivos; por ello los supuestos diálogos están plasmados de una homogeneidad en la interpretación.

Al hilo de estas objeciones a la existencia del diálogo, aparece el de las comparaciones que hacen los tribunales nacionales con otros tribunales; en realidad, en este escenario no existe propiamente una conversación, sino la mera referencia a otras instancias externas. Un caso sería el del tribunal argentino que, según Amaya, “Desde su instalación en el año 1863, se sintió obligado —como forma de fundamentar sus fallos— a hacer referencia argumentativa directa a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en razón de la similitud de los modelos constitucionales, ya que, el texto constitucional argentino había sido vaciado en el modelo norteamericano”.<sup>19</sup>

De esta forma, si bien es cierto que el desarrollo de las relaciones transnacionales ha supuesto un incremento notable de la difusión de las jurisprudencias, hay que destacar que el fenómeno de la influencia ejercida por un tribunal en otro no es en realidad un hecho nuevo motivado por ello. Y, en efecto, siempre han existido supuestos en los que un tribunal ha tomado como paradigma las sentencias de otros tribunales que le han servido de modelo.<sup>20</sup>

#### IV. UN DIÁLOGO DESEQUILIBRADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Especial atención tiene la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, tales como el Tribunal Europeo y

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 349.

<sup>19</sup> Amaya, Jorge Álvaro, “El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales”, *Lex* (revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas), año XII, núm. 14, 2014, p. 61.

<sup>20</sup> De Vergottini Giuseppe, *op. cit.*, p. 350.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la persona humana como sujeto de los derechos fundamentales está hoy en día doblemente protegida por el derecho constitucional de su Estado y por el derecho internacional; es decir, por los derechos humanos constitucionales y por el derecho internacional de los derechos humanos.

La progresividad de la jurisprudencia internacional en cuestión de derechos humanos como principio *pro homine* ha significado el abandono de las teorías interpretativas del derecho y su sustitución por una regla sencilla: “la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior de su generalidad o de especialidad o de sus estatus nacional o internacional”.<sup>21</sup>

Un ejemplo claro de esta tendencia en la aplicación de la jurisprudencia internacional es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual “los estados partes asumen el compromiso de respetar los derechos humanos reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”,<sup>22</sup> dado el caso que no existiera garantía del ejercicio de estos derechos humanos en disposiciones legislativas de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar con arreglo a sus disposiciones y procedimientos constitucionales y las disposiciones de la invocada Convención para hacer efectivos estos derechos.

Es decir, ha habido un desarrollo sustancial en el tema de los derechos humanos, y en algunos casos las cortes internacionales de protección de los derechos humanos han sido más exhaustivas o progresivas que las jurisdicciones constitucionales.

En ese sentido, consideramos que el diálogo entre tribunales internacionales en materia de derechos humanos se ha acrecentado, y al conversar se fortalece, a nuestro juicio, la interpretación jurisprudencial, como ya en algunos casos ha sucedido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ciertamente es que, como sostienen algunos autores, “el diálogo judicial fue en principio un diálogo unidireccional del SIDH hacia el TEDH, según lo advierte la doctrina...”,<sup>23</sup> además que ello puede ser perfectamente identificable, en las sentencias del Tribunal Europeo hay

<sup>21</sup> Ayala, Carlos, “Recepción de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por la jurisprudencia internacional”, *Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 7, 2004, pp. 1-72.

<sup>22</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.

<sup>23</sup> Vivas Barrera, Tania Giovanna y Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso, “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana”, *Entramado*, Universidad libre (Colombia), vol. 8, núm. 2, julio-diciembre de 2012, p. 188.

poca referencia a su homólogo interamericano, no así del interamericano al europeo.

Se ha dicho que el punto de conexión radica en establecer “aproximaciones en sus jurisprudencia en la forma de abordar temas fundamentales... sendos tribunales han seguido una interpretación dinámica o evolutiva de las respectivas convenciones de derechos humanos”.<sup>24</sup>

Además, “uno más de los aspectos que también favorecen el diálogo jurisprudencial es que los tribunales cada vez utilizan con más frecuencia los mismos procesos analíticos al tratar los casos a los que se enfrentan”.<sup>25</sup> Según este autor, algunos conceptos son comunes, como la proporcionalidad, la racionalidad, y, en efecto, en materia de derechos humanos sería ineludible no ponderar en esos términos, puesto que son principios sobre los que deben medirse los derechos humanos.

En general, para quienes coincidimos en que existe un diálogo de jurisprudencia entre los tribunales internacionales, confirmamos que este proceso es parte de las nuevas tendencias de esta fuente: “ha sido el diálogo judicial la vía empleada por los jueces de los tribunales regionales, europeo e interamericano de derechos humanos, en mayor medida, lo que ha logrado una recíproca y enriquecedora solución de casos difíciles”.<sup>26</sup>

## V. NUEVAS TENDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Esta práctica de diálogo entre los tribunales internacionales, cuyas competencias están claramente definidas, es a nuestro juicio parte de las nuevas tendencias del ejercicio interpretativo de los tratados internacionales, y que supera hoy por hoy la valoración de la jurisprudencia como fuente auxiliar. En ese tenor, identificaremos a continuación algunas sentencias de los diversos tribunales internacionales y cómo se comportan de cara a sus homólogos; en primer lugar, revisaremos el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego, el del Tribunal Europeo y, finalmente, el de la Corte Internacional de Justicia.

Por lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ilustrar e identificar esas nuevas tendencias haremos alusión al derecho

<sup>24</sup> Camarillo Govea, Laura Alicia, “Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 19, núm. 37, 2016, pp. 67-84.

<sup>25</sup> Brito Melgarejo, Rodrigo, *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*, México, CNDH, 2016, p. 24.

<sup>26</sup> Vivas Barrera, Tania Giovanna y Cubides Cárdenas, *op. cit.*, p. 188.

a la vida, ya que no pasa desapercibido que la Corte Interamericana compartió criterios con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en otros derechos, tales como el derecho a la información, el derecho a la vida familiar, el derecho a la vida privada, el derecho a la vida, el derecho al nombre, los derechos electorales, los derechos políticos, el derecho a la libertad de expresión (alcances, restricciones, etcétera); y libertades como la de asociación, la libertad sindical, la integridad personal, el derecho a la propiedad privada, la igualdad ante la ley, la libertad personal, el acceso a la justicia, *inter alia*.

A continuación se señalan algunos criterios interpretativos del TEDH que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido en sus sentencias, y que dan fe precisamente sobre las nuevas tendencias aludidas (en materia de derecho a la vida).

### 1. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

En diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace referencia a la violación al artículo 4o. convencional. La situación actual de los derechos humanos en América, entre otras tantas cosas, ha generado muchas de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el derecho en cuestión, ambas cortes (el TEDH y la CoIDH), una nutriéndose de la otra, han abordado el deber de investigar. Al respecto, la Corte Interamericana, en distintos casos,<sup>27</sup> señaló las obligaciones de investigar, en términos de la jurisprudencia europea, “en el marco de la obligación de proteger el derecho a la vida... la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado la teoría de la «obligación procesal» de efectuar una investigación oficial efectiva en casos de violaciones a aquél derecho”.<sup>28</sup> Además, se ha aprovechado, como ahora se verá, para definir el derecho en cuestión, interpretando en los términos

<sup>27</sup> CIDH, *caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, § 150; CIDH, *caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146 § 150; CIDH, *caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de abril de 2006, serie C, núm. 147, § 82- 85; CIDH, *caso Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2006, serie C, núm. 148, § 128; CIDH, *caso Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, núm. 163, § 126, y CIDH, *caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, núm. 99, § 111, 112.

<sup>28</sup> TEDH, *casos Akkoç vs. Turkey*, del 10 de octubre de 2000, §77 to 99; *Kılıç vs. Turkey*, del 28 marzo de 2000, §78 to 83; *Ergi vs. Turkey*, del 28 de julio de 1998, Reports of Judgments and Decisions, núm. 81, § 85 y 86.

que luego lo haría la Corte Interamericana, inclusive citando al homólogo europeo: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos”.<sup>29</sup> De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo.<sup>30</sup>

Veremos ahora la manera en que el Tribunal Europeo revisa cómo debe responder el Estado (ahora el interamericano) frente a una detención que luego resultara en violación del derecho a la vida:

Si una persona fuera detenida en buen estado de salud y posteriormente, muriera, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos,<sup>31</sup> ya que en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida.<sup>32</sup>

A continuación vemos el comportamiento del Tribunal Europeo frente al uso de la fuerza y su vinculación al derecho a la vida. “La Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado la violación del derecho a la vida respecto de personas que no fallecieron como consecuencia de los hechos violatorios. La Corte Europea estableció [que fueron víctimas de una conducta que, por su naturaleza, representó un grave riesgo para sus vidas a pesar de que sobrevivieron al ataque”.<sup>33</sup>

Así, “el grado y tipo de fuerza usado y la intención o el objetivo detrás del uso de la fuerza puede, entre otros factores, ser relevante para valorar si en el caso particular, las acciones de los agentes estatales de infringir heridas cercanas a la muerte son tales como para analizar los hechos dentro del al-

---

<sup>29</sup> CIDH, *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, § 120; *caso 19 Comerciantes*, sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109, § 153; *caso Myrna Mack Chang*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, núm. 101, § 152; *caso Juan Humberto Sánchez*, sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, núm. 99, § 110, y el *caso Niños de la calle* (Villagrán Morales y otros), sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, § 144.

<sup>30</sup> TEDH, *Nachova and others vs. Bulgaria* application no. 43577/98 y 43579/98, del 6 de julio de 2005, § 94.

<sup>31</sup> TEDH, *Timurtas vs. Turkey* del 13 de junio de 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VI, § 82; *Salman vs. Turkey* del 27 de junio de 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VII, § 99.

<sup>32</sup> TEDH, *Aksoy vs. Turkey*, 106, §61, y *Case of Tomasi vs. France*, 116, § 108-111.

<sup>33</sup> TEDH, *Acar and Others vs. Turkey*, del 24 mayo de 2005, App. No. 36088/97 y 38417/97, §77.

cance de la protección proporcionada por el artículo 2 del Convenio...”.<sup>34</sup> En estos supuestos, la Corte Europea usó su facultad interpretativa para que luego, como nuestra tesis lo afirma, la Corte Interamericana los acogiera.

Hay aquí algunos fragmentos de las sentencias del Tribunal Europeo para dar fe, como en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo suyos esos criterios jurisprudenciales, precisamente en las sentencias antes citadas, observamos diálogo y, sobre todo, una relación directa entre ambos tribunales. No es de extrañarse que la Corte Interamericana haya fortalecido sus criterios interpretativos haciendo uso del *corpus iuris* internacional. La jurisprudencia europea, insertada en el sistema interamericano y tratándose de determinado derecho (como lo es el derecho a la vida) ha sido ampliamente reforzado con los criterios de su homóloga.

## 2. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Tratándose de jurisprudencia europea, se identifican algunos casos donde la jurisprudencia interamericana tuvo cierto impacto, vale la pena comentar el *Caso Margus vs. Croacia*;<sup>35</sup> ahí, el Tribunal Europeo, a través de la Gran Sala, insertó un apartado titulado “Relevant international law materials”, donde no sólo destacan instrumentos internacionales vinculados al caso concreto, sino que hace alusión a las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana:

Case 10.480 (El Salvador), Report No. 1/99 of 27 January 1999... In its conclusions, the Inter-American Commission on Human Rights stated that El Salvador “ha[d] also violated, with respect to the same persons, common Article 3 of the Four Geneva Conventions of 1949 and Article 4 of the [1977 Additional] Protocol II”. Moreover, in order to safeguard the rights of the victims, it recommended that El Salvador should, if need be... annul that law ex-tunc.

En este caso, el Tribunal Europeo ha dado vista a otras normas internacionales de valor, aunque no queda evidenciado, como sí sucedió con la Corte Interamericana, haber utilizado las interpretaciones de esta última Corte, en todo caso ha dedicado un epígrafe relativo a normas relevantes. Podemos afirmar que el Tribunal Europeo ha sido tímido para ampliar la

<sup>34</sup> TEDH, *Makaratzis vs. Greece* [GC], del 20 de diciembre de 2004, App. No. 50385/99, §51 y 55.

<sup>35</sup> TEDH, *Margus vs. Croatia*, del 27 de mayo de 2014, App. No. 4455/10.

interpretación de los derechos protegidos, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero hay un breve avance en la citación al sistema interamericano de derechos humanos en general.

### 3. *Corte Internacional de Justicia*

Este tribunal hizo alusión a los tribunales internacionales en materia de derechos humanos en el caso *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic Of The Congo)*.<sup>36</sup> Además, enfatizó que teniendo sus funciones judiciales, debe dar “gran peso” a la interpretación que en ese caso se hiciera por el Comité de Derechos Humanos:

Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States.<sup>37</sup>

En este caso, se hace un reconocimiento a otros tratados, como a continuación se describe:

The Court also notes that the interpretation by the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, respectively, of Article 1 of Protocol No. 7 to the (European) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 22, paragraph 6, of the American Convention on Human Rights —the said provisions being close in substance to those of the Covenant and the African Charter which the Court is applying in the present case— is consistent with what has been found in respect of the latter provisions in paragraph 65 above.<sup>38</sup>

Frente a la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo, nos parecen tímidas las referencias que hacen los otros tribunales, quizá la Corte Inte-

---

<sup>36</sup> El asunto versa sobre la detención arbitraria de Sadio Diallo, nacional de Guinea, por parte de las autoridades de República del Congo, después de haber residido en aquel país 32 años, *inter alia*.

<sup>37</sup> TEDH, *Margus vs. Croatia*, del 27 de mayo de 2014, App. No. 4455/10, § 65.

<sup>38</sup> TEDH, *Margus vs. Croatia*, § 69.

americana ha sido más receptiva a otras interpretaciones, concretamente las del Tribunal Europeo, pero queda constancia de que no son las únicas “conversaciones” entre los tribunales internacionales, y mucho menos las cortes constitucionales o tribunales supremos nacionales han desperdiciado esta oportunidad.

## VI. CONCLUSIONES

Al iniciar este capítulo nos planteábamos, por un lado, analizar las relaciones intertribunales internacionales y dar cuenta de que esas comunicaciones son lo que definimos como diálogo; observamos que todos los tribunales internacionales en mayor o menor medida pueden referirse a otras interpretaciones, externas, pues, en ese tenor, tratándose de la relación entre el sistema europeo de derechos humanos y la Corte Interamericana, el diálogo es sólido, aunque no pasamos desapercibido que se inclina a mayores (muchas más) referencias de la Corte Interamericana hacia el Tribunal Europeo. Ciertamente, hemos utilizado una pequeña muestra —la del derecho a la vida—, pero permite probar el desequilibrado diálogo entre estos dos órganos jurisdiccionales; por otro lado, no son los únicos tribunales que convergen, y, en general, nos parece que hay una expansión en el ánimo de los jueces para tomar referencias de otros tribunales, en el ámbito de los tribunales internacionales, el diálogo existe. Este mismo efecto se repite en el ámbito de los tribunales nacionales frente a otros, o bien de los internacionales con los nacionales, y viceversa. No desestimamos algunas voces, que a nuestro juicio son las menos, cuestionan si en efecto hay un diálogo o simplemente una alusión a otros tribunales; así, hemos defendido que el acercamiento de estos tribunales a partir de réplicas jurisprudenciales, o ampliación del criterio jurisprudencial, vale como diálogo.

Podríamos decir que el diálogo está ampliamente comprobado, pero ¿hacia dónde se dirige esa tesis? ¿Es la relación intertribunales motivo de una nueva tendencia?, ¿podemos sostener la hipótesis de que estos diálogos son nuevas tendencias de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional público? Desde nuestra perspectiva, las respuestas son: sí, no dudamos de que el diálogo aquí expuesto no es necesariamente reciente; sabemos cómo la literatura especializada da cuenta en todo momento de este fenómeno, los tribunales nacionales también realizan este ejercicio, casi nadie se escapa a dialogar; sin embargo, es una nueva tendencia, porque ha permitido que la jurisprudencia internacional se revalorice frente a las otras fuentes; el diálogo expande su valor, permite que como fuente transite entre tribunales, promoviéndole en todos los tribunales internacionales lo que le

refrenda como fuente formal del derecho internacional y con lo que desestima (si es que lo hubiera el caso) al análisis de fuente auxiliar. Si bien ello no es el propósito de este texto, contribuye a que consideremos que reciente o no, este diálogo es una nueva tendencia de la jurisprudencia internacional y una tendencia de los tribunales internacionales.

## CAPÍTULO SEXTO

### LAS DECISIONES JUDICIALES COMO FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: LOS CASOS DE MÉXICO Y CHILE

Iliana RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ  
Pierre-Gilles BÉLANGER

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco legal aplicable*. III. *Elección de jueces en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: antinomias en el origen de las sentencias*. IV. *Implementación de la sentencia caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Antinomias con la realidad*. V. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*. VI. *Conclusiones*.

Se necesita la identificación de los requerimientos trascendentales para encontrar la justicia.

Amartya SEN

## I. INTRODUCCIÓN

Paralelo al orden social de cada Estado y posterior a la Segunda Guerra Mundial, se observa el esfuerzo por la construcción de una sociedad civil internacional, forjada a través de la existencia del derecho internacional y las fuentes que le dan origen.

Si bien es cierto, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) establece una aparente jerarquía de fuentes del derecho internacional, también lo es que se trata de un criterio a seguir para los jueces de dicha Corte, y, en su caso, puede ser obligatoria para los Estados que participen en la competencia litigiosa de la misma, lo que de ninguna forma im-

plica que sean las únicas fuentes o que se trate de una clasificación absoluta de este derecho. El artículo 38 no es un imperativo categórico.<sup>1</sup>

Sin embargo, una de las fuentes que se establecen por este artículo y que es ampliamente reconocida como obligatoria cuando se acepta o ratifica una jurisdicción específica y que crea un cambio sustancial en las relaciones jurídicas de los Estados y/o sus individuos, son las decisiones judiciales.

En este trabajo se aborda el valor de las decisiones judiciales, como fuente de derecho internacional, a través de dos sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que hicieron visibles situaciones anteriores que parecían ocultas a la sociedad y a la opinión pública.

En el caso mexicano, se analiza el impacto de la sentencia del Campo Algodonero; tratándose de Chile, el caso *Catrimán et al.* Estas sentencias, emitidas bajo el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), por el que se obligan los Estados Unidos Mexicanos (México) y la República de Chile (Chile), presenta una serie de antinomias con la realidad en su aplicación, lo que demuestra que aunque las decisiones judiciales (sentencias) son una fuente del derecho internacional, la colisión con la realidad en su aplicación puede generar efectos contrarios a los que busca la justicia, y que debe ser, ante todo, lograr los equilibrios ante la inequidad de un sistema internacional plagado de asimetrías sociales, políticas, económicas y culturales, que encuentra alivio progresivamente mediante la implementación de sentencias de cortes internacionales en materia de derechos humanos, que complementan el quehacer de las cortes locales en la búsqueda de justicia. Las decisiones judiciales como fuentes del derecho internacional muestran que “la pluralidad de las fuentes enriquece el alcance de la democracia global a la luz de esta perspectiva”.<sup>2</sup>

## II. MARCO LEGAL APLICABLE

El órgano judicial principal y autónomo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) es la CIJ, que aplica el derecho internacional en aquellos conflictos entre Estados o los que sometan los órganos o instituciones especializadas de la ONU, estableciendo en su artículo 38 a las decisiones judiciales como una fuente de derecho. La validez de cada una de las fuentes del Estatuto de la CIJ tiene que ver con el proceso de adopción del derecho interna-

<sup>1</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 1-4.

<sup>2</sup> Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2010, p. 441.

cional por parte del Estado, que puede seguir la teoría monista, dualista o la de coordinación o colaboracionista en la adopción del derecho internacional.

La teoría monista, cuyo máximo representante es Hans Kelsen, sostiene su análisis en el hecho de que el derecho internacional ha demostrado que las normas llamadas así (derecho internacional) pueden ser consideradas como derecho en el mismo sentido que las normas de derecho nacional. En este sentido, las pone entonces en un mismo plano. Realiza una distinción entre derecho internacional y nacional, por las características de ambos. El derecho internacional tiene fundamentalmente como sujetos a los Estados, mientras que el derecho nacional, a los individuos; por otra parte, el objeto del primero regula asuntos exteriores, mientras que el segundo, asuntos interiores; el derecho internacional es creado por dos o más Estados, mientras que el nacional es creado por la voluntad de un estado; el Estado no es un ser distinto de los individuos; el derecho internacional y el nacional no regulan la conducta de sujetos distintos, sino a los mismos, que al final son individuos, pero que se distinguen por la técnica de su regulación. Kelsen reduce la diferencia entre uno y otro derecho, por la técnica con la que nacen; como lo son las obligaciones y facultades indirectas del derecho internacional, planteando que esta clase de normas son incompletas y para su aplicación requieren de un complemento, que consiste en la designación del elemento personal, el cual hace el orden jurídico nacional, concluyendo de esta manera en que el derecho internacional obliga y autoriza a los individuos, no de modo directo, sino de manera indirecta. Al hacer referencia a los individuos como sujetos del derecho internacional, se asume ante un tribunal la representación de los intereses de sus nacionales. Al mismo tiempo que el derecho internacional ha delegado en el ordenamiento jurídico nacional la determinación de qué individuo, como órgano del Estado, deba exhibir la demanda al tribunal. Kelsen observa otros elementos, como la transformación del derecho internacional en nacional, indicando que los órganos quedan obligados de manera directa por el derecho nacional pero indirectamente por el internacional, y si es necesaria la transformación de un tratado internacional en una ley nacional, que no en todos los casos aplica, entonces el tratado obliga al Estado a decretar una ley cuyo contenido se ve determinado por el tratado.

El análisis que hace Kelsen sobre el derecho internacional y la técnica de éste, llega a la conclusión de que el derecho internacional puede definirse de la misma manera que el derecho estatal; esto es, la teoría monista kelseniana de primacía al derecho internacional,<sup>3</sup> que se expresa como

---

<sup>3</sup> Kelsen H., en su libro *Teoría pura del derecho* señala que “si se considera también el orden jurídico internacional en su relación con los órdenes jurídicos estatales particulares, y si se

un ordenamiento coactivo<sup>4</sup> que intenta lograr una conducta específica de los hombres utilizando como medio la amenaza de una sanción, la cual se impondrá de manera diferente en cada uno de los ordenamientos, y esto se debe a la amplia diversidad que existe en los derechos nacionales, que constituyen derechos modernos, en tanto que el derecho internacional es un ejemplo de un ordenamiento jurídico primitivo, caracterizado por un alto grado de descentralización. En la teoría monista, el derecho interno es el origen y el final del derecho internacional.<sup>5</sup>

En la teoría dualista destacan fundamentalmente el juriconsulto alemán Henrich Triepel y el italiano Dionisio Anzilotti. Ellos sostienen que el derecho internacional y el derecho nacional corresponden a dos órdenes jurídicos independientes, con características distintas observables desde las fuentes que les dan origen, las relaciones de los diferentes sistemas que regulan y por las diferencias en la sustancia de uno y otro ordenamiento (el internacional, enfocado a Estados soberanos en un plano de igualdad, mientras que en el plano nacional se requiere de un acto de incorporación específico).<sup>6</sup> Tanto en la teoría monista como en la teoría dualista se observa una superposición entre uno y otro ordenamiento, el nacional o el internacional, ya que existe una subordinación entre éstos.

---

supone —como muchas veces sucede— que el derecho internacional a lo sumo vale frente a un Estado, cuando éste lo reconoce, es decir, cuando el gobierno del Estado, fundándose en la constitución estatal, lo reconoce, entonces puede mantenerse la respuesta dada a la pregunta por el fundamento de validez del derecho: se trata de una norma fundante básica, presupuesta y referida a la constitución vigente del Estado. Puesto que así el derecho internacional no es más que parte integrante del orden jurídico estatal, representado como soberano, cuyo fundamento de validez está dado por la norma fundante básica referida a la constitución vigente. En tanto fundamento de validez de la constitución estatal, ella es simultáneamente el fundamento de validez del derecho internacional reconocido con fundamento en la constitución estatal, es decir, del derecho internacional establecido como válido para el Estado. La situación se modifica, sin embargo, si no se ve en el derecho internacional una parte integrante del orden jurídico estatal, sino un orden jurídico supra ordenado a todos los órdenes jurídicos estatales, como un orden jurídico únicamente soberano que delimita a los órdenes estatales en sus respectivos dominios de validez; si no se parte de la primacía del orden jurídico de un Estado, sino de la primacía del orden jurídico internacional. Este orden contiene, en los hechos, una norma que representa el fundamento de validez de los órdenes jurídicos de los Estados particulares. De ahí que pueda encontrarse el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares en el derecho positivo internacional”, pp. 225 y 226.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Porrúa, 1995.

<sup>6</sup> Becerra Ramírez, *op. cit.*, p. 13.

En la teoría coordinadora o colaboracionista, esta subordinación no existe, sino que se establece una relación de coordinación entre ambos.<sup>7</sup> Los representantes de esta teoría son principalmente Adolfo Miaja de la Muela y Antonio Truyol y Serra, ambos profesores españoles. Esta teoría es la que se sigue en este estudio, dado que México y Chile, teniendo mecanismos jurisdiccionales para resolver violaciones a derechos humanos, han aceptado como obligatoria la jurisdicción de la Corte IDH del sistema interamericano de derechos humanos. Esto se explica por el valor que tienen los tratados dentro de cada uno de sus ordenamientos respecto al texto constitucional.

En el caso mexicano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos preserva dos artículos base para el entendimiento de la adopción del derecho internacional; el artículo 1o. en materia de derechos humanos, y el artículo 133, que encierra el principio de la supremacía constitucional. El artículo 133 ha abandonado la discusión que se produce entre juzgadores, sobre una aparente jerarquización entre tratados y leyes federales, para dar paso a una interpretación de competencias. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México, tras el caso *Rosendo Radilla Pacheco* y el expediente varios 912/2010, dejó en claro el valor obligatorio de la sentencia de la Corte IDH, que condenó al Estado mexicano. Posteriormente, en la contradicción de tesis 293/2011 de ésta, se estableció el parámetro de “regularidad” del artículo 1o. constitucional; de esta forma, las normas internacionales de derechos humanos provistas en los tratados suscritos por México se adoptan en el plano local, quedando como parte de la supremacía constitucional del artículo 133. Se despoja a la norma internacional de ese carácter para convertirla en nacional a través de la mirada del derecho constitucional, mediante el parámetro de regularidad.<sup>8</sup>

En el caso de la legislación chilena, las fuentes formales del derecho son la Constitución Política de la República, las leyes, los decretos con fuerza de ley, los decretos leyes, los reglamentos, los decretos supremos, la costumbre, las sentencias judiciales y los actos jurídicos.<sup>9</sup> Igual que en México, la Cons-

---

<sup>7</sup> Si lo que se desea es destacar el impacto del derecho internacional en el ámbito nacional, se tiene por una parte que debe existir la voluntad del Estado para obligarse por una norma de este derecho, independientemente del *jus cogens* o normas imperativas del derecho internacional, donde la voluntad del Estado en reconocer este derecho resulta irrelevante para la comunidad de Estados si se produce responsabilidad por parte de un Estado a través de un hecho internacionalmente ilícito.

<sup>8</sup> Respecto al parámetro de regularidad, véase Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 66 y ss.

<sup>9</sup> Cabal, L.; Roa, M. y Lemaitre, J., “Chile, introducción al sistema legal”, *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 119-201.

titudin Nacional de Chile mantiene supremacía respecto de los demás ordenamientos. En cuanto a las fuentes de derecho internacional, se establece en la Constitución de Chile la manera en que se celebran los tratados internacionales. A diferencia de México, ambas cámaras del Poder Legislativo tienen la capacidad para aprobar o desechar los tratados internacionales, sin que se señale una jerarquía entre los diversos ordenamientos de su sistema jurídico. Sin embargo, se aprecia mediante su artículo 5o., la observancia, el respeto y la promoción de “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”<sup>10</sup> a partir de la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile. A pesar de esto, los tribunales han establecido que los tratados internacionales que tiene Chile poseen preeminencia sobre las leyes promulgadas después de estos.<sup>11</sup>

México y Chile pertenecen al sistema interamericano, por el interés de fortalecer las áreas de oportunidad de sus ordenamientos jurídicos;<sup>12</sup> es decir, complementariamente. México ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 el 2 de marzo de 1981 y Chile firmó la Convención el 22 de noviembre de 1969 y la ratificó el 10 de agosto de 1990.<sup>13</sup>

Ambos países emitieron declaraciones y reservas respecto a la Convención. En este instrumento, Chile reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención, dejando constancia de que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente, el gobierno de Chile, al aceptar la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona”.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Constitución Política de Chile. Disponible en: [http://www.senado.cl/constitucion-politica-capitulo-i-bases-de-la-institucionalidad/prontus\\_senado/2012-01-16/093048.html](http://www.senado.cl/constitucion-politica-capitulo-i-bases-de-la-institucionalidad/prontus_senado/2012-01-16/093048.html), consultada el 1 de marzo de 2015.

<sup>11</sup> Cabal, L.; Roa, M. y Lemaitre, J., *op. cit.*, pp. 119-201.

<sup>12</sup> Arrighi, Jean Michel, *La OEA y el derecho internacional*, México, Porrúa, 2015.

<sup>13</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm), consultado el 19 de febrero de 2015.

<sup>14</sup> *Idem.*

En el caso de México, el 16 de diciembre de 1998 el gobierno emitió una declaración respecto del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH, relativa a: 1) sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, salvo en aquellos casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente al tema de “persona non grata”; 2) la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH no tendría efectos retroactivos respecto de los hechos ocurridos antes del depósito de la Convención, y 3) la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH es con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado.<sup>15</sup>

### III. ELECCIÓN DE JUECES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ANTINOMIAS EN EL ORIGEN DE LAS SENTENCIAS

El Pacto de San José, en el capítulo III, establece la composición de la Corte IDH. La Corte IDH se compone de siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA, que “son elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos”.<sup>16</sup> De acuerdo con el artículo 53, los jueces de la Corte se eligen de una lista de candidatos propuestos por los Estados, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados parte de la Convención, en la Asamblea General de la OEA. Cada Estado parte puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la OEA. Al menos uno en la terna deberá ser nacional de un Estado distinto delponente.<sup>17</sup>

En estos supuestos normativos de la Corte IDH, aunque hay proceso ulterior de decisión conjunta por la Asamblea General del OEA en la selección de los jueces de ésta, la selección previa corresponde a los Estados bajo los criterios prescritos en el Estatuto de la Corte IDH bajo el artículo 4o. sobre la composición de la misma Corte.

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> *Ibidem*, artículo 52.

<sup>17</sup> *Ibidem*, artículo 53.

Sin embargo, ni en México ni en Chile se presentan por concurso y/o meritocracia los candidatos a jueces o juezas de la Corte IDH, los criterios de selección siguen siendo discrecionales y sin que se cuestione públicamente la capacidad u honorabilidad de los integrantes de un terna, por lo que no puede descartarse la posibilidad de que los designados a jueces por parte de los Estados guarden o no vínculos ideológicos y/o políticos con los gobernantes en turno, ya que si el proceso de selección de los candidatos por cada Estado parte se realiza conforme a procedimientos adoptados a nivel nacional por cada uno de ellos, en México no hay ningún procedimiento formal establecido. De forma informal la Secretaría de Relaciones Exteriores realiza consultas con otras entidades competentes de la administración pública federal, para definir al candidato o candidata, luego se forma un panel de expertos independientes, para evaluar candidaturas de comisionados de la CIDH y jueces de la Corte IDH, cuyos miembros hacen las recomendaciones a los Estados parte y a la OEA para la selección de candidatos y su posterior elección. Esto se desprende del Informe Final del Panel Independiente para la Elección de Comisionados y Jueces Interamericanos, 2015 y 2017, impulsados por la *Open Society Justice Initiative* (su fundador es el magnate y filántropo George Soros), que convocó al “Panel Independiente para la Elección de Comisionados/as y Jueces/zas interamericanos/as (el Panel), con el apoyo de una amplia gama de ONG, universidades y clínicas jurídicas en toda la región. Establecido como una entidad independiente, el Panel está compuesto de cinco personas con larga experiencia y conocimiento de los derechos humanos y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.<sup>18</sup>

En el Informe del panel independiente del 2 de junio de 2015 se señala en su metodología de selección, que el panel

consideró los materiales escritos presentados por los candidatos en el formulario de Currículum Vitae, resúmenes biográficos y datos personales. Si estaban disponibles, examinamos decisiones judiciales, documentos académicos, ponencias, publicaciones en blogs de los candidatos y cualquier otra información pública. También desarrollaron y enviamos un cuestionario, personalizado para la Corte y la Comisión a fin de obtener información sobre los requisitos legales y adicionales mencionados anteriormente. Decidimos no utilizar reportes de prensa u otra información de segunda mano por falta de tiempo, mandato y recursos para verificar dicha información. Aunque hemos

<sup>18</sup> Informe Final del Panel Independiente para la Elección de Comisionados y Jueces Interamericanos, 2 de junio de 2015, p. 2, disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/iachr-panel-report-esp-20150611.pdf>, consultado el 15 de noviembre de 2017.

recibido las sugerencias de grupos de la sociedad civil de la región acerca de las recomendaciones para el futuro, no hemos recibido información sobre candidatos específicos, por razones similares. Todas las conclusiones y decisiones del Panel han sido alcanzadas por consenso.<sup>19</sup>

En el Informe del panel independiente del 5 de junio de 2017, para proponer comisionados a la CIDH, se incluyó el proceso de entrevistas con los candidatos, pero que por razones de tiempo no pudieron concretarse: “Para completar de mejor forma la información sobre la cual se iba a construir la evaluación, el Panel hubiera deseado celebrar entrevistas con los y las candidatas; sin embargo, por razones de tiempo y disponibilidad, ellas no pudieron ser concretadas”.<sup>20</sup>

Por lo anterior, y sin demeritar la carrera o reputación de cualquier miembro de la CIDH y la Corte IDH, se afirma que el proceso de designación de comisionados(as) o jueces (zas) en el SIDH no es completo ni exhaustivo, dejando vacíos ante la falta de formalidad en la exigibilidad de requisitos plasmados en una ley, quedando en la buena fe de la sociedad civil el informe que llega a la OEA. El panel independiente en todo caso es un filtro entre el Estado y esta organización internacional, que no suplente la capacidad del Estado en la selección final del candidato. La ausencia de un proceso legal y formal interno de designación, abierto y plural, puede cuestionar una designación y, por tanto, el valor de su voto en una decisión judicial.

Richard A. Postner afirma que en estas posiciones existe una correlación entre personalidad y política. En el caso de los jueces americanos, Postner señala que sus convicciones políticas sean de derecha o izquierda, pueden incidir en decisiones legales indeterminadas en temas que van desde la autoridad y la familia hasta temas de igualdad y naturaleza humana. Sin embargo, este autor, que acota el análisis económico del derecho a lo largo de sus obras, también indica que las convicciones ideológicas de un juez pueden verse superadas por su preocupación por ciertos valores institucionales, como la deseabilidad de reglas concisas. Esto ilustraría un juez autoritario o podría tratarse de un juez con convicciones ideológicas débiles, escéptico del razonamiento jurídico, lo que haría difícil su clasificación

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 6 y 22-28. En el informe se observa que dos de los aspirantes a comisionados o jueces del sistema IDH no responden al cuestionario, dejando el proceso incompleto y nuevamente sujeto a críticas.

<sup>20</sup> Informe Final del Panel Independiente para la Elección de Comisionados y Comisionadas para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2017, p. 8, disponible en: [http://www.dplf.org/sites/default/files/iachr\\_panel\\_2017\\_final\\_report\\_esp\\_0.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/iachr_panel_2017_final_report_esp_0.pdf).

política. O puede ser que su ideología sea incoherente, o no posea ideología alguna.<sup>21</sup>

Postner recorre una gama de hipótesis de los tipos de jueces y explica cómo pueden ser influenciados en sus fallos; no obstante, nunca asevera que así sea; siempre deja ver que pueden estarlo o no. Problematiza aún más el quehacer de los jueces, más allá de sus ideologías, emociones y percepciones, al introducir los condicionantes externos de la actividad de juzgar.

Esto nos lleva a considerar que para garantizar la total imparcialidad en las decisiones judiciales, los Estados deben construir y/o transparentar los mecanismos de selección interna de los candidatos a jueces ante cortes internacionales. Este elemento es indispensable para generar la eficacia y la no suspicacia de las decisiones judiciales provenientes de este ámbito. En la medida en que el Estado transparenta o implementa la aplicación de una ley, en este caso aquella ausente en la designación interna de candidatos a jueces de la Corte IDH, fortalece, desde su origen, las decisiones judiciales.

#### IV. IMPLEMENTACIÓN DE LA SENTENCIA *CASO GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO. ANTINOMIAS CON LA REALIDAD*

En Ciudad Juárez, Chihuahua, existe violencia de género desde la década de los noventa. Esto ha llevado al legislador a establecer el tipo penal del feminicidio a nivel federal. En México, el Código Penal Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 1931, establece el feminicidio en el capítulo V, artículo 325, que cita:

Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima; IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza; V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; VI. La víctima haya sido incomunicada,

<sup>21</sup> Postner, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 120 y 121.

cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida; VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.<sup>22</sup>

En este tipo penal no se alude al sexo de quien comete el delito, sino a la calidad de la víctima, que es mujer, en tanto en obras como *Feminicidio: una perspectiva global*, se le define como el “asesinato de mujeres por hombres, por ser mujeres”. En la sentencia *caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* se expone el crimen de tres jóvenes mujeres, que visibilizó esta violencia de género en el estado de Chihuahua, y que alertó sobre la posible configuración de feminicidios. Sin embargo, hasta 2017, dicho estado donde ocurren los hechos carecía del feminicidio como tipo penal; aunque su Código Penal, publicado en el *Periódico Oficial* del 27 de diciembre de 2006, ordena dentro de sus artículos transitorios en el numeral segundo, que:

El Poder Ejecutivo del Estado de Chihuahua, a través de la Fiscalía General del Estado, en el ámbito de su competencia y capacidades, de acuerdo al Resolutivo 18 de la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, verificará la estandarización de sus protocolos para la investigación del Feminicidio.<sup>23</sup>

Es decir, sólo para efectos de investigación. Tras este transitorio, dicho código tuvo diversas reformas y adiciones en sus artículos 136 y 126 bis (*Periódico Oficial* del estado, 28 de octubre de 2017), que, es cierto, no señalan al feminicidio como tal, ya incluyen la comprensión del fenómeno criminal, desde una perspectiva de género, al penalizar cuando se trate de víctimas del delito de homicidio y sean del sexo femenino o menores de edad, y/o a quienes priven de la vida a una mujer por razones de género, o cuando se cometa por razones de género contra una persona con identidad de género distinta a su sexo. En este sentido, la sentencia de “Campo Algodonero”, aunque tardíamente, ha tenido impacto positivo en la transformación del ordenamiento legal.

### 1. Hechos

El caso que resolvió la Corte IDH en el tema nace a partir del hallazgo de los cuerpos de tres jóvenes en 2001 (Laura Berenice Ramos Monárrez

<sup>22</sup> Código Penal Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 14 de agosto de 1931.

<sup>23</sup> Código Penal publicado en el *Periódico Oficial*, núm. 103, del 27 de diciembre de 2006.

de diecisiete años de edad, estudiante de quinto semestre de preparatoria; Claudia Ivette González de veinte años, quien trabajaba en una empresa maquiladora, y Esmeralda Herrera Monreal, de quince años, estudiante de tercero de secundaria y trabajadora doméstica) en un campo algodonero de Ciudad Juárez.<sup>24</sup> Los familiares de las víctimas intentaron agotar los recursos legales internos, pero el acceso a la justicia les fue negado y por ello decidieron acudir a instancias internacionales, específicamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que aceptó la queja de los peticionarios y ante la falta de cumplimiento del gobierno mexicano, la Comisión llevó el asunto ante la Corte IDH.<sup>25</sup>

Los representantes de las familias en este caso, fueron organizaciones de la sociedad civil, como la Asociación Nacional de Abogados Democráticos A. C., el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, la Red Ciudadana de No Violencia y por la Dignidad Humana y el Centro para el Desarrollo Integral de la Mujer, A. C. Su intención era probar la responsabilidad internacional al Estado mexicano por la desaparición y posterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez. La responsabilidad del Estado se buscaba por las siguientes razones: a) falta de medidas de protección a las víctimas, siendo dos menores de edad; b) falta de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género, mejor conocido como “las muertas de Juárez”, y c) falta de diligencia en la investigación de los asesinatos, denegación de la justicia y reparación adecuada.

La CIDH consideró violentados los siguientes derechos y obligaciones:<sup>26</sup> derecho a la vida (artículo 4o.), derecho a la integridad personal (artículo 5o.), garantías judiciales (artículo 8o.), derechos del niño (artículo 19), protección judicial (artículo 25); en obligaciones señaló las de respetar los derechos (artículos 1.1), adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2o.), y las derivadas de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 7o.).

---

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia del 16 de noviembre de 2009. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf) y [http://www.campoalgodonero.org.mx/Consultadas el 12 de noviembre del 2014](http://www.campoalgodonero.org.mx/Consultadas%20el%2012%20de%20noviembre%20del%202014).

<sup>25</sup> La fecha de presentación de la petición fue el 6 de marzo de 2002, el informe de admisibilidad (16/05, 17/05 y 18/05) es del 24 de febrero de 2005, y el informe de fondo (28/07) del 9 de marzo de 2007. La CIDH remitió el asunto a la Corte IDH el 4 de noviembre de 2007.

<sup>26</sup> *Idem*.

## 2. *Secuencia de hechos jurídicos*

El Estado mexicano aceptó parcialmente su responsabilidad internacional, particularmente en las primeras etapas de las investigaciones, que indicó se habían subsanado (*caso “Campo Algodonero” vs. México*). Como reparación del daño causado se exponen recursos económicos, asistencia médica y psicológica, así como asesoría jurídica. Concluye alegando que el Estado no puede ser declarado responsable de forma directa o indirecta por violaciones al derecho a la vida, la integridad personal y libertad personal en el caso *sub judice*. Ante esto, la Comisión valoró que era un avance el que el Estado reconociera su obligación en el caso, pero que no puede únicamente decir que las violaciones sobre todo al debido proceso se dieron sólo en la “primera parte de la investigación”. La Corte IDH declara que ha cesado la controversia sobre la violación de los artículos 5.1, 8.1, 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de los familiares de las víctimas identificados, porque el Estado ha aceptado violaciones en la primera etapa de las investigaciones. Sin embargo, considera que subsiste la controversia sobre las violaciones a los artículos 4o., 5o., 7o., 11 y 19 de la Convención, en relación con el 1.1 y 2 de la misma y el 7 de la Convención Belém do Pará. En cuanto a la segunda etapa, persisten las violaciones a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma. La Corte IDH declara que el Estado deberá reparar el daño de lo ya aceptado y expone algunas recomendaciones.

Un aspecto vital en la sentencia de la Corte IDH contra México fue el hecho de que las autoridades tenían un plazo tras cumplirse las 72 horas desde la desaparición de una persona, para comenzar la búsqueda. La Corte señaló que el Estado no pudo probar de manera fehaciente que en realidad se haya atendido la búsqueda de las víctimas con prontitud e inmediatez.

## 3. *Sanciones para el Estado*

Esto llevó al Estado mexicano a la entrega de una indemnización proveniente del Fondo de Auxilio Económico a Familiares de Víctimas de Homicidios de Mujeres, que quedó de la siguiente forma:

<i>Familiar</i>	<i>Monto</i>
Esmeralda Herrera Monreal (víctima)	—
Irma Monreal Jaime	\$136,656.00
Benigno Herrera Monreal	\$34,164.00
Adrián Herrera Monreal	\$34,164.00
Juan Antonio Herrera Monreal	\$34,164.00
Cecilia Herrera Monreal	\$34,164.00
Claudia Ivette González (víctima)	—
Irma Josefina González Rodríguez	\$273,312.00
Laura Berenice Ramos Monárrez (víctima)	—
Benita Monárrez Salgado	\$136,656.00
Daniel Ramos Canales	\$136,656.00

Entre los otros apoyos que la Corte desconoció como parte de la indemnización, pero que le reconoce al Estado, son los siguientes: fondo de auxilio (antes mencionado), apoyo para viviendas del organismo estatal de vivienda para la señora González y el señor Adrián Herrera Monreal, siendo de un monto de 114,200.00 pesos, respectivamente; apoyo para un proyecto productivo de Sedesol por la cantidad de 60,000.00 y de 83,000.00 pesos, y despensas y otros donativos en especie y dinero en efectivo. Por lucro cesante se condenó al Estado a pagar por Esmeralda Herrera Monreal: 145,500.00 dólares; por Claudia Ivette González: 134,000.00 dólares y por Laura Berenice Ramos Monárrez: 145,500.00 dólares. Además, el Estado deberá pagar la indemnización correspondiente al daño inmaterial a los familiares que lo solicitaron.

La tarea del juzgador parece acabarse con la decisión judicial; sin embargo, los pendientes a la fecha de esta sentencia de la Corte IDH continúan. No se ha sancionado a los funcionarios acusados de irregularidades en este proceso judicial, y el Estado mexicano no logra mejorar lo dispuesto por el Protocolo de Estambul, no ha podido crear las políticas públicas que atiendan las necesidades estratégicas para erradicar la violencia y los crímenes particularmente en contra de las mujeres. Al respecto, el informe de Amnistía Internacional de 2016 titulado “Sobrevivir a la muerte: tortura de mujeres, por policías y fuerzas armadas en México” muestra información relativa a que la policía y las fuerzas armadas mexicanas “someten constantemente a las mujeres, a tortura y otros malos tratos donde la violencia sexual es una práctica habitual durante el arresto y el interrogatorio...”<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Amnistía Internacional, “Sobrevivir a la muerte: tortura de mujeres por policías y fuerzas armadas en México”, Informe de junio de 2016.

El Estado todavía no ha implementado programas y cursos de carácter permanente para la educación y la capacitación en materia de derechos humanos y la equidad de género. Está pendiente brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica de manera inmediata y gratuita a través de instituciones estatales a las y los familiares de las víctimas.

De acuerdo con una publicación en *Excélsior* de 2013<sup>28</sup> reveló que las cifras de violencia en contra de la mujer indicaban un aumento de 400% en el noroeste del país, cifra que liberó la Secretaría de Gobernación ante el Senado. En consecuencia, se realizó una investigación en la que se encontró que la muerte de mujeres producida por arma de fuego incrementó 2.8% de 2001 a 2010, y las muertes por causa de golpes había aumentado de 8.2% a 18.7% en el mismo periodo. En cuanto a los crímenes que comprenden ahorcamiento, estrangulamiento y ahogamiento, subió de 9% a 12.5%.

En 2016, de acuerdo con cifras del INEGI, la violencia en México en contra de mujeres se ha incrementado en 41.3% en lo que se refiere a violencia sexual, 49% en violencia emocional, 29% en violencia económica o patrimonial o discriminación en el trabajo y 34% en violencia física.<sup>29</sup>

La sentencia “Campo algodoner” de la Corte IDH exhibe la problemática de crímenes y la violencia contra mujeres, pero no ha logrado la entera satisfacción de los deudos de las víctimas ni ha logrado el impacto en el cambio político, social y cultural, para mitigar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, particularmente respecto a los feminicidios. Las resoluciones judiciales como fuentes del derecho, tienen que ser vistas por los Estados con la misma obligatoriedad del cumplimiento que se le da a otras fuentes del derecho internacional, como son los tratados de donde derivan las facultades y obligaciones de las cortes internacionales y los Estados, respectivamente.

#### V. CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) VS. CHILE

Con la sentencia del caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, no se sabe si la decisión de la Corte Interamericana va a cambiar la relación entre en el pueblo Mapuche y el Estado chi-

<sup>28</sup> Robles de la Rosa, Leticia, “Crece hasta 400% agresión a mujeres reporta la Secretaría de Gobernación”, disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2013/02/14/884242>, consultado el 8 de enero de 2105.

<sup>29</sup> Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2016, INEGI, disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/especiales/endireh/2016/>.

leno. Tampoco se sabrá si a estas alturas y momentos las autoridades chilenas van a cumplir de manera importante o integral todas las recomendaciones de la Corte IDH. En el caso chileno, tratándose de democracia fuerte en la región, se tiene la convicción en sus instituciones y en no dudar de sus acciones, aunque existan antecedentes donde se cuestiona la conducción del Estado, como el *caso Palamara*.<sup>30</sup> Chile se complementa abriéndose a las exigencias de las normas internacionales, pero más a las decisiones de la Corte IDH.

¿Qué está pasando con uno de los casos chilenos más mediáticos en el siglo XXI, el *caso Mapuche o Catrimán*,<sup>31</sup> que todavía el Estado no logra la aplicación de las sentencias de la Corte?

La respuesta es que pese a una reforma muy exitosa en Chile del sistema penal, incluyendo nuevas instituciones por el Estado para el imputado y de alguna manera para las víctimas también,<sup>32</sup> el sistema jurídico-político no cuestionó el cambio de los comportamientos de los actores judiciales y de sus valores que aplican cuando hay un espacio permitido para la discreción. No se hubiera podido escoger mejor caso que el de los mapuches para demostrar la importancia de un punto de vista externo para ajustarse a los valores internacionales de los derechos humanos o de la persona, particularmente cuando se reproducen valores integrales dentro de sus *habitus*, cultura, grupo de interés.

Como consecuencia, es difícil para un Estado aplicar recomendaciones que atacan de cierta forma su campo habitual jurídico-político.

Entre las democracias más grandes de América Latina, Chile se inscribe hoy entre las eficientes. Sin embargo, la eficiencia, así como lo mencionaban Trebilcock y Daniels, puede representar también un Estado de derecho que promueva valores que se oponen a los derechos humanos, cuando menos a los cuales estamos tradicionalmente acostumbrados.<sup>33</sup>

Matrimonios homosexuales, reivindicaciones territoriales autóctonas, autoridades reconocidas que no forman parte de la mayoría de la elite, pro-

---

<sup>30</sup> *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, 2005, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf), consultado el 27 de abril de 2016. Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la censura previa impuesta a la publicación del libro *Ética y servicios de inteligencia*, la incautación de todo material relacionado con ella, la detención arbitraria de Humberto Antonio Palamara Iribarne y la falta de un debido proceso diligente.

<sup>31</sup> *Caso Norin Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2014, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf).

<sup>32</sup> Derecho a querrelante por las víctimas, además de un sistema de querellantes pagado por el Estado en crímenes graves.

<sup>33</sup> Trebilcock, Michael J. y Daniels, Ronald J., *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Press, 2008, p. 372.

pietarios que exigen tasas de interés menores, todos ellos son indicadores que no ayudan al Estado de derecho a salir vencedor de las costumbres normales. Graham Mayeda, en uno de sus artículos recientes,<sup>34</sup> hacía notar claramente que la reivindicación del derecho exigía hoy en día un nuevo diálogo, que debía instalarse entre los intereses opuestos, dejando así de penalizar a aquellos y aquellas que no participan en el campo regular. Aunque sea un desafío mundial, es todavía más frágil para dichos Estados que vuelven a entrar en este renacimiento democrático.

Por lo tanto, un fenómeno importante que pasa desapercibido con frecuencia en el análisis de la crisis de los derechos humanos que afecta a varios países de América Latina es el del incremento de la criminalización de las acciones que difieren de los usos y costumbres del lugar. Dichas acciones llegan a crear, tal como lo mencionaba Bourdieu, “un bastardo” en el estudiante reivindicador, aunque provenga de una familia acomodada. ¿Por qué reclama derechos a la escolaridad cuando su porvenir está totalmente garantizado? Es entonces que él es estigmatizado y, de repente, se vuelve artificial y socialmente vulnerable: “Las dificultades de codificación, que aparecen diariamente para el sociólogo, obligan a reflexionar respecto a estos inclasificables de la sociedad (como los que trabajan para pagar sus estudios), esos seres «bastardos» según el principio de división dominante”.<sup>35</sup>

Las nuevas democracias, las que han prometido ser eficientes, se dirigen también a la gente que compromete esa eficiencia, que cuesta dinero a la sociedad. Los y las que reivindican en la plaza pública una redistribución y defienden lo que les parece justo se volverán vulnerables bastante rápido y a veces a través de conminaciones no observadas, serán considerados como criminales, inclusive como terroristas, como en el caso de los mapuches, en Chile.

Entre los cinco países de América Latina que reprimen más a los defensores de los derechos a través de las leyes se encuentran México y Chile. Aunque el país sudamericano no sufre una crisis de seguridad ligada al narcotráfico y a la delincuencia como el norteamericano, ahí encontramos, sin embargo, la legislación más antigua que permite la criminalización de la acción colectiva.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Mayeda, Graham, “Has Public Protest Gone to the Dogs? A Social Rights Approach to Social Protest Law in Canada”, 2014. Disponible en : <http://socialrightscura.ca/documents/book/GM-protest.pdf>.

<sup>35</sup> Bourdieu, Pierre, “Habitus, code et codification”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, núm. 64, 1986, p. 42.

<sup>36</sup> La Ley 18.314, más conocida como “Ley Antiterrorista”, fue promulgada el 16 de mayo de 1984, cuando el régimen de Pinochet enfrentaba una ola de protestas, y algunos

El fenómeno es de actualidad, y, según nosotros, tan sólo miradas externas pueden llegar a apaciguar este uso del derecho como si se debieran reproducir hábitos pasados, cotos de caza tradicionales, los más profundos, los que no se deben eliminar, los que pertenecen a los caudillos o a la elite con apellidos de origen vasco<sup>37</sup> bajo el amparo del derecho.

La criminalización o penalización de las acciones colectivas es reportada por una gran cantidad de organizaciones internacionales; no obstante, éstas lo hacen cuando un grupo reconocido como vulnerable es alcanzado, o cuando recibe la atención internacional. Sin embargo, en la menor de las acciones y de las actitudes diarias existe una lógica enunciada, un diálogo que se evapora entre el ciudadano y el Estado de derecho. Es la razón por la que en este estudio se ha elegido el caso en la causa *Catrimán*.<sup>38</sup> No tan sólo como mirada externa esencial para atenuar los hábitos<sup>39</sup> de los actores jurídicos, sino para demostrar que a veces no se logra concretar el principio de la igualdad en procesos judiciales ante los abusos del Estado, en contradicción a la intención de las reformas y la renovación democrática de América Latina. Se trata de un elemento intrínseco, fuera de la formalidad, o “fuera del derecho perfecto”.

En el *caso Catrimán*, la Corte emitió el 29 de mayo de 2014, un dictamen que afectó la actitud intrínseca de los actores jurídicos chilenos,<sup>40</sup> comprometiendo la aplicación de la ley antiterrorista chilena a las comunidades autóctonas.

---

grupos de oposición validaban la vía armada insurreccional. En 1991, cuando llegó la democracia, fue modificada eliminando sus aspectos más ideológicos, aunque para algunos sigue siendo un recurso excesivo. Publicada en el *Diario Oficial*, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731>.

<sup>37</sup> Barandiarán, Javiera, “Researching Race in Chile”, *Latin American Research Review*, Berkeley, University of California, vol. 47, núm. 1, 2013, pp. 161-176.

<sup>38</sup> *Caso Norin Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*.

<sup>39</sup> *Habitus* se refiere a la noción del *habitus* de Pierre Bourdieu, que significa, entre otros, que dentro del campo jurídico se reproducen por los actores jurídicos, fuera del derecho formal, normas adquiridas, y que se aplican como un sistema de disposiciones permanentes, establecidas como principio que genera y organiza las prácticas representativas como formas de actuar y de pensar, que el individuo adquirió a lo largo de su historia en una interrelación activa. Véase Bourdieu, Pierre, *Le sens pratique*, Paris, Éditions de Minuit, 1980.

<sup>40</sup> *Segundo Aniceto Norin Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y Otros vs. Chile*, del 5 de noviembre de 2010, Inter-Am Comm HR, Informe 176/10. Disponible en: [www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.576FondoEsp.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.576FondoEsp.pdf).

## 1. *Hechos*

Los hechos son numerosos, y contienen a un grupo de indígenas que fueron sometidos a juicio en 2003 bajo la Ley 18.314 (Ley Antiterrorista).

Ellos estaban acusados de conspiración, planeación y de iniciar incendios en contra de la propiedad de compañías forestales y rancheros localizados en varias municipalidades en Araucanía y Biobío, y les impusieron sentencias de entre cinco y diez años en prisión, así como restricciones en el ejercicio de sus derechos de expresión y libertad política.

Esto ocurrió en el marco de la protesta mapuche, que reclamaba la devolución de sus tierras ancestrales. La dictadura de Augusto Pinochet (1973-1990) canceló las propiedades comunales en 1981 y favoreció la propiedad privada, beneficiando así a las compañías madereras.<sup>41</sup>

La Ley Antiterrorista aprobada en 1984 da sentencias más duras para crímenes por incendio, homicidio y secuestro, duplicando las establecidas por el Código Penal. La ley también permite el uso de “testigos sin cara”, al restringir el acceso a medidas precautorias y extender los periodos de sentencia para prisión preventiva.

## 2. *Secuencia de hechos jurídicos*

El caso fue llevado a la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos entre 2003 y 2005, en cuatro peticiones separadas, que fueron presentadas conjuntamente.

El 31 de marzo, el 2 y 9 de abril de 2003, el juicio oral tuvo lugar en la Corte de Juicios Criminales de Angol. El 14 de abril de 2003, la Corte declaró inocentes a los acusados y ordenó al Ministerio Público, así como a los acusadores privados, a pagar los costos de la Corte y los honorarios de los abogados de la defensa. También declaró sin lugar la acción judicial interpuesta por uno de los acusadores privados, ordenándole pagar los costos de la Corte.

El 24 de abril de 2003, el Ministerio Público y los acusadores privados integraron una apelación ante la Suprema Corte basada en violaciones procesales en el juicio de la corte anterior. El 2 de julio del mismo año, la Suprema Corte anuló la acción judicial de inocencia y ordenó a la Corte proceder a un nuevo juicio.

---

<sup>41</sup> *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile.*

El segundo juicio se llevó a cabo el 9, 13, 15 y 22 de septiembre de 2003. La decisión fue dictada el 27 de septiembre del mismo año. En el segundo juicio, la señorita Troncoso fue absuelta. El señor Pichún fue declarado inocente del cargo de incendio intencional de las viviendas de la plantación forestal Nancahue, mientras que el señor Norín fue absuelto del mismo cargo en la plantación forestal San Gregorio, así como del cargo de amenazas en contra de los dueños y el administrador de la plantación Nancahue. En el mismo juicio, el señor Pichún fue declarado culpable de amenazas terroristas contra el administrador y los dueños de la plantación Nancahue, según el artículo 7o. de la Ley 18,314. El señor Norín fue declarado culpable de amenazas terroristas en contra de los dueños de la plantación forestal San Gregorio.

Las dos presuntas víctimas fueron sentenciadas a cinco años y un día de cárcel, el grado mínimo de castigo; impedimento total y permanente para ocupar un cargo público o ejercer sus derechos políticos, así como completa inhabilitación para ejercer actividades profesionales hasta el cumplimiento de la sentencia y el pago total de los costos de la Corte. Además, las partes encontradas culpables fueron descalificadas para ocupar un cargo público, elegido o no; de ser director o superior en un establecimiento educativo u ocupar una posición de maestro; de dirigir una organización mediática o ser parte de la administración de la misma, o estar relacionado con la emisión o diseminación de opiniones o información; y de ser líderes de organizaciones políticas o miembros de organismos de comunidades, profesionales, de negocios, de sindicatos, estudiantiles, en general.

Ninguna de las formas alternativas de cumplir con la sentencia impuesta por la Ley 18,216 fue puesta a disposición de los acusados; la sentencia expresa ordenó la encarcelación.

A principios de octubre de 2003, la defensa de los señores Norín y Pichún presentó una apelación del veredicto ante la Suprema Corte basada en violaciones procesales. El 15 de diciembre de 2003, la Suprema Corte denegó la apelación.

#### *A. Ante la Comisión*

El 15 de agosto de 2003 se presentaron dos peticiones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El señor Norín Catrimán presentó la primera; el señor Pichún Paillalao, la segunda. Las peticiones se agrupan en la petición 619/03.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> *Caso Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao vs. Chile*, Informe de Admisibilidad, Informe núm. 89/06, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso núm. 12.576, 5, 21 de octubre de 2006.

El 13 de abril de 2005, los señores Huenchunoa Mariñán, Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia y la señora Troncoso Robles presentan la petición 429/05 a la Comisión.<sup>43</sup>

El 20 de mayo de 2005, el señor Ancalaf Llaupe presenta la petición 581/05 a la Comisión.<sup>44</sup>

El 21 de octubre de 2006, la Comisión aprueba el Informe de Admisibilidad núm. 89/06 (en relación con la petición 619/03), que declara admisible el caso relacionado con las presuntas violaciones de los artículos 8o. (garantías judiciales) y 9o. (principio de legalidad y de retroactividad) en relación con los artículos 1o. (1) (obligación de respetar los derechos) y 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana.<sup>45</sup>

El 23 de abril de 2007, la Comisión aprueba el Informe de Admisibilidad 33/07 (en relación con la petición 581/05), que declara admisible el caso relacionado con las presuntas violaciones de los artículos 8o. (garantías judiciales), 9o. (principio de legalidad y de retroactividad) y 24 (igualdad ante la ley) en relación con los artículos 1o. (1) (obligación de respetar los derechos) y 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana.<sup>46</sup>

El 23 de abril de 2007,<sup>47</sup> la Comisión aprueba el Informe de Admisibilidad 32/07 (en relación con la petición 429/-05), que declara admisible el caso relacionado con las presuntas violaciones de los artículos 8o. (garantías judiciales), 9o. (principio de legalidad y de retroactividad) y 24 (igualdad ante la ley) en relación con los artículos 1o.(1) (obligación de respetar los derechos) y 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana.<sup>48</sup>

El 5 de noviembre de 2010, la Comisión emite el Informe de Fondo 176/10 en relación con las tres peticiones.<sup>49</sup> La Comisión llega a la conclu-

---

<sup>43</sup> *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*, fondo, indemnizaciones y costas, 2(a)(iii).

<sup>44</sup> *Ibidem* 2(a)(iv).

<sup>45</sup> *Caso Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao vs. Chile*, informe de admisibilidad, 4; véase también *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, informe de fondo, 2.

<sup>46</sup> *Caso Victor Manuel Ancalaf Llaupe vs. Chile*, informe de admisibilidad, 4.

<sup>47</sup> Algunos de los documentos de la Corte establecen que este informe es de fecha 2 de mayo de 2007, véase *caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, informe de fondo, 7.

<sup>48</sup> *Caso Juan Patricio Marileo Saravia y otros vs. Chile*, informe de admisibilidad 32/07, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.612, 4, 23 de abril de 2007.

<sup>49</sup> *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, fondo, indemnizaciones y costas, 2(c).

sión de que las víctimas fueron juzgadas y condenadas por delitos de terrorismo en virtud de leyes que eran ambiguas, imprecisas e incompatibles con el principio de legalidad.<sup>50</sup>

Las víctimas fueron condenadas por delitos de terrorismo a causa de su origen étnico, como miembros, líderes o activistas del pueblo indígena mapuche.<sup>51</sup> La Comisión observa que los tribunales del Estado tomaron la decisión de condenar a los peticionarios sobre la base de caracterización del “conflicto mapuche” como un conflicto ilegítimo y violento desatado por los mapuches contra el Estado.<sup>52</sup>

La Comisión concluye que el Estado es responsable de violar el principio de legalidad, en virtud del artículo 29, el derecho a la igual protección de la ley y a la no discriminación en virtud del artículo 24, el derecho a la libertad de expresión y a los derechos políticos en virtud de los artículos 13 y 23, la presunción de inocencia en virtud de los artículos 8o. (1) (2) y 9o., el derecho a interrogar a los testigos en virtud del artículo 8o. (2) (f), el derecho a apelar una sentencia en virtud del artículo 8o. (2)(h), y el derecho a un juez imparcial en virtud del artículo 8o. (1) en relación con los peticionarios individuales<sup>53</sup>. La Comisión también determina que el Estado violó los artículos 8o. (garantías judiciales), 9o. (principio de legalidad y de retroactividad), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad ante la ley), en lo que se refiere a la “integridad socio-cultural del pueblo mapuche como un todo”.<sup>54</sup> La Comisión concluye que el Estado no violó los artículos 8o. (1) (derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente) y 8o. (4) (prohibición de nuevo juicio por los mismos hechos).

La Comisión recomienda al Estado, eliminar los efectos de las condenas por terrorismo impuestas a los peticionarios, permitir a los peticionarios que se revisen sus condenas, indemnizar a los peticionarios, modificar la Ley Antiterrorista para que cumpla con el artículo 9o. (principio de legalidad y de retroactividad) de la Convención Americana, modificar las leyes nacionales de procedimiento penal para que cumplan con los artículos 8o. (2)(f) (derecho de la defensa a obtener la comparecencia de testigos y de interrogarlos) y 8o. (2)(h) (derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal

---

<sup>50</sup> *Caso Norin Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, informe de fondo, 5.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> *Caso Norin Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, fondo, indemnizaciones y costas, 2(c).

<sup>54</sup> *Idem*.

superior) de la Convención Americana, y adoptar medidas para eliminar la discriminación basada en el origen étnico en el poder público y en la administración de justicia.

### B. *Decisión de la Corte*

El 7 de agosto de 2011, la Comisión presentó el caso ante la Corte después de que el Estado omitiera adoptar sus recomendaciones. Estamos aquí ante un punto importante. La Comisión alegaba que hubo violaciones de los siguientes artículos:

- Artículo 8o. (2) (f) Derecho de la defensa a obtener la comparecencia de testigos y de interrogarlos.
- Artículo 9o. Principio de legalidad y de retroactividad, ambos en relación con:
- Artículo 1o. (1). Obligación de respetar los derechos.
- Artículo 2o. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno de la Convención Interamericana.
- Artículo 8(1). Derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente.
- Artículo 8(2). Derecho a la presunción de inocencia.
- Artículo 8(2) (h). Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.
- Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión.
- Artículo 23. Derechos políticos.
- Artículo 24. Igualdad ante la ley.

Todos ellos en relación con el artículo 1o. (1). Obligación de respetar los derechos.

También hubo otras alegaciones de violación de los derechos fundamentales por parte de las víctimas.<sup>55</sup> El 29 de mayo de 2014, la Corte emite su sen-

---

<sup>55</sup> El señor Jaime Madariaga de la Barra, la señora Myriam Reyes y la señora Ylenia Hartog representan al señor Norín Catrimán y al señor Pichún Paillalao; la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y el señor Alberto Espinoza Pino representan al señor Huenchunoa Mariñán, al señor Millacheo Licán, al señor Florencio Jaime Marileo Saravia, al señor Juan Patricio Marileo Saravia y a la señora Troncoso Robles; y el señor José Aylwin Oyarzún, el señor Sergio Fuenzalida, y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) representan al señor Ancalaf Llaupe. Id. 2(e), n. 8. Los peticionarios no lograron llegar a un acuerdo sobre la representación; por lo tanto, el CEJIL y la FIDH fueron designados representantes de todas las víctimas.

tencia sobre fondo, indemnizaciones y costas.<sup>56</sup> La Corte dictaminó por unanimidad que el Estado había violado: El artículo 9o. Principio de legalidad y de retroactividad y el artículo 8o. (2). Derecho a la presunción de inocencia, en relación con los artículos 1o. (1) y 2o. de la Convención, en perjuicio de las siguientes personas: los señores Norín Catrimán, Pichún Paillalao, Huenchunoa Mariñán, Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia y Ancalaf Llaupe y la señora Troncoso Robles.<sup>57</sup>

La Corte IDH condena a Chile por la aplicación de la ya mencionada ley a dirigentes mapuches, violando, entre otros, el principio de legalidad y el del derecho a la presunción de inocencia, del derecho a la no discriminación y el derecho a la libertad de expresión.<sup>58</sup>

La decisión de la Corte que obliga y es inapelable instruye al Estado chileno a anular las sentencias en contra de las ocho víctimas de este caso, así como dar atención inmediata tanto médica como psicológica o psiquiátrica, hacer pública la sentencia, dar becas a los hijos de las víctimas en instituciones públicas, regular los efectos procesales relacionados con la identidad de los testigos protegidos y pagar las compensaciones por concepto de daños materiales y otros.

Hay una victimización de un pueblo, de una comunidad y de sus familias. Ignorando todas las razones de la Corte IDH referentes a los principios de legalidad, de presunción de inocencia y del derecho de la defensa a interrogar a testigos que han sido escarnecidos. Es interesante ver que en la violación de los derechos civiles y políticos de los miembros de la comunidad autóctona se pudo reconocer la existencia del otro; es decir, que cada integrante de la comunidad tiene derechos individuales, y estos le dan sentido a una sociedad en su conjunto. Eso es lo que, para Robert Cover, explica la marcha de todo gran sistema jurídico.<sup>59</sup>

La marca de una gran civilización incluye la riqueza del *nomos* en el que se sitúa y que ayuda a constituir el derecho por las reivindicaciones de las necesidades de los demás.

Esta decisión es muy importante, pero también interesante en varios frentes, que van más allá de la triste victimización de algunos dirigentes o líderes mapuches o de los problemas procesales.

<sup>56</sup> *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, fondo, indemnizaciones y costas.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf)

<sup>59</sup> Robert M. Cover, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, New Haven and London, Yale University Press, 1975, p. 322.

Es cierto que la Corte IDH ha examinado los derechos procesales referidos; de igual forma, tomó en consideración la violación por parte del Estado de los derechos civiles y políticos que afectan más que a la gente detenida o condenada, a la comunidad entera; es decir, en el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, los derechos políticos y, al fin, los derechos relacionados con la protección de la familia.

Estas violaciones son consecuencias directas de la aplicación de la ley antiterrorista chilena a los miembros de la comunidad autóctona mapuche.

Respecto de la libertad de expresión y del derecho de opinión, la Corte está ligando la importancia de la libertad de expresión con la de la difusión de opinión como derechos indivisibles, según el artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

Párrafo 372: La dimensión individual de la libertad de expresión comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.<sup>60</sup>

La Corte, respecto de los derechos políticos, menciona también que existen penas accesorias restrictivas de derechos políticos, que cuando se imponen a líderes o dirigentes de alguna comunidad la afectan a toda ella, y deben ser tomadas en cuenta, ya que son penas agravantes para un conjunto.

Párrafo 385: Igualmente, cabe destacar, también por la condición de líderes y dirigentes mapuches de los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao (Lonkos), así como del señor Ancalaf Llaupe (Werkén), que la restricción de los derechos políticos de éstos también afecta a las comunidades de las cuales hacen parte puesto que, por la naturaleza de sus funciones y su posición social, no sólo su derecho individual resultó afectado sino también, el de los miembros del Pueblo indígena Mapuche a quienes representaban.<sup>61</sup>

Estas penas no sólo afectan a la representación de los intereses de las comunidades mencionadas frente a otras minorías, sino también frente al Estado de derecho de la sociedad chilena en general. Al prohibir que los

---

<sup>60</sup> Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, pfo. 65, y caso *Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 3 de septiembre de 2012, serie C, núm. 248, pfo. 138.

<sup>61</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf).

líderes ejerzan funciones públicas en entidades del Estado relacionadas con promoción, coordinación y ejecución de acciones de desarrollo y protección a las comunidades indígenas que representan, la Corte determina que todo esto constituye una violación directa de los derechos políticos protegidos.<sup>62</sup>

En cuanto a la protección de la familia y la libertad de expresión, la Corte IDH trae a colación el tema de la protección de la familia, al relacionar la detención de los sentenciados en un centro penitenciario situado a más de 250 kilómetros de la ciudad de Temuco donde estaba su comunidad, pero sobre todo al negar de manera arbitraria solicitudes reiteradas de traslado a una prisión más cercana, diciendo que el Estado había violado el derecho a la protección de la familia, como se estipula en la Convención en su artículo 17.1.

Párrafo 409. En consecuencia, queda claro que, al recluir al señor Ancalaf Llaupe en un centro penitenciario muy alejado del domicilio de su familia y al denegarle en forma arbitraria las reiteradas solicitudes de que se le trasladara a un centro penitenciario más cercano, para lo cual se contaba con la conformidad de la Gendarmería... el Estado violó el derecho a la protección de la familia.

### *Disidencia*

En su opinión disidente conjunta, los jueces Ventura Robles y Mac-Gregor Poisot manifestaron su desacuerdo con la decisión de la Corte de que no era necesario pronunciarse sobre el artículo 8o. (1) (derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente). Los magistrados disidentes creían que era contradictorio que la Corte no se pronunciara sobre las presuntas violaciones del derecho a un tribunal imparcial, y que se pronunciara —y concluyera que había sido infringido— sobre el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley. Los magistrados disidentes encontraron pruebas suficientes para concluir que los jueces en los tribunales nacionales basaban sus decisiones en los prejuicios personales contra los indígenas mapuches. En ese momento, la sociedad chilena estereotipaba estas supuestas reivindicaciones terroristas de los indígenas mapuches, que catalogaba como “el problema mapuche”. Debido a este prejuicio, era razonable que las víctimas, en tanto que acusados en esos casos, sintieran que los tribunales

---

<sup>62</sup> Respaldo y establecido en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

carecían de imparcialidad al considerarlos culpables. Los magistrados disidentes argumentaron que la Corte debería haber constatado que el Estado violó el artículo 8o. (1).

### 3. *La sentencia en el caso*

La Corte dictaminó por unanimidad que el Estado tenía las siguientes obligaciones:

Ejecución forzosa (medidas de satisfacción y garantías de no repetición).

#### *A. Implementar una reforma administrativa y judicial*

La Corte requirió al Estado que adoptara medidas administrativas, judiciales y de otro tipo para anular todas las sentencias penales que condenaron a las siguientes personas: Norín Catrimán, Pichún Paillalao, Troncoso Robles, Huenchunoa Mariñán, Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia y Ancalaf Llaupe.<sup>63</sup>

Específicamente, el Estado debe anular la declaración de que las víctimas fueron condenadas por delitos de terrorismo, anular las condenas (incluyendo el tiempo en prisión, las sanciones, las consecuencias y las correspondientes sanciones civiles) y poner a las víctimas en libertad condicional. El Estado también debe eliminar los registros judiciales, administrativos, penales y de investigación policial, tanto nacionales como internacionales, de las víctimas, incluidos los que asocian a las víctimas con actos terroristas.

#### *B. Proporcionar tratamiento a las víctimas*

La Corte requirió al Estado que proporcionara gratuitamente a las víctimas asistencia médica, psicológica y psiquiátrica. También debe proporcionar gratuitamente cualquier tipo de medicamentos o de transporte necesarios relacionados con el tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico de las víctimas. Este tratamiento debe prestarse en instituciones que estén lo más cerca posible del lugar de residencia de cada víctima. El Estado debe proporcionar este tratamiento durante todo el tiempo que sea necesario. Si el Estado no dispone de instituciones que puedan prestar el nivel de atención necesario, debe buscar instituciones privadas que ofrezcan este tipo de atención.

<sup>63</sup> *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, fondo, indemnizaciones y costas, 478(16).

### C. *Difundir y publicar la sentencia*

La Corte requirió al Estado que difundiera y publicara el resumen oficial de la sentencia en la *Gaceta Oficial* y en un diario de amplia difusión nacional, y que publicara toda la sentencia en un sitio web oficial del Estado durante un año entero. El Estado debe difundir el resumen oficial de la sentencia, tanto en español como en mapudungún,<sup>64</sup> en una emisora de radio con “amplia cobertura” en las regiones VIII y IX al menos tres veces el primer domingo del mes.

### D. *Otorgar becas*

La Corte requirió al Estado que concediera becas a los hijos de las víctimas para cubrir los costos de educación hasta el final de sus estudios avanzados. La Corte otorgó esta indemnización porque durante la detención de las víctimas, éstas no pudieron en modo alguno mantener a sus familias.

### E. *Adaptar las leyes nacionales sobre la reglamentación de los procedimientos de protección de los testigos*

La Corte exigió al Estado que reglamentara medidas procesales de protección de testigos, específicamente en relación con el anonimato. El Estado debe garantizar que las razones para el anonimato sean evaluadas, y que los testimonios anónimos no se utilicen de manera decisiva como la razón para justificar un veredicto de culpabilidad.

Voluntariamente se limitan a estas indemnizaciones, que en la actualidad aún no han sido aplicadas por el Estado. Se llega nuevamente al punto de partida de este caso. ¿Cómo puede un Estado aplicar lo que sus propios agentes no fueron capaces de aplicar en el procedimiento formal? A pesar de que la mayoría no quería condenar a los tribunales por su discriminación, toda la sentencia describe por sí misma los límites generados por este tema, en el campo jurídico y político.

## VI. CONCLUSIONES

Las decisiones judiciales como fuentes del derecho internacional, en este caso a través de las sentencias de la Corte IDH en los casos revisados en este tra-

<sup>64</sup> Lengua tradicional mapuche.

bajo, pueden determinar la responsabilidad de los Estados y ser el origen de ciertas actividades y políticas del Estado a favor de sus ciudadanos; ese es el valor de una fuente: generar una nueva relación jurídica, cambiar situaciones, por la interpretación de los jueces en un caso.

En el caso de México y la sentencia de la Corte IDH en “Campo Algodonero”, la discriminación de género prevalece con incremento en algunos estados de la República mexicana. Los estados con mayor violencia en el país, producto del crimen organizado y la falta del Estado de derecho, alienan la existencia del feminicidio. La situación social en zonas marginadas del país disfraza la violencia contra la mujer, distorsionando los delitos en contra de éstas, haciéndolas ver como situaciones generales de violencia, y no precisamente delitos generados por la discriminación de sexo.

La sentencia de “Campo Algodonero” y el hallazgo de los cuerpos de las tres mujeres es una historia más entre tantas en el país; los derechos fundamentales se reconocen, pero no se garantizan; no existe una verdadera progresividad en su protección pese a las sentencias internacionales que ponen los reflectores en el ámbito nacional.

Las sentencias internacionales chocan con la corrupción en los Estados o la ineficacia de algunos de sus funcionarios, y truncan sus efectos. La impunidad y la corrupción impiden los efectos trascendentales de éstas. Sin embargo, los casos de Laura, Claudia y Esperanza refuerzan la necesidad de las cortes internacionales y sus sentencias como forma de presión al Estado hacia un verdadero Estado de derecho; este es el valor de las decisiones judiciales en casos como los antes expuestos.

En el caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, la opinión pública se interesó en esta decisión y en la historia de los mapuches por la utilización y aplicación de una ley antiterrorista para hacerle frente a un malestar político donde el derecho común hubiera podido y debía aplicarse.

La Corte IDH implicó directamente al Estado chileno; su condena radicó en la discriminación por su interpretación del artículo 24 de la Convención Americana, donde llegó a conjuntar los hechos con el derecho al hacer patente el problema de raza y de etnia, remarcando también otras formas de discriminación basadas en las diferencias con referencia a la mayoría y a los demás, a las cuales podían notablemente ser expuestos de jure o de facto los mapuches (párrafo 198 de la sentencia). La Corte IDH interpretó entonces diversas convenciones sobre la discriminación para asimilarla a todas las formas de la misma. No se limitó a las que en derecho se basan en las condiciones socioeconómicas o políticas de los individuos, sino que incluyó

las que de hecho producen efectos negativos en sus capacidades sociopolíticas y económicas (párrafo 199).

En ambas sentencias se observa que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno que provenga de autoridades públicas o de particulares puede disminuir o restringir de manera alguna los derechos de una persona con base en su origen étnico o condición social. El Estado no puede castigar sobre la base de condiciones sociales. Este es el precedente histórico más relevante de las resoluciones judiciales en este texto y la esencia o valor de éstas como fuente del derecho. La Corte IDH se dirige a todos los y las que tienen poder de decisión en la sociedad, y les dice que el derecho va más allá de lo que tienen frente a ellos. En otras palabras, sus decisiones e interpretaciones deben ser sensibles a los hechos sociales, a los *nomos* de los grupos diferentes en una sociedad. Ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno proveniente de autoridades públicas o de particulares puede disminuir o restringir en la forma que sea los derechos de una persona por su origen, religión, grupo social, racial o religioso.

Se tiene que prestar atención a no reproducir valores únicos cubriéndose con el universo jurídico. No hay que caer en la tentación de hacerlo, porque parecen aceptables para una mayoría, o tan sólo para una elite, porque puede pasar que la manera de interpretar o aplicar la ley sea diametralmente contraria a los valores fundamentales ligados a los derechos de la persona.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ENTRE LAS INSTITUCIONES, LA TEORÍA DE LAS FUENTES Y LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS. EL CASO ARGENTINO

Laura Araceli AGUZIN

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Colapso y desafíos del sistema.* III. *Ambigüedad semántica: las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* IV. *La pretendida eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* V. *Los procedimientos en las instancias nacionales: ¿creatividad versus previsibilidad?* VI. *A manera de conclusiones provisionales.*

#### I. INTRODUCCIÓN

La globalización es un tema recurrente en la agenda contemporánea. Se trata de un fenómeno complejo con profundas implicancias en las más variadas áreas de conocimiento y en los más diversos sectores de la vida social.

¿Cuál es el impacto de la globalización en el ámbito del derecho?, ¿es quizá la relativización de principios y categorías, como soberanía, legalidad, jerarquía normativa?

Quizá también el principal impacto sea que la tradicional concepción del derecho como un sistema básicamente cerrado, unitario, completo y sin lagunas haya sido progresivamente sustituido por la de un derecho organizado en redes. Y por tal razón este ordenamiento exige un trabajo interpretativo continuo.

Estas transformaciones contemporáneas han hecho que los teóricos asuman el desafío de afrontar conceptos como “eficacia” y “legitimidad”.

En esta globalización, el derecho internacional es revalorizado, en especial el derecho internacional público, por sus técnicas legislativas orientadas a la composición de los intereses, a la garantía de la coexistencia y a estrategias de cooperación. Ello sin negar que muchas veces la revalorización obedece a políticas de dominación.

En este marco, el profundo impacto del derecho internacional en los derechos internos, a través de sus distintas fuentes de producción normativa, genera la necesidad de afrontar el desafío conceptual de la eficacia y la legitimidad a partir del conocimiento de sus mutuas relaciones.

La normatividad internacional hoy tiene formas muy diversas, manifestaciones más amplias y sofisticadas.

Las dudas que surgen de este complejo proceso de formación actual de las normas o de otras manifestaciones de los órganos internacionales son muchas. Así, ¿se estaría asistiendo a la pérdida del poder monopólico del Estado en la creación de normas jurídicas internacionales?, ¿quiénes son los reemplazantes si es que existen?, ¿dónde se formaría el consenso necesario para el funcionamiento de este sistema?, ¿existen o no, cuáles serían los criterios de legitimidad de las decisiones?, y ¿quién realiza el control de legalidad de las mismas?, ¿resultan útiles los esquemas tradicionales para continuar analizando las fuentes del derecho internacional?, ¿resultan suficientes los diseños constitucionales para dar cabida y control a nuevas formas de generación normativa internacional?, ¿cómo se accedería al conocimiento de estas reglas?

Se puede afirmar, en este contexto, que los derechos humanos nacidos en la órbita de los derechos internos sufrieron una creciente internacionalización, para retomar luego la casa primigenia. Hoy, por tanto, derecho interno y derecho internacional quedan solidariamente obligados a su promoción y protección.

Es importante remarcar la especial característica de los mecanismos de protección de los derechos humanos en el plano internacional como subsidiarios de los mecanismos de los derechos internos de los Estados. No se debe perder de vista que los principales responsables de la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas son los propios Estados soberanos.

Carrillo Salcedo expresa que soberanía de los Estados y derechos humanos son dos principios constitucionales del derecho internacional contemporáneo que coexisten y se interaccionan recíprocamente en una tensión dialéctica cuya consideración es indispensable para comprender la

complejidad y las contradicciones intrínsecas del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>1</sup>

En el continente se creó un sistema entrelazado de instituciones y tratados que pretenden regular jurídicamente las relaciones internacionales en la región a partir de propósitos comunes.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) es sólo uno de los componentes del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, que resulta uno de los pilares fundamentales de la organización política regional, la Organización de Estados Americanos (OEA).

A fin de obtener un sistema jurídico regional homogéneo, debe considerarse lo que se ha llamado su universalización, como objetivo deseable del sistema.

Del diagnóstico general de situación que ha realizado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o la CIDH), respecto del objetivo de la universalización del sistema interamericano de derechos humano en su informe del 14 de agosto de 2015, surge que:

- a) Existe un nivel universal y mínimo para los 35 Estados miembros de la OEA cuyos habitantes gozan de la protección de derechos reconocidos en la Declaración Americana y en la Carta de la OEA bajo la exclusiva supervisión de la Comisión.
- b) Existe un grupo de 23 Estados miembros que han ratificado la Convención Americana y continúan siendo parte de dicho instrumento.
- c) Existe un grupo de veinte Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, y su aceptación continúa vigente.
- d) Existe un grupo de siete Estados que han ratificado todos los tratados interamericanos (excluidos los tres últimos instrumentos; es decir, los más recientes).

Ello genera una desigual construcción jurídica del sistema en la región, dado que el sistema aspira a abarcar como común denominador a todo el espacio geográfico de la misma. La cuestión no es menor tanto para las personas como para los Estados. De hecho, se asemeja a un sistema latinoamericano.

Argentina es un Estado miembro de la OEA, ya que firmó la Carta de la OEA el 30 de abril de 1948, y la ratificó el 12 de septiembre de 1957; ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 14 de agosto

---

<sup>1</sup> Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 131.

de 1984, y en el mismo instrumento aceptó la competencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte o la Corte IDH).

En el caso de nuestro país, la reforma constitucional de 1994 le otorgó a un conjunto de tratados de derechos humanos, entre ellos a la referida Convención, jerarquía constitucional. Esto se ha convertido en una herramienta constitucional para conciliar la solidaridad que debe primar entre los dos ámbitos (el interno y el internacional) al momento de establecer la promoción y protección de los derechos humanos.

Quizá una de las mayores debilidades del sistema internacional o aspecto más crítico sea el cumplimiento e implementación de las decisiones que el sistema adopta.

El cumplimiento de las decisiones de los tribunales u otros órganos es lo que permite valorar su eficacia jurídica, según se ha dicho en reiteradas ocasiones. Sin embargo, es necesario desentrañar el alcance de tal expresión. Se ponen en juego relaciones complejas entre el derecho internacional y los derechos internos de los Estados.

Es cierto que el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos requiere reformas a nivel nacional o manifestaciones de los Estados, que sólo pueden provenir de ellos mismos. A título de ejemplo, la ratificación de todos los tratados en la materia, la aceptación de la competencia de la Corte, el retiro de reservas, las modificaciones en el derecho interno, el fortalecimiento de las instituciones internas, la capacitación, entre otras.

Pero hay otras acciones que podrían pensarse en forma coordinada y establecerse desde el ámbito jurídico internacional. Precisamente para el cumplimiento de decisiones de sus órganos se ha propuesto<sup>2</sup> que cada Estado establezca y designe un mecanismo nacional encargado del cumplimiento que cuente con la participación de las instituciones estatales más relevan-

---

<sup>2</sup> Ariel Dulitzky afirma que “Para facilitar el cumplimiento de las decisiones y el seguimiento de las recomendaciones, cada Estado debe establecer un mecanismo nacional encargado de la coordinación, impulso e implementación de las decisiones interamericanas. Este mecanismo tendría que contar con la participación de las instituciones y ministerios más relevantes así como de representantes de la sociedad civil. La Comisión debería ser un miembro permanente de este cuerpo y participar de manera periódica en sus reuniones, para prestar asesoramiento técnico, compartir su experiencia regional e histórica y resaltar las buenas prácticas. Este mecanismo nacional y la Comisión deberían reportar semestralmente a la OEA. Las víctimas deberían ser invitadas a participar en las reuniones de este mecanismo cuando sus casos son analizados y a presentar sus observaciones a la OEA”, en “20 puntos de reflexión sobre el proceso de reflexión”, *Aportes DPLF* revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), núm. 16 “Reflexiones para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos”, año 5, marzo de 2012, p. 13.

tes y de la sociedad civil. La Comisión debería participar en las reuniones para prestar asesoramiento técnico.

También se proponen algunas reformas a la OEA, tratando de vincular decididamente el sistema político general con el sistema especial de derechos humanos.

Es necesario tener en cuenta que el número de decisiones y la complejidad de las medidas dispuestas para reparar las violaciones a los derechos y libertades exigen a los Estados esfuerzos significativos para superar las dificultades que conllevan su ejecución.

## II. COLAPSO Y DESAFÍOS DEL SISTEMA

Un tratado genera distintos tipos de obligaciones. Cuando un Estado ratifica soberanamente un tratado de derechos humanos debe cumplir con las obligaciones que allí se establecen, una serie de obligaciones jurídicas de respeto, protección, garantía y satisfacción de los derechos involucrados en el instrumento internacional.

Pero además, el tratado puede establecer un mecanismo de garantía internacional o de determinación de la responsabilidad del Estado. En este caso el Estado se obliga a cumplir con esa determinación en la medida establecida en el tratado.

Es lo que sucede en el sistema interamericano. En éste, el mecanismo de protección y control se centró sobre dos órganos, por un lado la Comisión y por otro la Corte.

El colapso del sistema de peticiones y casos ha sido un tema identificado y abordado tanto por los practicantes del sistema como por estudios académicos. En su diagnóstico y causas, generalmente se entremezclan los problemas y desafíos generales del sistema, la falta de recursos, la poca transparencia de los órganos en publicar información contrastable, los obstáculos que encuentran las víctimas para acceder al sistema, las limitaciones tecnológicas, los problemas de la ineficiencia administrativa, y las dificultades para la implementación de las decisiones.<sup>3</sup>

La problemática del retraso procesal no es menor, aunque su análisis exigiría ser abordado en forma unitaria. A título de ejemplo, las sentencias contra Argentina arrojan los siguientes tiempos reales:

---

<sup>3</sup> Sánchez, Nelson Camilo y Lyons Cerón, Laura, “El elefante de la sala, el retraso procesal en el sistema de peticiones individuales del sistema interamericano”, en Barretto Maia, Camila *et al.*, *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Colección de Justicia, 2015, p. 236.

<i>Caso</i>	<i>Sucesión de hechos</i>	<i>Admisibilidad</i>	<i>Informe de la comisión</i>	<i>Sentencia CIDH</i>
Maqueda	1989	1992	1994	1995
Garrido y Baigorria	1990	1992	1994	1996
Cantos	1972	1996	1998	2002
Bulacio	1991	1998	2000	2003
Bueno Alves	1988	1999	2005	2007
Kimel	1989	2004	2006	2008
Bayarri	1991	2001	2007	2008
Torres Millacura	2003	2005	2009	2011
Grande	1980	2002	2009	2011
Fontev ecchia-D'Amico	1995	2005	2010	2011
Forneron	2000	2006	2010	2012
Furlán	1988	2006	2010	2012
Mohamed	1992	2005	2010	2012
Mendoza	1998	2008	2010	2013
Memoli	1990	2008	2011	2013
Gutiérrez	1994	2003	2011	2013
Arguelles	1980/89	2002	2011	2014

FUENTE: Informe de investigación realizado por L. Aguzin, S. Averó, S. Barberio y R. Vicente; Corte Interamericana Derechos Humanos, visita profesional, San José de Costa Rica, enero-febrero de 2015.\*

\* 1. *Caso Maqueda vs. Argentina*, excepciones preliminares, resolución del 17 de enero de 1995 (archivada por acuerdo).

2. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, reparaciones y costas, sentencia del 27 de agosto de 1998; Corte IDH, *caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, fondo, sentencia del 2 de febrero de 1996.

3. *Caso Cantos vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2002.

4. *Caso Bulacio vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 18 de septiembre de 2003.

5. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 11 de mayo de 2007.

6. *Caso Kimel vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de mayo de 2008 (archivada por cumplimiento).

7. *Caso Bayarri vs. Argentina*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de octubre de 2008.

8. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de agosto de 2011.

9. *Caso Grande vs. Argentina*, excepciones preliminares y fondo, sentencia del 31 de agosto de 2011 (desestima y archiva).

En el presente se intenta observar y problematizar el desafío de alcanzar el cumplimiento cabal y oportuno de las decisiones de los órganos de control del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En este desafío se pueden identificar distintas aristas, aquellas vinculadas a las fuentes de derecho internacional; es decir, la obligatoriedad de las sentencias de la Corte, la obligatoriedad de las decisiones de la Comisión en los informes previstos en el artículo 50, la obligatoriedad de los acuerdos alcanzados mediante soluciones amistosas, la obligatoriedad de las medidas cautelares, y la obligatoriedad de las medidas provisionales, así como aquellas vinculadas a la relación con los ámbitos nacionales, y la ejecutividad de las decisiones a nivel nacional y la intangibilidad de las decisiones, entre otras.

Los niveles reales de implementación de órdenes de reparación resultan de varios factores relacionados con el funcionamiento interno de los sistemas político y legal internos, y con la estructura, fortalezas y las limitaciones del sistema internacional.<sup>4</sup>

Adicionalmente, el cumplimiento dentro del sistema varía si se trata de medidas dispuestas por la Comisión o por la Corte y del tipo de medida implicada.

Existen cada vez más estudios sobre la implementación de las decisiones. Uno de ellos señala que entre 2001 y 2006, de 462 medidas ordenadas por la Comisión y la Corte, entre soluciones amistosas y de fondo, son

---

10. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011.

11. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012.

12. *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012.

13. *Caso Mohamed vs. Argentina*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 noviembre de 2012.

14. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013.

15. *Caso Mémoli vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de agosto de 2013.

16. *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2013.

17. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2014.

<sup>4</sup> Rodríguez Garavito, César y Kauffman, Celeste, "De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos", en Barretto Maia, Camila *et al.*, *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Colección de Justicia, 2015, p. 283.

parcialmente efectivas en 50% de los casos, y se muestran absolutamente incumplidas en el 50% restante.<sup>5</sup>

Desagregando estos datos estadísticos podría establecerse que respecto de la Corte, 29% fueron cumplidas en su totalidad, doce parcialmente y 59 fueron incumplidas en su totalidad. Y de la Comisión, en cuanto a sus decisiones de fondo, 11% fueron implementadas totalmente, 18% parcial y 71% incumplidas en su totalidad. En cambio, las soluciones amistosas fueron implementadas en su totalidad 54%, más que las de Corte.

Luego, de conformidad con el tipo de medida, en general en estos estudios se afirma que las medidas con mayor nivel de implementación fueron las de reparación simbólica (49%), medidas pecuniarias (48%) y programas de formación (43%). Por otro lado, las medidas con menores tasas de implementación incluyen las legislativas (92%), investigación de los hechos (89%) y medidas de fortalecimiento institucional (84%).

Otra mirada implica el análisis de los órganos involucrados en la implementación nacional. Destacan las órdenes que exigen acciones exclusivas del Poder Ejecutivo tienen como resultado una tasa de implementación del 44%.<sup>6</sup>

En este contexto general, y a fin de identificar algunos de los problemas que incluye este desafío, se abordarán separadamente las decisiones de la Comisión y de la Corte, para luego culminar con la ejecutividad nacional.

### III. AMBIGÜEDAD SEMÁNTICA: LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión pasó sucesivas modificaciones a fin de perfeccionar sus ejes de trabajo.

Algunos autores<sup>7</sup> entienden que el trabajo de la Comisión se constituye a través de tres pilares: el pilar de la protección, que abarca las facultades para conocer y pronunciarse sobre las peticiones individuales y solicitudes de medidas de urgencia; el pilar de monitoreo, que abarca la supervisión al

<sup>5</sup> Hecho por Basch para la Asociación por los Derechos Civiles en 2010.

<sup>6</sup> Todos estos estudios se encuentran referenciados en Rodríguez Garavito, César y Kauffman, Celeste, *op. cit.*, pp. 284 y ss.

<sup>7</sup> Salazar, Katya y Cerqueira, Daniel, “Las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos antes, durante y después del proceso de fortalecimiento: por un balance entre lo deseable y lo posible”, en Barretto Maia, Camila *et al.*, *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Colección de Justicia, 2015, pp. 145 y ss. En la nota 1 de la página 146 los autores explicitan los términos empleados y su relación con las atribuciones y facultades del órgano.

goce de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA, principalmente a través de los informes de países y temáticos, e inclusión en el informe anual; y el pilar de promoción, que abarca informes temáticos y otras iniciativas de diseminación de estándares de los órganos del sistema interamericano. Entiendo que normalmente el segundo y tercero se engloban bajo la denominación “promoción”.

Las primeras actividades de la Comisión se circunscribieron al diálogo con autoridades de gobierno y al monitoreo en contextos políticos de ruptura del régimen democrático constitucional. En las décadas de los setenta y ochenta, su actividad consistió en visitas *in loco* y publicación de informes de diferentes países (Cuba, Haití, Uruguay, Argentina, Chile, Bolivia, entre otros).

Se trataba en definitiva de violaciones sistemáticas de derechos humanos derivadas de golpes de Estado, conflictos armados internos y otras formas de quiebre institucional.

Hubo, sin embargo, análisis de peticiones individuales. Éstas se caracterizaban por un análisis bastante resumido de la posición de las partes y una determinación flexible de los hechos, muchas veces basada en la presunción por la falta de respuesta de los Estados.

Con la entrada en vigor de la Convención Americana, los informes sobre peticiones individuales avanzaron hacia un claro proceso de judicialización con presentación ante la Corte. Ello implicó la adopción de parámetros más rígidos en la determinación de los hechos, individualización de las víctimas y delimitación del objeto de la litis.

A lo largo de los años noventa y dos mil, la Comisión buscó consolidar su tarea de promoción a través de las relatorías y unidades temáticas.

Puede notarse que aun cuando se reafirma la indivisibilidad de los derechos humanos, en su aspecto operativo se tiende al abordaje especializado. Esta especialización, no obstante, no logra conmovir las mutuas intersecciones permanentes.

Paralelamente, en la segunda mitad de la década de los noventa, la Comisión verifica un alza significativa en las decisiones vinculadas a la protección. Dicha tendencia parece haberse hecho más visible a partir de 2008.

Por su parte, la evolución de la jurisprudencia de la Corte ha sido determinante en la tendencia judicializadora del pilar de protección.

A partir del proceso de fortalecimiento (en 2011) parecería haberse consolidado una posición colectiva de los Estados en contra de la priorización de sus recursos en el pilar de protección. El principal argumento en este sentido, y desafío al mismo tiempo, es el de la exigencia de un criterio jurídico más riguroso.

Parecería así, existir hoy una tendencia a priorizar el pilar de promoción sobre el de protección, aunque tampoco es necesario extraer conclusiones fatalistas de ello.

En este pilar de protección, la competencia de la Comisión para verificar sus recomendaciones en el pilar de protección no está expresamente contenida en la Convención. El órgano desarrolla esta tarea con fundamento en facultades implícitas, y en este entendimiento lo incluyó en la reforma reglamentaria de 2001 (artículo 48).

La problemática se podría construir sobre la pregunta ¿cuál es la fuerza jurídica de las decisiones de la Comisión? Ello involucra una cuestión de interpretación jurídica.

“La interpretación es un problema que se encuentra en el corazón del derecho internacional. La competencia para interpretar es un atributo de la soberanía estatal”, dice Fernández Casadevante. Sin embargo, esta interpretación se ha complejizado, al menos en parte, a partir de la aparición de las organizaciones internacionales que cuentan con órganos a veces encargados de esa interpretación, sean jurisdiccionales o no.

En derecho internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 trae las pautas y normas necesarias para abocarse a esta tarea de interpretar. Pero además, aquellas materias de derecho internacional con alguna pretensión de autonomía generan pautas propias, aunque en realidad podrían subsumirse en aquéllas.

La Convención Americana también trae reglas de interpretación. Ahora bien, cuando la Comisión emite un informe ante la denuncia de una persona, realiza recomendaciones al Estado. El término no parece sugerir obligatoriedad.

Con el fin de reforzar el cumplimiento de sus recomendaciones, la Comisión planteó ante la Corte, que la sola inobservancia de sus recomendaciones por un Estado acarrearía la responsabilidad internacional de éstos en aplicación del principio *pacta sunt servanda*. La Corte ha dicho que el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana, la Corte

encuentra que se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión, y que no tiene relación con las obligaciones del Estado.<sup>8</sup>

Sin embargo, con posterioridad, agregó que en virtud del principio de buena fe, consagrado en el propio artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana, que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en esa región del mundo (Carta de la OEA, artículos 52 y 111). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados parte se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes. En relación con este punto, la Corte concluye que la violación o no del artículo 51.2 de la Convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, mientras no existe el informe señalado en dicho artículo.<sup>9</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en los casos *Giroldi*<sup>10</sup> y *Bramajo*<sup>11</sup> sostuvo que las resoluciones de la Comisión debían servir de guía para la interpretación de los tratados. Pero luego, a partir del caso *Acosta*<sup>12</sup> realizó algunos cambios, que se potenciaron en el caso *Fellicetti*.<sup>13</sup> En *Acosta*, sostuvo que los informes de la Comisión no son vinculantes para el Poder Judicial, y que los organismos internacionales no son otra instancia respecto de los tribunales argentinos. Y en el caso *Fellicetti* agregó que, en su caso, las recomendaciones de la Comisión son para el futuro.

<sup>8</sup> Corte IDH, caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, sentencia del 8 de diciembre de 1995 (fondo), pfo. 67.

<sup>9</sup> Corte IDH, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997 (fondo), pfos. 80, 81 y 82.

<sup>10</sup> FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en *Giroldi*, Horacio David y otro s/ recurso de casación—causa núm. 32/93, Buenos Aires, 1995, 315:514.

<sup>11</sup> FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en *Bramajo*, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación—causa núm. 44.891, Buenos Aires, 1996, 319:1840.

<sup>12</sup> FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en *Acosta*, Claudia Beatriz y otros s/ habeas corpus, Buenos Aires, 1998, 321:3555.

<sup>13</sup> FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en *Fellicetti*, Roberto y otros (La Tablada), Buenos Aires, 2000, 323:4130.

Posteriormente, en el precedente *Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional* —Ministerio de Relaciones Exteriores— *Provincia del Chubut* del 6 de agosto de 2013, dispuso que las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas en el Informe 30/97, respecto de la necesidad de indemnizar a un magistrado por la destitución de su cargo, son de carácter obligatorio para el Estado nacional, pues ello impone el sentido que debe atribuirse a los términos del precepto tanto en el contexto específico como en el general en el que están insertos, atendiendo al objeto y fin del régimen de peticiones y de la CADH en su integralidad, y, a la par, es lo que mejor responde al principio de buena fe y al efecto útil del régimen, evitando así el debilitamiento del sistema, cuando no, del propio ser humano al cual está destinado a servir.

La cuestión adquiere una relevancia especial cuando se trata de medidas cautelares dispuestas por la Comisión. Las medidas cautelares en particular han sido objeto de cuestionamientos por parte de los Estados participantes del sistema interamericano de derechos humanos.<sup>14</sup>

El primer cuestionamiento, y quizá el que suscita mayor debate gira en torno a su obligatoriedad. Se afirma que las medidas no forman parte de las facultades otorgadas a la Comisión por la Convención, por lo que su cumplimiento no es obligatorio.<sup>15</sup>

Lo que se encuentra en discusión en definitiva es la fuente normativa de las medidas cautelares, luego su naturaleza y efectos. También ello podría llevar a la rediscusión sobre las funciones y competencia de la Comisión.

Es cierto que la Convención no trae ninguna norma específica que establezca estas medidas, pero también lo es que no trae una norma específica que las prohíba.

Al presentarse este vacío convencional, ¿sería posible integrarlo a través del análisis de las facultades que surgen de la competencia de la Comisión?, y en caso afirmativo, ¿quién realiza el control de legalidad de las mismas?, y, ¿cuál es el procedimiento aplicable?

El artículo 41 de la Convención prescribe que la función principal del órgano es la de promover la observancia y defensa de los derechos humanos.

---

<sup>14</sup> En 2000 fueron otorgadas 52 medidas cautelares, y en 2015 fueron otorgadas 45. Para dar una visión más completa es necesario tener en cuenta que en 2015 se solicitaron 674, otorgándose 45.

<sup>15</sup> En el marco del último proceso de reflexión y fortalecimiento del sistema el Consejo Permanente de la OEA se sistematizaron las propuestas de los Estados para la aplicación de las recomendaciones del Grupo de Trabajo; de dicho documento surgió que Ecuador, Nicaragua y Venezuela cuestionaron su naturaleza jurídica y las atribuciones de la Comisión, y sugieren eliminar esta posibilidad, manteniendo la competencia exclusiva de la Corte en el tema. *Cfr.* OEA/Serv.G. CP/INF. 6604/12, del 30 de noviembre de 2012.

Esta función se aborda convencionalmente desde dos tipos de actuaciones: una de carácter promocional y otra de defensa activa.<sup>16</sup>

Si una de las funciones principales del órgano es la defensa de los derechos humanos y las medidas cautelares son entendidas como un mecanismo de defensa, este mecanismo está incluido en las facultades de la Comisión para cumplir con su función. Podría quizá, a modo de hipótesis, pensarse en la construcción a partir de facultades implícitas.

En virtud de ello, cuando el reglamento del órgano incluye el mecanismo en su regulación no se contraponen ni a la Convención ni a su Estatuto.

Esta interpretación, por lo demás, encontraría sustento en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

Sin embargo, del entendimiento de que el mecanismo está incluido en las facultades de la Comisión no se sigue necesariamente su obligatoriedad.

En el afán de justificar el efecto expansivo de algunas de estas decisiones no obligatorias, la doctrina encasilló el fenómeno dentro de una de las fuentes tradicionales, la costumbre internacional. ¿Es ello suficiente?, ¿cuál es su fuerza legitimante?, ¿quién realiza su control?, éstas son algunas de las interrogantes que la problemática presenta en la actualidad.

El Informe del Comité Jurídico Interamericano “Fortalecimiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos”, de marzo de 2012 (en el anexo, en sus comentarios preliminares y en una cuidadosa redacción), reafirma el compromiso de los órganos del sistema por brindar un debido proceso, con plenas garantías a las partes involucradas, en él, transparencia, previsibilidad y actuación ajustada a los límites que le imponen la Convención Americana de Derechos Humanos, sus estatutos y reglamentos, también reafirma que los Estados americanos deben cumplir con las obligaciones que le imponen estos mismos instrumentos, así como las decisiones dictadas por estos órganos con carácter vinculante. No parecería surgir de estas afirmaciones un posicionamiento categórico. Aunque en el mismo documento, la mención a la inclusión de las medidas cautelares en el reglamento y una larga práctica de los Estados de reconocimiento expreso de esta competencia parecerían confirmar al menos su vigencia dentro del sistema.<sup>17</sup>

Este Informe del Comité también propuso algunas reformas tendientes a perfeccionar el cumplimiento de las decisiones de la Comisión en general.

<sup>16</sup> Monzón, Luz Marina, “Reflexiones para el debate: las medidas cautelares”, *Aportes DPLF*, revista de la Fundación para el Debido Proceso, núm. 16, año 5, marzo de 2012.

<sup>17</sup> Informe del Comité Jurídico Interamericano, OEA, “Fortalecimiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos”, Resolución 792 (LXXX-0/12) del 9 de marzo de 2012.

Así, propuso establecer en el Estatuto o en el Reglamento la posibilidad de que el órgano celebre audiencias de seguimiento sobre el cumplimiento de los acuerdos de solución amistosa. Respecto de las medidas cautelares, propuso establecer un mecanismo de seguimiento periódico, tanto para el seguimiento en sí como para su mantenimiento o levantamiento. Luego, bajo el acápite de las cuestiones de procedimiento, sostuvo que es necesario flexibilizar ciertos plazos de cumplimiento de las recomendaciones.

Ello dio como resultado la reforma del Reglamento de la Comisión a través de la resolución 1/2013.

Sin embargo, el debate acerca del alcance de las decisiones de la Comisión no se encuentra concluido ni cerrado para los actores del sistema.

#### IV. LA PRETENDIDA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Convención y la Carta de la OEA tienen disposiciones muy difusas acerca de la forma de aplicación de las sentencias de la Corte. A pesar de ello, con fundamento tanto en la Convención como en el Estatuto y en el Reglamento, la Corte ha elaborado un procedimiento de seguimiento de cumplimiento de sus sentencias. Y esta actividad de supervisión y cumplimiento se ha constituido en una de las actividades más exigentes del órgano jurisdiccional.

Tanto la Corte como la Comisión informan anualmente a la Asamblea General (AG) de la OEA. La AG tiene dos roles importantes. El primero es incluir casos de incumplimiento en las actividades del órgano, y el segundo es emitir recomendaciones y establecer sanciones económicas. El mecanismo es débil y de escaso uso.<sup>18</sup>

A pesar de ello, se debe considerar que las decisiones judiciales finales emitidas durante un litigio ante la Corte Interamericana son sentencias y su

---

<sup>18</sup> Felipe González, comisionado y expresidente de la CIDH, es uno de los autores que afirma que un factor relevante en la debilidad del sistema “lo constituye la falta de acción de los órganos políticos de la OEA como garantes colectivos del sistema interamericano de derechos humanos”, y agrega que “Aunque en los últimos años la Asamblea General ha venido aprobando resoluciones en las que llama a los Estados a acatar las decisiones de la Comisión y la Corte, en los hechos, los órganos políticos de la OEA no suelen ir más allá de esto. En este sentido, los órganos políticos de la OEA no se hacen cargo de dar seguimiento a casos específicos o a la situación de incumplimiento reiterado en que un Estado pueda encontrarse frente a la Comisión o a la Corte”, en “Tres aspectos centrales para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos”, *Aportes DPLF*, revista de la Fundación para el Debido Proceso, núm. 16 “Reflexiones para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos”, año 5, marzo de 2012. p. 16.

obligatoriedad se encuentra respaldada por el artículo 68.1 de la Convención Americana.

Según la Corte, la obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldada por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir con las obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional establecida.<sup>19</sup>

La Corte Interamericana es la que realiza la supervisión del cumplimiento de sus sentencias. En la reforma reglamentaria de 2010 se introdujo a este respecto el artículo 69. En 2011 dictó 32 resoluciones sobre cumplimiento de sentencia, realizó cuatro audiencias privadas y una pública. La actividad se ha convertido en una de las más demandantes del órgano. En 2000 sólo diez casos se encontraban en etapa de supervisión contra 172 en 2015, según el Informe Anual de ese mismo año de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, el referido Informe del Comité Jurídico Interamericano en el proceso de fortalecimiento del sistema ya mencionado consideró que dentro del mecanismo de seguimiento y cumplimiento de sus resoluciones es de particular relevancia que la Asamblea General de la OEA haga uso efectivo de su competencia de control.

Ante situaciones de incumplimientos, afirma el órgano consultivo, la Asamblea debería encomendar al Consejo Permanente su seguimiento, y de persistir el incumplimiento, la Asamblea debería adoptar medidas concretas. Ello pone en tensión el sistema político general con el particular (¿latinoamericano?) de derechos humanos.

El artículo 65 de la Convención Americana prevé la facultad de la Corte, de informar a la Asamblea sobre el incumplimiento las medidas provisionales emitidas por el tribunal. Y el Estatuto establece que la Corte someterá a la asamblea en cada periodo ordinario de sesiones un informe de su labor en el año anterior, y señalará los incumplimientos existentes.

Por otra parte, a diferencia del sistema europeo, en el que la supervisión descansa sobre el comité de ministros, en el sistema interamericano se entiende que es facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte el supervisar el cumplimiento de las sentencias.

---

<sup>19</sup> Corte IDH, *caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, competencia, sentencia del 23 de noviembre de 2003, pfo. 61.

La Corte, hace ya un tiempo, comenzó a preocuparse por el continuo incumplimiento de las sentencias y por la imposibilidad de que las partes accedieran a brindar elementos que sirvieran al tribunal para valorar si su fallo había sido cumplido cabalmente o no. Y así emitió una resolución en la que estableció los criterios mediante los cuales sometería un caso al conocimiento de la AG, y asimismo previó las consecuencias jurídicas de tal acto. Así:

No continuar requiriendo a los Estados que presenten información relativo al cumplimiento de la sentencia respectiva, una vez que el tribunal haya determinado la aplicación de los artículos 65 de la Convención Americana y 30 del Estatuto de la Corte en casos de incumplimiento de sentencias, y así lo haya informado mediante su Informe Anual para la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Si con posterioridad a lo anterior el Estado respectivo no acredita ante el Tribunal el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar el Informe Anual a la Asamblea General.<sup>20</sup>

De manera cada vez más apremiante la Corte se enfrenta al desafío de garantizar que sus resoluciones sean implementadas efectivamente.

Así, por ejemplo, en Argentina se observa que de un total de 17 casos contenciosos presentados ante la Corte Interamericana y con sentencia, dos fueron ya cumplidas, y una fue desestimada, por lo que aún se encuentran pendientes de cumplimiento catorce de ellos.

En la reglamentación, la Corte estableció la supervisión mediante la presentación de informes de los Estados y las observaciones de las víctimas o sus representantes y de la Comisión. Y además la posibilidad de convocar a una audiencia. Luego, una vez que cuente con la información pendiente determinará el estado de cumplimiento y emitirá las resoluciones que estime pertinente.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Corte IDH, Supervisión de sentencias (aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos), Resolución del 29 de junio de 2005, resolutive 1.

<sup>21</sup> Reglamento de la Corte IDH, aprobado por la Corte en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Artículo 69. "Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes. 2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere

Una de las preocupaciones constantes y generales es la de realizar las labores de manera eficiente y en un tiempo razonable.<sup>22</sup> La supervisión de cumplimiento de sentencia no es la excepción.

Es un hecho que cada vez existen mayores fallos emitidos, lo que dificulta la labor de supervisión. Por ello, la Corte ha comenzado a implementar audiencias conjuntas sobre un mismo punto resolutivo común o análogo a varios casos contra un mismo Estado.

La estrategia puede resultar interesante. Sin embargo, pueden existir complicaciones, así la diversidad de partes o víctimas intervinientes a los fines de alcanzar un adecuado diálogo que permita el cabal cumplimiento de la sentencia.

Desde los Estados, las dificultades parecerían estar en los distintos tipos de reparaciones establecidos por las sentencias.

En el caso argentino se observa esta variedad de reparaciones *prima facie* en el siguiente esquema:

Reparaciones monetarias	14	Garrido y Baigorria, Bulacio, Bueno Alves, Bayarri, Kimel, Torres Millacura, Fontevecchia-D'Amico, <sup>23</sup> Fornerón, Furlan, Mohamed, Mendoza, Mémoli, Gutiérrez, Arguelles.
Deber de adecuación o generación de normas de derecho interno <sup>24</sup>	6	Bulacio, Kimel, Fornerón, Furlan, Mohamed, Mendoza.
Deber de investigar sobre los hechos generadores	6	Garrido y Baigorria, Bulacio, Bayarri, Torres Mallicura, Mendoza, Gutiérrez.

oportunos. 3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión. 4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes. 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión”.

<sup>22</sup> Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana de Derechos Humanos*, México, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 910 y ss.

<sup>23</sup> En el caso *Fontevecchia-D'Amico*, en rigor, no se fijó un resarcimiento a favor de las víctimas, sino que se condenó al Estado a la restitución a las víctimas de todas las sumas que éstas abonaron en el proceso civil que fuera objeto del caso ante la CIDH.

<sup>24</sup> Según el caso, se trata de la concreta adecuación del derecho interno vigente, o bien de la implementación de medidas o acciones que permitan el cumplimiento no obstante la falta de previsión en el derecho interno.

Deber de investigar la conducta de funcionarios	5	Bueno Alves, Bayarri, Torres Mallicura, Fornerón, Mendoza
Deber de implementar cursos sobre Derechos Humanos para funcionarios	5	Bayarri, Torres Mallicura, Fornerón, Mendoza, Gutiérrez
Deber de brindar asistencia médica o tratamientos de salud	4	Bayarri, Furlán, Mendoza, Gutiérrez
Deber de brindar garantías de no repetición	2	Bulacio, Mendoza

FUENTE: Informe de investigación realizado por L. Aguzin, S. Averó, S. Barberio y R. Vicente. Corte Interamericana Derechos Humanos, visita profesional, San José de Costa Rica, enero/febrero de 2015.

## V. LOS PROCEDIMIENTOS EN LAS INSTANCIAS NACIONALES: ¿CREATIVIDAD *VERSUS* PREVISIBILIDAD?

Tal como se puede observar en el esquema anterior, las sentencias (y otras decisiones), además de indemnizar pueden disponer medidas de satisfacción no patrimonial, tal como la investigación de los hechos, castigo a los responsables, goce del derecho lesionado, entre otras.

Las dificultades son muchas, la coordinación entre nación y provincias, entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, en su caso Poder Judicial, previsiones presupuestarias, entre otras.

En algunas naciones de América esos desafíos tienen que ver con la carencia de recursos asignados a los entes encargados de la implementación de las obligaciones que se derivan del pago de las indemnizaciones fijadas por la Corte, así como a la ausencia de procedimientos y normas sustantivas claras que guíen a los operadores internos en la ejecución de decisiones de los órganos del sistema interamericano, también a la existencia de significativos vacíos legales, o simplemente a la falta de voluntad política de algunas autoridades nacionales.<sup>25</sup>

Algunos obstáculos fueron superados, pero se presentan vacíos interpretativos o normativos, zonas grises y oscuras al momento de dar cumplimiento a una sentencia de la Corte IDH.

<sup>25</sup> CEJIL, “El rol del Legislativo en la implementación de decisiones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Aportes para los procesos legislativos*, Buenos Aires, CEJIL, 2009.

Según la propuesta del Cejil (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional), la legislatura no sólo ostenta una obligación primaria de adecuación de las normas procesales y sustantivas nacionales a los derechos establecidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, sino que también asume la responsabilidad de diseñar normativa, mecanismos, pautas e instituciones para la plena ejecución de las decisiones de los órganos de supervisión del sistema interamericano.

Por supuesto que la viabilidad y pertinencia de las experiencias y criterios dependerá de las particulares realidades institucionales, políticas y sociales de los diversos países. Es claro que no existen fórmulas únicas para resolver los desafíos de la ejecución de sentencias, sino aspectos de la misma que deben ser aclarados o resueltos a nivel local teniendo en cuenta la realidad nacional.<sup>26</sup>

Parecería que en los últimos años algunos actores del sistema han expresado la convicción sobre la necesidad de desarrollar normas específicas que faciliten la ejecución de las decisiones y la definición de mecanismos u organismos para la implementación de las mismas. Estas medidas tenderían a dar mayor claridad y previsibilidad.

La ventaja de un marco normativo específico es evitar arbitrariedades, y en definitiva la desigualdad de trato.<sup>27</sup>

El desarrollo institucional y normativo debe tener en cuenta la realidad nacional, las dificultades que ha enfrentado el país en su experiencia con la implementación de decisiones, los aprendizajes de otros Estados de la región, entre otros.

El análisis de las experiencias en la región permite distinguir modelos de ejecución de sentencias que ponen un peso diferenciado en el papel del Poder Ejecutivo de aquellos que dan mayor relevancia a la instancia judicial en las tareas de cumplimiento.

Así, la Ley 288 de Colombia otorga un rol preponderante al Poder Ejecutivo. En tanto que la Ley 27775 de Perú establece un procedimiento en el que el rol central corresponde al Poder Judicial.

Estos dos modelos no cierran las posibilidades de crear otros; por ejemplo, una instancia de coordinación interinstitucional, o la búsqueda de modelos o procesos participativos.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>27</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Panorama y problemática de las fórmulas latinoamericanas para la atención de recomendaciones, y ejecución de sentencias internacionales en materia de derechos humanos”, ponencia presentada en el *VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, diciembre de 2010.

La diversidad de las medidas dispuestas por la Corte como reparación aconsejan ser flexibles en la elaboración de este procedimiento de ejecución, y también prudentes en cuanto se pueden transformar en un obstáculo.

Tal como se referenció en el caso de Argentina de los 17 casos, con sentencia en catorce de ellos, se fijaron reparaciones monetarias; en seis, el deber de adecuación o generación de normas de derecho interno; en seis, el deber de investigar los hechos; en cinco, el deber de investigar la conducta de los funcionarios; en cinco, el deber de implementar cursos sobre derechos humanos para funcionarios; en cuatro, el deber de brindar asistencia médica o tratamientos de salud, y en dos, el deber de brindar garantías de no repetición.

En definitiva, podrían identificarse los siguientes desafíos: ausencia de entes u órganos encargados de facilitar la ejecución de las sentencias de la Corte, carencia de procedimientos y definición de competencias para la ejecución, existencia de disposiciones legales o normativas que dificultan la ejecución.

En Argentina se intentó el cumplimiento de recomendaciones y decisiones adoptadas por la Comisión y la Corte, a través de una acción declarativa de certeza ante la Corte Nacional.<sup>28</sup> Con la acción se pretendía que el tribunal determinara que los hechos denunciados afectaban la vida e integridad física de los internos alojados en tres unidades penitenciarias de la provincia de Mendoza; que el Estado nacional y provincial son los sujetos obligados a garantizar dichos derechos y a cumplir las recomendaciones y decisiones internacionales; y que fije un plazo para que las obligaciones internacionales sean cumplidas.

La Corte Interamericana había señalado que el Estado no podía alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales para evitar las muertes y actos de violencia que continuaban ocurriendo en las unidades penitenciarias.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia y otro s/ acción declarativa de certeza, Buenos Aires, 2007, 330:1135.

<sup>29</sup> La Corte IDH expresó que “el Estado no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas, de modo que no se produzca ninguna muerte más. Tampoco puede el Estado alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales para evitar las muertes y actos de violencia que han continuado ocurriendo durante la vigencia de éstas. Más allá de la estructura unitaria o federal del Estado Parte en la Convención, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas”. Resolución de la Corte IDH del 30 de marzo de 2006, medidas provisionales, *caso Penitenciaría de Mendoza*, pfo. 11.

La corte nacional no se pronuncia sobre su competencia para entender en el asunto ni sobre la pertinencia de la vía procesal elegida. Pero decide requerir al Estado nacional y provincial un informe (ello no integró la pretensión) atento la gravedad de la situación.

Si bien resulta plausible la intervención del máximo órgano judicial nacional, queda sin definir el instrumento jurídico que podría utilizarse en estos casos ante las dificultades de coordinación de la nación y las provincias en la ejecución de una medida provisional dictada por la Corte Interamericana.

Por otro lado, cuando la Corte Interamericana condena al Estado y la violación emerge de lo resuelto por el tribunal de última instancia nacional, surgen, según lo ha señalado M. A. Gelli,<sup>30</sup> las siguientes interrogantes: ¿de qué modo se debe satisfacer la responsabilidad internacional en el orden interno?, ¿qué órgano estatal se encuentra vinculado por el fallo y debe cumplirlo?, ¿qué significa la ejecución de esa sentencia?, ¿qué ocurre si la ejecución involucra a terceros que no intervinieron en la instancia internacional?, ¿puede dejarse sin efecto una sentencia con efecto de cosa juzgada en el orden interno?

La Corte Suprema dio respuestas (o dejó sin respuestas) a algunos de estos interrogantes en el *caso Cantos*.

La condena al Estado argentino en la instancia internacional imponía las siguientes obligaciones: a) abstenerse de cobrar a Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago; b) fijar en un monto razonable los honorarios devengados en la tramitación de la causa en el orden interno; c) asumir el pago de honorarios de abogados y peritos del estado nacional y provincial (provincia de Santiago del Estero), y d) levantarle a Cantos los embargos e inhabilitaciones.

El procurador del Tesoro se presentó ante la corte nacional y solicitó que ésta instrumentara el cumplimiento. La Corte por mayoría desestimó la presentación a través de la resolución 1404/03.

Básicamente todos coincidieron en la preservación de los derechos de terceros, aunque no existió unidad de criterio acerca de las acciones a seguir. También coincidieron en la obligatoriedad de la sentencia internacional, aunque discreparon en cuál es el poder del Estado que debe instrumentarla, de qué modo y con qué extensión.

En especial, se observó en esa oportunidad una tendencia, por parte de algunos ministros, a considerar que la Corte carece de atribuciones para modificar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

<sup>30</sup> Gelli, María Angélica, "La supremacía de la corte argentina y la jurisprudencia internacional", *La Ley*, 2003.

Esta afirmación parecería haberse modificado en el voto de la mayoría de la corte nacional, con posterioridad, en la causa René Jesús Derecho.<sup>31</sup> En ésta, la mayoría sostuvo que “por tanto, con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en la sentencia Bueno Alves vs. Argentina, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007— corresponde haber lugar al recurso de revocatoria articulado, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplan las pautas fijadas en dicho fallo” (considerando 5).

La sentencia que se deja sin efecto es la de la propia corte (en sentencia del 11.07.2007, por la cual se declaró extinta la acción penal), admitiéndose un recurso de revocatoria excepcional (aunque no el de aclaratoria).

El voto disidente en la causa se sustenta en lo siguiente:

...la condena de la Corte Interamericana ha recaído exclusivamente sobre el Estado argentino y comprende no solo el pago de una indemnización sino además la obligación de adoptar todas las medidas que resulten procedentes y necesarias para garantizar a la víctima el pleno goce de sus derechos. Ello, sin embargo, no puede implicar (y tampoco lo ha indicado específicamente la Corte Interamericana en su sentencia) que este Tribunal deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y por la que, en virtud de reglas jurídicas vigentes y de aplicación general, se ha declarado la prescripción de la acción penal con respecto al delito atribuido a René Jesús Derecho (considerando 7 del voto en disidencia de los ministros Carlos Fayt y Carmen Argibay).

A ello agregaron que de ser esto contrario “...implicaría asumir que la Corte Interamericana puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto, que no ha sido parte en el proceso internacional y respecto del cual el tribunal interamericano no declaró, ni pudo declarar, su responsabilidad...” (considerando 8).

La cuestión parecería no ser sólo procesal. Por un lado se encuentra la cuestión procesal de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada del máximo tribunal nacional. Pero por otro, se encuentra una cuestión de fondo, éste es la prescripción de la acción penal en el ámbito interno frente a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones a los derechos humanos dispuestas en el ámbito internacional.

---

<sup>31</sup> FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en René Jesús Derecho s/ incidente de prescripción de la acción penal—causa núm. 24079, Buenos Aires, 2011, 334:1504.

Según la Corte Interamericana, son inadmisibles las disposiciones de prescripción en este sentido. La corte nacional, aun cuando se ve en la obligación de acatar lo resuelto por el tribunal internacional, no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa.

Es necesario recordar que en los supuestos de la obligación de investigación y castigo, lo que se juzga es la obligación del Estado y no la responsabilidad de las personas, de ahí que se ponga el acento en la obligación del Estado de investigar y castigar; no se puede establecer directamente el juzgamiento y castigo.<sup>32</sup>

## VI. A MANERA DE CONCLUSIONES PROVISORIAS

Las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos se han complejizado.

Las resoluciones de las organizaciones internacionales, sean jurisdiccionales o no, es un fenómeno jurídico que paulatinamente ha ido adquiriendo auge debido a la explosión de la institucionalización de la comunidad internacional a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

En este contexto, la teoría de las fuentes del derecho internacional se revela como insuficiente para explicar las múltiples y variadas relaciones y producciones normativas.

Una de las formas para identificar la eficacia de un sistema es por el grado de cumplimiento de sus decisiones, en especial las jurisdiccionales.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Convención no soluciona los problemas de ejecución de las medidas dispuestas por los órganos del sistema.

Desde el ámbito jurídico interno se propone la creación de instrumentos procedimentales para implementar el cumplimiento, al menos, de las sentencias. Sin embargo, si bien la falta de normas provoca en algunos casos falta de previsibilidad, también permite la creación práctica de soluciones.

Desde el ámbito jurídico internacional sería posible la elaboración de informes, estadísticas y búsqueda de patrones comunes de cumplimiento; en su caso, análisis de posibilidades de procedimientos orientativos permanentes, y asesoramiento.

---

<sup>32</sup> Rodríguez Reccia, Víctor Manuel, *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1997. Capítulo III: Efectos ejecutorios de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 29 y ss.

Por otro lado, no hay que soslayar las críticas de la doctrina latinoamericana a la actuación de la Corte IDH y el descontento de algunos Estados tanto a la actuación de la Corte como de la Comisión. Ello lleva a indagar sobre la necesidad del control sobre el control.<sup>33</sup>

En principio parecería que dicho control, que sin duda representa un desafío, sólo podría darse a nivel internacional, en instancias superiores dentro del mismo sistema de control.

Como tendencia puede verse en la creación de una Sala Superior en el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos o como la que cuenta la Corte Penal Internacional.

Por su parte, estas mismas críticas a las actuaciones de los órganos internacionales desde los mismos sujetos obligados tanto al llamado control de convencionalidad como a las reparaciones que se fijan, necesariamente deben hacer pensar en la necesidad de que los órganos internacionales sean rigurosos en sus fundamentaciones jurídicas.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, UNAM, 2013. El autor propone una revisión de la Corte de acuerdo con las siguientes directrices: obligar a los Estados a que otorguen un porcentaje de su PBN anualmente, que las ONG y otras organizaciones de la sociedad civil participen en la elección de jueces y comisionados, que la Corte aumente el número de jueces y que duren cuatro años en sus cargos siendo reelegibles por un período, que funcione en salas y plenario, y, que haya una cámara de apelación.

<sup>34</sup> En este sentido, en el relato presentado en la Asociación Argentina de Derecho Internacional para el Congreso realizado en 2009, se planteaban los desafíos que debía enfrentar la Corte al momento de definir las reparaciones para salvar cierta indeterminación argumental y de una debida fundamentación de sus pronunciamientos. Véase Bazán, Víctor, “Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XVIII, 2009. Asimismo, en los debates producidos en la sección de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en 2015 surgió la necesidad de reafirmar la jurisdicción internacional como subsidiaria de la interna a raíz del control de convencionalidad, y con ello la necesidad de un diálogo interjurisdiccional real.

## CAPÍTULO OCTAVO

# EVOLUCIÓN E INTERDISCIPLINA EN EL DEBATE ACTUAL DE LAS NUEVAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL: DERECHO SUAVE Y DERECHO DURO ¿CONTRAPOSICIÓN O COMPLEMENTO?

Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho suave o soft law como fuente autónoma y su relación con las fuentes tradicionales del derecho internacional.* III. *Precisiones terminológicas y presupuestos básicos para la identificación conceptual del derecho suave.* IV. *Otras formas de manifestación del derecho suave en el derecho internacional y las relaciones internacionales.* V. *Principales posiciones teóricas y doctrinales en torno a la naturaleza y significado del derecho suave.* VI. *El derecho suave en la práctica de la Asamblea General y de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.* VII. *Reflexiones finales.*

### I. INTRODUCCIÓN

En estos momentos de caos e inusitado dinamismo de los procesos sociales globales y locales, el análisis crítico e interdisciplinario del contenido y características generales de las fuentes modernas del derecho internacional, en un enfoque más allá del positivismo dominante y del propio constructivismo teórico, a cuyo amparo se gesta y evoluciona el fenómeno del derecho suave o *soft law*<sup>1</sup> (como lo denomina la literatura anglosajona de moda), es un hito de particular importancia en el estudio académico y profesional, de los nuevos desarrollos temáticos de la ciencia jurídica y las relaciones internacionales. Sobre el derecho suave o *soft law*, como fuente derivada o no convencional

---

<sup>1</sup> En el presente trabajo utilizaremos indistintamente los términos “derecho suave” y “*soft law*” como expresiones sinónimas, tal como se usan o deben usarse en los idiomas español e inglés, respectivamente.

del *jus gentium*, se ha venido hablando y discutiendo a favor y contra de su determinación desde hace casi medio siglo —y con cierto sigilo y prudencia de los autores, aun desde antes—; pero en realidad todavía no se puede afirmar que se hayan dado los consensos doctrinales suficientes para superar los vacíos e imprecisiones teóricas en torno a la verdadera naturaleza normativa, alcances y límites de este derecho suave.

Lo cierto es que, al margen de la actividad desempeñada por varios organismos internacionales políticos y cuasilegislativos en torno a la *lege ferenda* del derecho internacional (Asamblea General y organismos especializados de la ONU), los principales avances en la materia se han desarrollado en el contexto de los estudios académicos universitarios centrados en sus fuentes sustantivas y subsidiarias. Hasta el momento no existe una posición única respecto al modo de empleo del término *soft law*, aunque de manera general con él se indican determinados “fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante pero que poseen al menos cierta relevancia jurídica”.<sup>2</sup> Para un sector de la doctrina, estrechamente vinculado a las nuevas fuentes del derecho internacional, el *soft law* constituye una manifestación de creación normativa novedosa y alternativa. Otro sector de la doctrina, vinculado a la visión clásica del derecho internacional, es decir, autores del positivismo jurídico, le niegan toda validez jurídica, argumentando que no puede existir un derecho no obligatorio.<sup>3</sup> No obstante, no niegan la posibilidad de que el derecho suave llegue a convertirse en *hard law*, por lo que su enfoque analítico se fundamenta en una relación binaria *hard law-soft law*.

A mi entender, el problema de la existencia del derecho suave rebasa con frecuencia algunas de las categorías teórico-explicativas clásicas del derecho de gentes, tal como lo muestra que muchos iusinternacionalistas se hayan enfrascado en debates sin mucho sentido encaminados a confirmar o refutar exclusivamente su validez jurídica como medio de creación de obligaciones jurídicas. Lo valioso a mi modo de ver radica en que el estudio de esta manifestación de *lege ferenda* obliga necesariamente a penetrar en los terrenos de la inter y la multidisciplina, más aún cuando dicho fenómeno forma parte de un proceso de grandes magnitudes que pretende premiar e incentivar el cumplimiento de compromisos y obligaciones, más que casti-

---

<sup>2</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, vol. VI, 2006, p. 159.

<sup>3</sup> Estos autores señalan con énfasis que la característica básica con que ha sido dotado el derecho (*hard law*, también llamado derecho duro) es la obligatoriedad; por tal motivo, todo aquello que no posee un carácter vinculante no puede ser considerado derecho.

gar y responsabilizar la violación del derecho internacional.<sup>4</sup> No es deseo de los Estados, al menos en términos de política interna e internacional, ser catalogados como violadores, infractores u objetores persistentes del derecho internacional, y sujetos de responsabilidad por un daño o el incumplimiento de una obligación internacional, más aún en un sistema de derecho internacional fundamentado en el clásico nexo de imputabilidad y la visión tradicional de la responsabilidad internacional, que fue de gran utilidad en el momento clave en que las relaciones internacionales se ceñían a un reducido número de asuntos, principalmente en materia de paz, seguridad y coexistencia pacífica entre las entidades soberanas.

Hoy en día, la naturaleza cooperativa del derecho internacional y las relaciones internacionales obligan a reconsiderar ciertos parámetros básicos sobre los cuales se desarrolló el *jus gentium* clásico, tales como los relativos a las fuentes de este derecho, a la responsabilidad internacional y, sobre todo, a la solución pacífica de controversias internacionales. En el ámbito internacional una tendencia observable es que en lugar de desperdiciar considerables recursos y someterse a exhaustivas negociaciones para celebrar grandes convenciones internacionales, los Estados buscan adoptar tratados junto con otros instrumentos multilaterales, bastante generales y ambiguos, que posteriormente son interpretados y desarrollados, en cuanto a su contenido, por los propios Estados a través de la práctica internacional o la adopción de documentos secundarios, como declaraciones, resoluciones, memoranda de entendimiento o códigos de conducta.<sup>5</sup>

En este contexto, en un primer razonamiento, el análisis integral del derecho suave obliga al académico y al estudioso de los asuntos internacionales a comprender una serie de realidades que hasta hace algunas décadas hubieran sido imposibles de aceptar, como lo es que el derecho internacional ya tiene tiempo que ya no sólo constituye un límite a la competencia espacial del Estado soberano hacia adentro y hacia afuera, sino que, más bien, este ordenamiento jurídico formaliza la interdependencia entre los

---

<sup>4</sup> Es por esta razón que, de manera paralela al *soft law*, algunos doctrinarios ponen atención en conceptos como *soft liability* (o *responsability*), para referirse al incumplimiento, y *soft enforcement*, para aludir a mecanismos novedosos y flexibles de ejecución de normas y solución de controversias o diferencias entre sujetos reconocidos.

<sup>5</sup> En vez de encargar la supervisión de las convenciones y tratados a las organizaciones internacionales públicas, en la actualidad se delega dicha función a las denominadas Conferencias de las partes (reuniones periódicas de los Estados parte), que no sólo vigilan el cumplimiento de los acuerdos, sino además, emiten documentos en los que se interpretan y adicionan las cláusulas del tratado o la convención. Finalmente, en lugar de consagrar mecanismos de solución de controversias clásicos, se prevén mecanismos de supervisión y facilitación del cumplimiento de los compromisos adquiridos.

actores de las relaciones internacionales, es decir, es una herramienta de cooperación, coordinación y colaboración internacional. En estos tiempos globales, los problemas que aquejan a la comunidad internacional son atendidos mediante la cooperación internacional y la conformación de regímenes internacionales, formales o informales, y no únicamente, como sucedía antaño, con regímenes jurídicos internacionales encarnados en una organización intergubernamental (OIG). Los regímenes internacionales constituyen, sin duda, una de las principales manifestaciones de la organización internacional moderna;<sup>6</sup> en ellos tienen cabida tanto los sujetos clásicos del derecho internacional como los nuevos actores de las relaciones internacionales, como son las empresas transnacionales, la opinión pública mundial, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y el propio individuo.<sup>7</sup>

En un segundo razonamiento, debe reconocerse que el fenómeno *soft* no es exclusivo del derecho internacional. En materia de política internacional y política exterior se ha comenzado a propagar el uso de la expresión *soft power* para referirse, como lo sostienen Richard Armitage y Joseph Nye Jr. para el caso estadounidense, a la habilidad de una nación para atraer la simpatía de los demás Estados hacia sus objetivos particulares, sin tener que recurrir a la amenaza o al poder económico y militar.<sup>8</sup> Se trata, en cierto modo, de un cambio de concepción en torno al ejercicio del poder en las relaciones internacionales, pues, como bien señalan estos autores, las capa-

---

<sup>6</sup> Me refiero a la organización internacional en su sentido sociológico; es decir, como formas en las que se estructura la sociedad internacional, y no a instituciones internacionales como la ONU, la OMC, etcétera, como lo marca la literatura clásica.

<sup>7</sup> Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2011, pp. 125-134. Los regímenes internacionales se conforman por un conjunto de creencias, expectativas y pautas de comportamiento comunes con un trasfondo político determinado y fuertes connotaciones ético-morales acordes a una época y objetivos específicos, que pueden quedar formalizados a través de instrumentos vinculantes que den vida a mecanismos operativos de cooperación internacional. Estos regímenes se fundamentan en una idea constructivista encaminada a que los Estados aprendan a cooperar unos con otros a fin de alcanzar metas comunes sin la necesidad de normas jurídicas rígidas que castiguen el incumplimiento. Además, poseen la ventaja de poderse adaptar a los rápidos cambios que tienen lugar en el ámbito de las relaciones internacionales, sin tener que someter al régimen a grandes rondas de negociación y adopción de instrumentos jurídicos formales. En otras palabras, los regímenes constituyen un mecanismo novedoso de socialización internacional en el que se busca incentivar la cooperación, premiar el cumplimiento y reducir la desconfianza mutua a través del aprendizaje, en oposición al modelo tradicional, en el que la norma jurídica de carácter obligatoria, bilateral y coercible, desanimaba el incumplimiento mediante la amenaza de una sanción.

<sup>8</sup> Armitage, Richard y Nye Jr., Joseph, *CSIS Commission on Smart Power. A Smarter, More Secure America*, Nueva York, CSIS, 2007, p. 6.

ciudades económica y militar se han convertido en instrumentos débiles para combatir las ideas. El derecho internacional no es ajeno a lo que sucede en el ámbito de la política internacional, y una prueba de ello es que históricamente, la naturaleza coercitiva de la norma jurídica resulta insuficiente para asegurar su cumplimiento por parte de los Estados, que observan el derecho internacional no sólo por así convenir a sus intereses y a su prestigio internacional, sino además, porque tienen la necesidad social, inherente a la humanidad, de contar con un mínimo de normas y principios que regulen la conducta y el comportamiento en las determinadas áreas del quehacer internacional.

En tercer término, me parece que el *soft law* demuestra que el derecho internacional se encuentra en una etapa de reinvención producto de los cambios radicales acontecidos en las relaciones internacionales tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. La doctrina clásica hace referencia a esta realidad reconociendo la ampliación, extensión y diversificación,<sup>9</sup> y juridificación de las relaciones internacionales;<sup>10</sup> sin embargo, no se trata única y exclusivamente del surgimiento de un mayor número de normas o ramas del derecho internacional que se corresponden linealmente con un mayor número de asuntos internacionales de variada naturaleza.

En cuarto lugar, el derecho suave permite identificar con claridad los límites del positivismo jurídico como corriente teórica y metodológica encaminada a explicar la creación y validez de las normas jurídicas en el ámbito internacional. Por un lado, el derecho internacional no aspira a ser un reflejo del derecho nacional, en el que existe centralización y órganos facultados para la creación, aplicación e interpretación del derecho (el derecho de gentes es único, en razón de las peculiares características de la sociedad internacional), y por el otro, sus fuentes rebasan las clásicas fuentes consagradas en el artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Estas cogitaciones personales no implican que el *soft law* busque desbancar al *hard law* de su tradicional papel de mecanismo por excelencia en la regulación de la conducta humana y, en este caso, de las naciones y otras entidades no estatales o atípicas. A la doctrina jurídica clásica le preocupa sobremanera que se pueda otorgar carácter jurídico a aquellas obligaciones o normas que no han pasado por el proceso de creación normativa fuerte-

<sup>9</sup> Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967.

<sup>10</sup> Becerra Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

mente arraigado en el imaginario de los positivistas.<sup>11</sup> Sin embargo, el *soft law* y sus defensores no pretenden desplazar al *hard law*, sino más bien optimizar la eficiencia y eficacia del derecho internacional con un conjunto de normas complementarias —y en ocasiones convergentes—, que permitan a este derecho adaptarse a los cambios cualitativos de las relaciones internacionales y presentar una normatividad congruente, eficaz y a la par con la realidad social —y las demandas sociales— que pretende regular.

El derecho es, ante todo, una ciencia social, y de esta matriz no puede ni debe desprenderse, bajo el riesgo de perder su sentido ontológico. No olvidemos que, como lo destaca el profesor Seara Vázquez, los juristas y jusinternacionalistas demasiado celosos de su disciplina y encerrados en la interpretación normativa, y exacerbados de positivismo, acaban por no entender nada, o muy poco, de lo que ocurre en el entorno, y por consiguiente despojan al sistema jurídico su contenido real.<sup>12</sup> Es en este sentido que el derecho suave hace posible, además, atraer al imperio del derecho internacional a actores internacionales (empresas, organizaciones no gubernamentales) cuya personalidad y capacidad jurídica siguen siendo un asunto pendiente en la agenda temática del derecho de gentes clásico. Igualmente, el trinomio *soft law*, *soft liability* y *soft enforcement* constituyen una alternativa para explicar el surgimiento de obligaciones internacionales, su cumplimiento, ejecución y su rol en la solución pacífica de controversias en un mundo complejo, globalizado e interdependiente, como el que nos ha tocado vivir. De manera que en el presente ejercicio capitular se hace una revisión teórica jurídico-política internacional de la naturaleza del denominado derecho suave y su relevancia en el derecho internacional y las relaciones internacionales contemporáneas.

## II. EL DERECHO SUAVE O *SOFT LAW* COMO FUENTE AUTÓNOMA Y SU RELACIÓN CON LAS FUENTES TRADICIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

El fenómeno del derecho suave se inscribe cada vez con más fuerza en los debates doctrinales que se desarrollan en torno a la filosofía, contenido y al-

---

<sup>11</sup> Para una mejor comprensión del debate *soft law-hard law*, en el contexto de la réplica positivismo-naturalismo y el derecho internacional, hay tres trabajos cuya lectura recomiendo: 1) Garibian, Sévane y Puppo, Alberto, *Normas, valores y poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, México, ITAM-Fontamara, 2010; 2) Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2001, y 3) Vigo Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual. De M. Vilely a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003.

<sup>12</sup> Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*, prólogo de Modesto Seara Vázquez, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 5.

cances de las denominadas nuevas fuentes del derecho internacional, y suelen identificarse por lo general en las resoluciones de las organizaciones internacionales, las decisiones de organismos políticos y “cuasi-legislativos”, los actos unilaterales de los Estados y los acuerdos ejecutivos —*executive agreements*— de diferentes tipos. La naturaleza jurídica plena de estas manifestaciones de creación de obligaciones internacionales ha sido duramente criticada debido a la existencia de una visión dominante, pero restringida y rebasada por la realidad social, de las fuentes del derecho internacional.

Tradicionalmente, estas raíces de origen han sido definidas como “los modos de formación o manifestación de ese derecho, o los modos de su realización, y de los cuales dimanar directamente los derechos y las obligaciones de las personas internacionales”.<sup>13</sup> Buena parte de la doctrina se ha enfocado en el estudio de los procesos a través de los cuales se crean las normas jurídicas en el ámbito internacional; es decir, en las denominadas fuentes formales. Esta tendencia ha llevado a identificar al artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como el precepto al que se recurre por antonomasia al momento de estudiar y conocer cuáles son las fuentes del derecho internacional. En mi opinión, el citado numeral no realiza una enumeración exhaustiva de las fuentes del derecho internacional, y de su redacción no se desprende que establezca una jerarquía entre tales fuentes.

Es un hecho irrefutable que el mentado numeral 38 del Estatuto del máximo tribunal internacional ha sido dejado atrás por las nuevas tendencias del derecho de gentes. Como afirma el investigador Manuel Becerra: “de un examen detenido sobre todo de la práctica internacional es posible advertir que la normatividad internacional tiene formas de manifestación mucho más amplias y en algunos casos más sofisticadas”.<sup>14</sup> Alf Ross, “ve en la limitación de las fuentes en un solo artículo el peligro de que frecuentemente sea incompleto o que sea inadecuado a la realidad... la práctica internacional es la importante, ya que es mucho más rica y compleja que la simple expresión de un artículo en un documento internacional”.<sup>15</sup> Por este motivo, coincido con mis colegas universitarios y otros especialistas en la materia, en que el numeral 38 estatutario sólo debe asumirse como una mera referencia o punto de partida oficial en relación con las fuentes del derecho internacional.

<sup>13</sup> Accioly, Hildebrando, *Tratado de derecho internacional público*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, t. I, 1958, p. 50.

<sup>14</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 1.

<sup>15</sup> Citado por Becerra Ramírez en *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, p. 4.

Ante la insuficiencia explicativa del enfoque tradicional que limita el proceso de creación normativa en el ámbito internacional a las fuentes formales enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, la doctrina ha desarrollado enfoques heurístico-explicativos alternos que, desde una visión más integral del derecho internacional y las relaciones internacionales, permiten reconocer la existencia de nuevas presentaciones de la evidencia normativa. Por ejemplo, Ian Brownlie señala que la distinción entre fuentes materiales y formales en el derecho internacional es difícil de mantener; por tal motivo, la existencia de las normas jurídicas debe realizarse mediante la comprobación de consensos y acuerdos entre los Estados con respecto a ciertas reglas particulares o prácticas.<sup>16</sup> De la misma opinión es Baxter, para quien el proceso de creación de derechos y obligaciones internacionales reposa en el consentimiento de los Estados y, por tanto, existen una infinita variedad de manifestaciones de derecho internacional que no se constriñen al texto del artículo 38.<sup>17</sup> Este enfoque llevaría a afirmar, como lo hacen algunos autores y doctrinarios, que la autoridad de las normas internacionales debe buscarse en la propia conducta de los sujetos internacionales y en lo que ellos consideran como normativo y obligatorio.

Es importante ser precavidos al momento de referirse al término “fuentes” debido a las discusiones académicas que genera y a su estrecha vinculación con la teoría clásica del propio derecho internacional. Por ejemplo, hay autores que prefieren hablar de “procesos o procedimientos de creación normativa”, “manifestaciones jurídicas” o *law-making*, en lugar de emplear el término “fuentes”. A mi entender, este término es correcto, tiene tradición y consenso, es sencillo y bastante descriptivo, por lo que considero adecuada su utilización, pero siempre y cuando se amplíe su contenido y sea correspondiente con la realidad internacional objetiva. Y no se trata de una simple *commodité*, como se dice en correcto galicismo, sino de ir más al fondo de la cuestión más que a la forma o nomenclatura de la misma.

Lo interesante es que la naturaleza del *soft law* en cuanto a fuente del derecho internacional ha sido estudiada desde dos posiciones doctrinales predominantes, a saber: la doctrina clásica de las fuentes del derecho internacional y la doctrina que defiende la existencia de nuevas fuentes o manifestaciones jurídicas de este derecho. Para los primeros, el *soft law* no constituye una nueva fuente del derecho de gentes, sino más bien una forma

---

<sup>16</sup> Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 76.

<sup>17</sup> Baxter, R., “International Law in her Infinite Variety”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1980, p. 566.

en que se recoge y comprueba la existencia de una norma consuetudinaria, o bien como un principio general de derecho encaminado a constituir un parámetro interpretativo del *hard law*. Este derecho suave es evidencia viva de una práctica internacional, de una convicción jurídica (*opinio iuris*) o una herramienta interpretativa de normas jurídicas internacionales cuyo carácter vinculante es plenamente reconocido.

Esta manifestación de *lege ferenda* no posee una naturaleza normativa *per se*, sino en la medida en que constituye una prueba de que los elementos objetivo y psicológico de la costumbre internacional se han configurado, esto es, participa de los procesos de creación normativa, puesto que genera la adopción de normas nacionales, convencionales o consuetudinarias; sin embargo, su “participación en la formación de normas y obligaciones internacionales sólo puede constatarse *ex post facto*”;<sup>18</sup> es decir, una vez que ha sido creada la norma jurídica a través de los procedimientos clásicos. En este sentido, la función del derecho suave o protoderecho se reduce a ser una manifestación primaria o emergente del derecho duro, una especie de herramienta interpretativa de este derecho destinada a llenar sus lagunas o vacíos, y la muestra palpable de una costumbre internacional.

La solidez del derecho se fundamenta en su capacidad de otorgar y garantizar certidumbre jurídica a los actos realizados por sus sujetos. La validez de los procesos de creación normativa se sustenta en la existencia de normas preexistentes y reconocidas que aseguran a los sujetos jurídicos que las normas que les serán aplicadas han pasado por una serie de etapas ciertas, formales y conocidas que impiden el surgimiento arbitrario de normas jurídicas. Es claro entonces que para la doctrina tradicional, el *soft law* constituye —salvo su posibilidad de crear costumbre— una forma de evadir los canales formales de creación normativa y una seria amenaza para la estabilidad y coherencia del derecho internacional, y en el peor de los casos, puede hasta erosionar, fragmentar y debilitar al derecho internacional, así como generar un potencial conflicto de leyes entre normas rígidas y normas suaves.

No obstante, la creación normativa en el campo del derecho internacional ha sido facultad exclusiva de los Estados, quienes, a través de su libre voluntad y consentimiento, deciden comprometerse y otorgar efectos vinculantes a sus actos internacionales. El carácter no obligatorio de las recomendaciones de algunos organismos internacionales, o cualquier otra manifestación del derecho suave, está estrechamente vinculada y es propor-

<sup>18</sup> Mazuelos Bellido, Ángeles, “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, REEI, núm. 8, 2004, p. 22, disponible en: [www.reei.org](http://www.reei.org).

cional, como lo sostienen los defensores de este derecho en formación en cuanto fuente de derecho internacional, a la convicción jurídica (*opinio iuris*) manifestada por los Estados al momento de adoptar compromisos internacionales y a la plena observancia del principio de la buena fe.

La obligatoriedad de los instrumentos suaves no debe buscarse únicamente en la forma en que se redactan y adoptan tales mecanismos; por el contrario, la *opinio iuris* y la práctica estatal o internacional se convierten en requisitos *sine qua non* para desprender efectos normativos vinculantes de un instrumento de *soft law*, lo cual dificulta su distinción de la costumbre “regular”. La convicción jurídica demuestra la intención del sujeto internacional al momento de adoptar el instrumento “suave”, mientras que la práctica confirma dicha convicción en el terreno fáctico.

Esta constancia “blanda” del derecho constituye un nuevo procedimiento de creación normativa o fuente del derecho internacional. El hecho de que posteriormente pueda quedar consagrado en un tratado, una costumbre o una jurisprudencia, es una posibilidad, mas no una regla. En este sentido, considero que el *soft law* reviste las siguientes particularidades:

1. Es una fuente nueva del derecho internacional.
2. Puede servir de base para crear normas de derecho duro.
3. Puede convertirse en derecho duro, aunque no es su objetivo único y último.
4. Puede ser complementado y precisado mediante la adopción de otras normas suaves o de normas rígidas consagradas en los tratados y la costumbre.
5. Puede complementar a las fuentes clásicas del derecho internacional en aquellas áreas en que existan lagunas y vacíos (aplicación *infra legem*).
6. Puede moderar o corregir el derecho internacional (aplicación *supra legem*).
7. Coadyuva a llenar lagunas jurídicas o ciertos vacíos de derecho y facilita la respuesta pronta del derecho a necesidades novedosas o no previstas en la realidad social nacional, regional e internacional.<sup>19</sup>
8. No puede contravenir las normas imperativas de observancia universal (*ius cogens*).

---

<sup>19</sup> Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos, *op. cit.*, en especial revisar el capítulo V “Avances del derecho internacional constitucional: régimen jurídico y capacidad normativa general de las organizaciones internacionales”, pp. 147-191.

En esta tónica, considero que la relación derecho suave-fuentes clásicas del derecho internacional no debe ser vista como problemática o conflictiva, sino como una interrelación dinámica en la que ambas manifestaciones jurídicas se complementan y retroalimentan mutuamente. El primero proporciona un conjunto de normas jurídicas que refleja las tendencias actuales de la sociedad internacional en ciertas áreas determinadas y su necesidad por contar con un mínimo de pautas de comportamiento que regulen las interrelaciones entre sus miembros. Además, es una especie de subsistema de normas diferentes y aisladas de las provenientes de los tratados y la costumbre destinadas a optimizar el derecho internacional contemporáneo. De ahí que la interrelación del derecho suave con las otras fuentes del derecho internacional deba ser armónica; es decir, el derecho suave es fuente autónoma allí donde no existe tratado o costumbre, y es fuente subsidiaria o auxiliar en aquellos casos en que existan vacíos o lagunas en el derecho convencional o en el consuetudinario (es esta, precisamente, la esencia de dicha complementariedad).

A la doctrina que rechaza el *soft law* le preocupa, no sin razón, cuáles son las reglas aplicables ante un potencial conflicto de leyes entre normas *soft* y *hard* en una misma materia. Para ellos, el problema no se limita a la mera aplicación de los principios *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat legi generali*, ya que sería como otorgar el mismo valor a ambas presencias del derecho.<sup>20</sup>

Razonándolo más a fondo, me parece que el problema relativo a la existencia de un potencial conflicto de leyes entre normas suaves y normas rígidas pasa más por una cuestión en torno a la pretendida carencia de validez jurídica del derecho suave que a un verdadero dilema de orden técnico jurídico. Si se le niega validez jurídica, es lógico que se rechace la posibilidad de que sus normas puedan, con base en los principios *lex posterior* y *lex specialis*, predominar sobre las disposiciones de un tratado o la costumbre. Si, por el contrario, se le reconoce la validez jurídica en tanto manifestación de la voluntad de los sujetos internacionales o producto de las facultades conferidas a una organización internacional, no hay razón para negar la aplicabilidad de tales principios.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Klabbers Jan, "The Redundancy of Soft Law", *Nordic Journal of International Law*, Netherlands, Kluwer Law International, núm. 65, 1996, p. 177.

<sup>21</sup> El punto fino de la cuestión se restringe, por un lado, a la falta de precedentes en la materia, y por otro, a que los tribunales internacionales, principalmente la Corte Internacional de Justicia, a pesar de haber tenido la oportunidad de analizar e interpretar instrumentos de *soft law* (resoluciones del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones

Este problema es aparente y una especie de eufemismo, bastante similar al que ocurre con los principios generales de derecho consagrados en el inciso c del párrafo 1 del Estatuto del máximo tribunal; es decir, los principios generales y el *soft law* son una realidad y una manifestación jurídica; empero, ni los Estados ni la Corte han tenido la disposición para fundamentar sus demandas y sus decisiones en tales fuentes del derecho internacional. Por ejemplo, en el caso relativo a las *Papeleras en el Río Uruguay* (Argentina c. Uruguay, fallo del 20 de abril de 2010),<sup>22</sup> el juez Cançado Trindade, en su opinión separada al fallo, lamenta que la Corte haya realizado un análisis exhaustivo de componentes químicos y no lo haya hecho, en cambio, en relación con los principios de derecho internacional del medio ambiente, considerados como fuente autónoma del derecho internacional y aplicable a la resolución de las controversias sometidas a la CIJ. Con toda la razón jurídica que por lo general asiste a las opiniones disidentes, para el juez Cançado Trindade, la Corte dejó pasar la oportunidad de realizar una contribución importante al desarrollo de esta disciplina jurídica, al no hacer una mención expresa en torno a principios del derecho ambiental, tales como el principio de prevención, el principio de precaución, el principio de equidad intergeneracional y el principio de desarrollo sostenible.<sup>23</sup>

Aunque no existe razón para no aplicar los principios *lex posterior* y *lex special* a los conflictos de leyes que puedan suscitarse entre normas de *hard* y de *soft law*, lo cierto es que, como sucede con los tratados y la costumbre, las normas e instrumentos suaves no pueden contravenir el *ius cogens*, y sólo deben tener efectos jurídicos para aquellos sujetos que hayan manifestado su consentimiento para otorgarle carácter obligatorio. Sucede lo mismo que con la costumbre, se debe demostrar la práctica estatal y la convicción jurídica a fin de poder comprobar el carácter obligatorio y aceptación de una norma suave.

En el siguiente apartado se revisarán las principales tipologías y clasificaciones que se han elaborado en torno al *soft law* para identificar la gran variedad de manifestaciones que puede revestir en el ámbito de las relaciones internacionales contemporáneas.

---

Unidas, por ejemplo), no ha fundamentado jurídicamente ninguna de sus decisiones en instrumentos o normas de carácter eminentemente suaves.

<sup>22</sup> ICJ, juicio del 20 de abril de 2010, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>.

<sup>23</sup> Borrás, Susana, “El desenlace del conflicto de la celulosa: Argentina vs. Uruguay”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Cataluña, vol. 1, núm. 1, 2010, pp. 33 y ss.; *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade to the Judgment in the Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, pfs. 52 y ss., disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15885.pdf>.

### III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA IDENTIFICACIÓN CONCEPTUAL DEL DERECHO SUAVE

Como ya se advirtió, el término *soft law* o “derecho suave” ha sido ampliamente cuestionado por la doctrina en razón de sus imprecisiones y de las múltiples acepciones de que ha sido objeto. El término ha sido definido atendiendo, por lo menos, a tres grandes criterios: 1) las definiciones que se centran en los efectos legales del derecho suave; 2) las que le otorgan una naturaleza política, social o moral, y 3) aquellas que lo definen con relación a las fuentes clásicas del derecho internacional consagradas en el artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Atendiendo al primer criterio, algunos doctrinarios señalan que el término *soft law* se usa para “describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos”.<sup>24</sup> Una buena parte de la doctrina emplea el término para referirse a aquellos instrumentos que tienen un carácter jurídicamente no vinculante, pero que poseen cierta relevancia jurídica, siendo su espacio natural de producción el derecho internacional.<sup>25</sup> Para Jan Klabbbers, este término alude a los instrumentos que son considerados como *dotados de efectos legales*, pero sin ser elevados al rango de verdadero derecho.<sup>26</sup> Dentro de este sector, destaca la concepción de Thüerer, para quien el *soft law* es definido específicamente como “un fenómeno de las relaciones internacionales que abarca todas aquellas reglas sociales generadas por los Estados y otros sujetos de derecho internacional que no son obligatorias o vinculantes pero que, sin embargo, tienen una relevancia legal especial”.<sup>27</sup>

Con base en una pretendida naturaleza política, algunos doctrinarios lo han definido como aquellos “estándares y principios de conducta no obligatorios”,<sup>28</sup> o bien como acuerdos vinculantes política y moralmente, pero sin ningún efecto jurídico. Por otra parte, para aquellos que lo definen con relación a las fuentes del derecho internacional, el derecho suave se en-

<sup>24</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, p. 533. Se refiere a autores como Jerzy, Sztucki y Ramberg.

<sup>25</sup> Alarcón García, Gloria, “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en Martínez de Pisón, Juan (dir.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Libro-homenaje al Profesor Álvaro Rodríguez Berejío*, España, Aranzadi, 2010, p.9.

<sup>26</sup> Klabbbers Jan, *op. cit.*, p. 168.

<sup>27</sup> Citado por Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, p. 534.

<sup>28</sup> Karmel, Robert S. y Kelly, Claire R., “The Hardening of Soft Law in Securities Regulation”, *Brooj. J. International Law*, vol. 34, 2009, p. 884.

cuentra conformado por normas, principios y procedimientos internacionales, que están fuera del sistema formal de fuentes del artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la CIJ; y carecen del carácter normativo requerido para crear derechos y obligaciones empero, son capaces de producir ciertos efectos legales.<sup>29</sup> Van Hoof afirma que la voz *in comento* es utilizada “para englobar instrumentos que no se acomodan a las «fuentes» tradicionales de Derecho Internacional, si bien concurren en ellos elementos característicos de las reglas de Derecho por lo que no merecen ser considerados no-Derecho”.<sup>30</sup>

También son de mencionarse las tres principales acepciones que, de acuerdo con Julio Barberis, se le han otorgado al término: a) las normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica; b) las normas jurídicas de contenido difuso o vago en las que es difícil precisar si sus disposiciones han sido cumplidas debidamente o no, y c) las normas que se hallaban en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de algunas organizaciones regionales en acuerdos políticos, en “pactos de caballeros”, en códigos de conducta, en declaraciones conjuntas, en directivas adoptadas por consenso en conferencias internacionales, etcétera, que en conjunto formarían una suerte de orden jurídico intermedio.<sup>31</sup>

Todas estas acepciones demuestran que el *soft law* no posee el rango de fuente formal del derecho internacional debido, por un lado, y con base en una posición exegética, no se encuentra previsto en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ y, por otro lado, a que en su formación no concurren los elementos necesarios y aceptados por la doctrina para que se materialice el proceso formal de creación normativa. No obstante estas carencias inherentes al derecho suave, la doctrina le reconoce capacidad de generar ciertos efectos legales. No se niega que esta peculiar figura del derecho internacional pueda crear compromisos y pautas de comportamiento; por tal motivo, el problema en torno al fenómeno parece trasladarse más bien al ámbito particular de su obligatoriedad y de la capacidad de los sujetos jurídicos internacionales para exigir el cumplimiento de tales compromisos.

En este sentido, y con base en la más estricta técnica jurídica, el *soft law* no podría ser considerado como verdadero derecho, amén de que no puede exigirse su cumplimiento por parte de los sujetos internacionales. Esta apa-

<sup>29</sup> Francioni, Francesco, “International «Soft Law»: a Contemporary Assessment”, en Lowe, Vaughan y Fitzmaurice, Malgosia (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996, p. 168.

<sup>30</sup> Citado por Mazuelos Bellido, Ángeles, *op. cit.*, p. 21.

<sup>31</sup> Barberis, Julio, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 281 y ss.

rente naturaleza imperfecta del *soft law* ha llevado a la doctrina a concebirlo como una especie de derecho flexible, derecho blando, derecho suave, pre-derecho, derecho en agraz, o bien derecho programa o programático (lo que lo acercaría más a la idea de *lege ferenda*). Esta concepción posee un carácter eminentemente excluyente y un tanto simplista, puesto que se limita a definir al *soft law* en oposición al *hard law*, y a sus efectos legales como *no obligatorios* en oposición a *obligatorios*.

Desde una perspectiva más amplia, Riphagen mencionaba que el derecho no es el único sistema normativo que regula la conducta humana, por lo que es necesario identificar los diferentes niveles que conforman el mundo jurídico, mismo que se encuentra dividido en por lo menos cuatro niveles representados en la fórmula *non-law/soft law/law/ius cogens*, en donde el *soft law* y el *ius cogens* representan los dos extremos del derecho.<sup>32</sup> De acuerdo con Van Hoof y Baxter, el derecho suave se ubicaría en una zona gris entre el blanco derecho y la negrura del no derecho. Este sector de la doctrina descarta la posibilidad de ignorar su naturaleza jurídica, aunque lo ubica en una posición intermedia con respecto al derecho duro, lo que conllevaría a identificarlo como una manifestación primaria o transitoria del verdadero derecho.

Aunque esta posición doctrinal asume una visión más integral del mundo jurídico, no resuelve los problemas relativos a la obligatoriedad y exigibilidad del *soft law*, puesto que, a menos que se convierta en *hard law* en razón de una relación lógica de continuidad, no es obligatorio y exigible. Por este motivo, el primero tiene ciertos efectos jurídicos sólo en la medida en que genera expectativas de cumplimiento de ciertos compromisos, constituye una prueba de una práctica estatal o de una convicción jurídica (*opinio iuris*), o bien ayuda a interpretar instrumentos jurídicos internacionales cuyo carácter vinculante es plenamente aceptado.

Nótese que las dos posturas doctrinales presentan razonamientos aceptables. Sin embargo, el problema en torno a la naturaleza jurídica del derecho suave radica en una desafortunada denominación de un fenómeno internacional. El fenómeno surgió de la necesidad de la sociedad internacional por encontrar nuevas formas de alcanzar acuerdos, consensos y compromisos en un cada vez mayor número de rubros y asuntos internacionales de variada naturaleza. Asimismo, refleja las tendencias de la sociedad internacional en la regulación de materias o áreas determinadas. En los casos en que los Estados han llegado a adoptar compromisos políticos, económicos y sociales al margen de los canales clásicos de conformación de obligaciones, no han tenido la intención explícita de generar formas de creación normati-

<sup>32</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, p. 524.

va antagónicas a las fuentes clásicas del derecho internacional, sino otorgar cierto efecto jurídico a dichas pautas y directrices, debido, principalmente, por su utilidad para adoptar verdaderos instrumentos jurídicos internacionales vinculantes, y aun para la interpretación de dichos instrumentos. A falta de un mejor término, se adoptó y propagó la expresión *soft law* o “derecho suave”.<sup>33</sup>

A la complejidad para definir el término en cuestión debe añadirse la dificultad para identificar sus elementos característicos básicos y de los instrumentos en que queda consagrado. De acuerdo con Christine Chinkin, para que un instrumento sea calificado como derecho suave es necesaria la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) que sean formulados en términos no obligatorios de acuerdo con los procesos tradicionales de creación de derechos; b) que contengan términos vagos e imprecisos; c) que procedan de órganos carentes de autoridad para dictar normas internacionales; d) que estén dirigidos a actores no estatales; e) que sean ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional, y f) que estén basados exclusivamente en la adhesión voluntaria y no existan mecanismos para su exigibilidad.<sup>34</sup>

Salvo la mejor opinión del lector, me parece que con la mayoría de estos presupuestos marcados por la profesora Chinkin no tendría ya mucho sentido continuar sosteniendo la existencia ni debatiendo en torno a la naturaleza y contenido del fenómeno que nos ocupa, sino más bien intentar elucidar a qué nivel de derecho o “protoderecho” se está ella refiriendo, o qué tipo de manifestación precisa intenta describir, pues introduce elementos que rompen con la realidad internacional fáctica que atestiguamos a diario y con las características y tipologías que han ido abonando los doctrinarios de todo el mundo a lo largo de los últimos años. Ahí está, por ejemplo, la opinión de Thurer, para quien la evolución y presencia del derecho suave puede identificarse atendiendo a cuatro cualidades específicas, a saber:

---

<sup>33</sup> La doctrina clásica tiene por costumbre que todo compromiso adquirido es regido por el derecho, si no puede asociársele al ordenamiento jurídico se descarta, *ipso facto*, su naturaleza obligatoria y exigible. Esta realidad se magnifica en el ámbito de las relaciones internacionales, puesto que el cumplimiento de los acuerdos y compromisos se sustenta en el principio de la buena fe (*pacta sunt servanda*). La posibilidad de incumplir con la palabra dada es tentadora en el ámbito internacional; por esta razón, es entendible la diferenciación que se realiza entre el *soft law* y el *hard law*, como forma de deslindar al derecho internacional clásico de cualquier responsabilidad en materia de no observancia o incumplimiento de normas emanadas del derecho suave.

<sup>34</sup> Chinkin, Christine, “Normative Development in the International Legal System”, en Shelton, D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Roles of Non Binding Norms in the International Legal System*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 30 y 31.

1. Es un instrumento tendente a regular relaciones internacionales que tiene lugar en el marco de la actuación de las organizaciones internacionales;
2. Versa sobre cuestiones de derecho internacional;
3. No ha pasado por todas las fases previstas por el ordenamiento internacional para convertirse en *hard law*, y
4. Pese a carecer de efectos jurídicos vinculantes, está próximo a la ley por su capacidad para producir ciertos efectos legales.<sup>35</sup>

En algunos de los elementos antes señalados se hace patente la necesidad de la doctrina por asociar el *soft law* con categorías y figuras jurídicas de amplia tradición y arraigada aceptación en el campo del derecho internacional y la ciencia jurídica en general. Por ejemplo, se menciona que los instrumentos de derecho suave están formulados en términos no obligatorios, es decir, sus normas y principios no están redactados en forma imperativa, por lo que no puede, *prima facie*, desprenderse la existencia de derechos y obligaciones en un sentido clásico o tradicional.

Una parte de la doctrina señala que este orden blando se compone esencialmente de obligaciones de comportamiento propias de una sociedad interdependiente y cooperativa, en oposición “al periodo clásico donde predominaban las obligaciones de resultado, las prohibiciones y los deberes de abstención... La asunción de obligaciones vagas o con gran flexibilidad se debe a la estructura de la propia sociedad internacional. Cuando los Estados asumen «hacer todo lo posible» asumen en definitiva obligaciones, que hay que cumplir de buena fe”.<sup>36</sup> Ana Peyró Llopis encuentra que, en el caso específico de los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Protocolo de Kioto, se hace uso de una *diplomacia lingüística*, que recurre a numerosas perífrasis para evitar un vocabulario demasiado sancionatorio. Así, pues, no se refiere a la “violación del tratado”, sino que prefiere hablar de cuestiones de aplicación o de incumplimiento. Pero va mucho más lejos en ese sentido, puesto que en las disposiciones relativas al incumplimiento no habla —como era de esperar— de Estado que incumple, sino que prefiere referirse a la parte interesada. De la misma manera, el término “sanción” es cuidadosamente evitado para preferirle uno más suave, el de “medida correctiva”.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Thüerer, D., *Soft law*, en Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2000, p. 454.

<sup>36</sup> Mazuelos Bellido, *op. cit.*, p. 35.

<sup>37</sup> Peyró Llopis, Ana, “Los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Protocolo de Kioto”, en Brotóns, Antonio y Fernández Egea, Rosa María

Como se puede derivar de todo lo anterior, el carácter vago y flexible de las normas, reglas y principios suaves puede constituir un elemento para su identificación, pero por ningún motivo puede considerársele un criterio determinante para negar su obligatoriedad y exigibilidad. Por supuesto, no puede afirmarse que sean ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional, ya que se basan en una concepción explicativa novedosa del cumplimiento de obligaciones; por tal motivo, sería más oportuno afirmar que son ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional clásica. Asimismo, no puede sostenerse que única y exclusivamente estén dirigidos a actores no estatales o que se fundamenten en la adhesión voluntaria: la práctica es clara, son los propios sujetos del derecho internacional, principalmente los Estados, los que adoptan las normas de *soft law*, y la diferencia con respecto al derecho internacional clásico es que el denominado derecho suave también incorpora pautas de comportamiento para actores internacionales cuya personalidad y capacidad jurídica no ha sido reconocida por el derecho de gentes. Es decir, el *soft law* permite atraer al imperio de las normas internacionales a actores tales como las empresas transnacionales y las ONG, actores que juegan un papel de suma importancia en la dinámica de las relaciones internacionales y en el desarrollo actual del derecho internacional. Por su parte, la cuestión relativa a la voluntad no puede tomarse como criterio distintivo de este orden blando, puesto que el propio derecho internacional es producto, en gran medida, de la voluntad de los Estados.

Con base en todas estas cogitaciones, considero que el derecho suave constituye una forma novedosa de adoptar compromisos, pautas de comportamiento y directrices generales en torno a las problemáticas actuales de la sociedad internacional, y no se restringe a los instrumentos adoptados por las organizaciones internacionales, aunque es en el marco de tales instituciones donde ha tenido un mayor grado de aplicación. Además, en estos tiempos globales esta normativa suave también es adoptada por los Estados en el ámbito de sus relaciones bilaterales y multilaterales, así como en diversos foros, reuniones y conferencias informales; por ejemplo, el Foro Económico Mundial de Davos y las reuniones cumbre que desde 1964 realiza cuatrienalmente la Conferencia de las Naciones Unidas como Comercio y Desarrollo (UNCTAD).<sup>38</sup>

---

(eds.), *El cambio climático en el derecho internacional y comunitario*, España, Fundación BBVA, 2009, pp. 79 y 80.

<sup>38</sup> Coincido con Jorge Castañeda Álvarez de la Rosa y con Matthias Herdegen cuando afirman que la UNCTAD es quizá el organismo internacional del sistema de Naciones Unidas donde se ha dado la mayor producción de decisiones, recomendaciones y resoluciones de *soft law* o derecho suave. Incluso al hablar de un nuevo orden económico internacional y

Observando su evolución de las últimas décadas, no dudo en afirmar que, dentro de ciertos límites bien establecidos, el *soft law* constituye una nueva fuente del derecho internacional, que tiene la virtud adicional de poder servir de base para la posterior adopción de normas jurídicas en su sentido clásico, o inclusive como herramienta interpretativa del derecho internacional vigente. En este sentido, y en total acuerdo con Karl Zemanek, estimo que la dicotomía obligatorio/no obligatorio realmente no ayuda a determinar su naturaleza ni sus alcances.<sup>39</sup> Sin embargo, no se ignora que la desconfianza imperante entre los actores internacionales y la constante posibilidad de incumplir con lo acordado ubican a la sociedad internacional en un estadio en el que es casi imposible concebir el surgimiento y cumplimiento de obligaciones sin la necesidad de que existan mecanismos formales de exigibilidad o normas imperativas —con su respectivo *corpus* de sanciones— que limiten o constriñan la conducta de los actores internacionales. Por esta razón, es entendible que la doctrina del derecho internacional se empeñe en asociar el *soft law* con el *hard law* en una relación lógico-jurídica de subordinación; no obstante, esta perspectiva, por un lado, tergiversa la verdadera naturaleza del primero, y, por otro lado, intenta reafirmar y defender a ultranza el valor histórico del segundo como principal mecanismo de regulación de la conducta humana.

A partir de estas premisas, considero que los elementos característicos básicos del *soft law* o derecho suave son principalmente los siguientes:

1. Se compone de directrices y valores sociales emergentes que conforman pautas de comportamiento en áreas en las que no existen, debido a su carácter novedoso o con fuertes connotaciones políticas, normas jurídicas rígidas (de *lege ferenda*);
2. Refleja la tendencia y práctica de los Estados en la regulación de la conducta en determinadas áreas;
3. Es adoptado tanto por los sujetos clásicos del derecho internacional como por otros sujetos jurídicos atípicos, como las personas morales internacionales;

---

del derecho internacional económico, las distintas conferencias de la UNCTAD, de 1964 a la fecha (con mayor frecuencia hasta fines de los ochenta), se refieren a las reglas de economía internacional de “línea dura” (FMI, Banco Mundial, aun el GATT, etc.) y a las reglas económicas internacionales de “línea blanda”. Véase Castañeda Jorge *et al.*, *Derecho económico internacional*, México, FCE, 1976; Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, México, Universidad del Rosario-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

<sup>39</sup> Zemanek, Karl, “Is the Term «Soft Law» convenient?”, *Lieber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern*, Kluwer Law International, 1998, pp. 845 y ss.

4. Los procesos de creación del *soft law* sólo se diferencian de los del *hard law* en la medida en que estos últimos se encuentran previstos en una norma positiva preexistente que otorga plena validez a la nueva norma (de *lege lata*);
5. Se fundamenta en una nueva concepción del cumplimiento de compromisos (obligatoriedad), y
6. No existen mecanismos formales para su exigibilidad, ya que se busca premiar y facilitar el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

En abono a estos elementos, cabe señalar que el derecho suave también permite superar la falta de voluntad y reticencia de los Estados para adoptar normas rígidas en áreas o campos sensibles para los intereses nacionales, o incluso de seguridad nacional, así como los tecnicismos propios de la ciencia jurídica. Es una forma de regular la conducta de los sujetos y actores internacionales a través de principios, reglas y normas de comportamiento que reflejan la tendencia internacional en una determinada área, así como los intereses, necesidades y valores sociales coyunturales imperantes en la sociedad internacional.

#### IV. OTRAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DERECHO SUAVE EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Ya hemos constatado que la falta de consensos en torno al significado y elementos básicos del derecho suave repercute ostensiblemente al momento de identificar las principales formas que adquiere su manifestación. La posición doctrinal que se asuma también es determinante, ya que influirá en el académico y en el estudioso de los asuntos internacionales ante la necesidad de identificar la naturaleza suave o rígida de un instrumento, norma, principio, instituto, etcétera.

La cuestión no es sencilla. Si se adopta la posición que promueve la relación binaria *soft law/hard law*, podrán identificarse como manifestaciones de derecho suave aquellas que en su conformación no se hayan seguido las fases formales del proceso normativo y aquellos instrumentos de difícil clasificación mediante las categorías tradicionales del derecho internacional. De igual manera, si se asume una posición más integral e interdisciplinar, podría corroborarse que incluso las formas más modernas de organización internacional, tal como los regímenes internacionales informales, son pro-

ducto directo del desarrollo del fenómeno *soft* en el ámbito de las relaciones internacionales.

En principio, es posible asociar al derecho suave única y exclusivamente con las resoluciones de algunas organizaciones internacionales. Aunque esta postura es cierta, la tendencia actual demuestra que el orden blando también es aplicable al campo de los actos jurídicos unilaterales estatales,<sup>40</sup> así como en foros y reuniones informales entre Estados. Así, en el ámbito internacional puede agruparse en cuatro grandes categorías, a saber:

1. Las resoluciones no obligatorias de los organismos internacionales.
2. Las resoluciones de actores no estatales.
3. Los acuerdos interestatales no normativos.<sup>41</sup>
4. El derecho suave o *soft law*.<sup>42</sup>

De esta clasificación destaca el denominado tipo material, conformado por aquellas disposiciones incorporadas en instrumentos jurídicos internacionales cuya naturaleza vinculante no es cuestionable. Esta manifestación del derecho suave se refiere a disposiciones vagas, imprecisas o generales; por ejemplo, “un tratado internacional puede contener disposiciones indeterminadas, establecer obligaciones de carácter programático o también declaraciones generales y, por tanto, tener un contenido materialmente *soft* que no establezca obligaciones para las partes”.<sup>43</sup>

La inclusión de este tipo de disposiciones se debe a la imposibilidad de los sujetos jurídicos internacionales de llegar a los acuerdos necesarios para

---

<sup>40</sup> Velázquez, Elizarrarás, Juan Carlos, *Estudios avanzados de derecho internacional público en ciencias políticas y sociales*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, pp. 15-48.

<sup>41</sup> Aquí cabe pensar, por ejemplo, en la “ley modelo” o “ley tipo”, que no es en términos estrictos un tratado o acuerdo internacional, pero tiene prácticamente los mismos fines y funciones, con un mecanismo de elaboración más expedito. Precizando la definición que da la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, es un arquetipo de texto legal preparado entre Estados y/o por organizaciones internacionales para que los legisladores nacionales consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna, no tiene signatarios ya que al ser un prototipo legal que los gobiernos pueden plasmar en el derecho interno, presenta los mismos rasgos que cualquier otra ley aprobada por el poder legislativo estatal. No la elaboran signatarios ni con base en listas de partes como las de los tratados; es decir, no es una convención vinculante con arreglo al derecho internacional. Los tratados no son muy flexibles (su elaboración tiene lugar en prolongadas conferencias internacionales, entran en vigor después de su ratificación por un cierto número de países, además su modificación no es sencilla).

<sup>42</sup> Baxter, R., *op. cit.* y Alarcón García, Gloria, *op. cit.*

<sup>43</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, p. 536.

adoptar normas más precisas y rígidas; sin embargo, este hecho no implica que los tratados internacionales sean menos efectivos u obligatorios, ya que el contenido *soft* es de gran utilidad para, en primer lugar, establecer el espíritu, sentido y objetivo fundamental del tratado; segundo, para interpretar las disposiciones rígidas de dicho instrumento internacional; y en tercer lugar, para servir de base para la posterior adopción de normas rígidas, claras y precisas.

Un segundo modelo de clasificación de los instrumentos de *soft law* se basa en la relación que guarda con los correspondientes del *hard law*, o sea:

1. *Soft law* explicativo o interpretativo del *hard law*.
2. *Hard law* emergente en la forma de *soft law*.
3. *Soft law* como evidencia de obligaciones jurídicas.
4. *Soft law* paralelo al *hard law*.
5. *Soft law* como fuente de obligaciones internacionales.<sup>44</sup>

Los primeros tres criterios clasificatorios excluyen toda posibilidad de que exista un derecho suave autónomo, puesto que se le asigna un papel de prederecho o de herramienta auxiliar para la interpretación del derecho duro. El cuarto criterio permite ubicar al primero como complementario del segundo, mientras que el quinto le otorga autonomía como fuente de obligaciones internacionales.

Una tercera clasificación indica que puede distinguirse entre

el *soft law* que contiene normas generales o principios de aquél que se conforma por reglas específicas. A este respecto hay que señalar que si bien, en su origen, el *soft law* se identificaba con normas programáticas cuyo contenido era esencialmente formulado a través de principios y cuyo objetivo era promover la práctica de los Estados en una determinada dirección, su evolución ha permitido que algunos instrumentos alojen contenidos normativos específicos, pudiendo llegar a ser estos incluso más fuertes que otros instrumentos jurídicos convencionales.<sup>45</sup>

Con base en este concepto preciso, puede distinguirse la existencia de *principios* de *soft law* y de *reglas* de *soft law*. Los primeros son de carácter vago e impreciso, puesto que sólo constituyen máximas generales que pretenden establecer grandes pautas de comportamiento en una determinada área. Por su parte, las reglas son verdaderas normas claras y precisas. Tanto en

---

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> Alarcón García, Gloria, *op. cit.*, p. 10.

el caso de los principios como en el de las reglas de derecho suave, su cumplimiento es de grado; es decir, se busca más el surgimiento de obligaciones de comportamiento que, como sucede en la visión clásica, obligaciones de resultado, prohibiciones o deberes de abstención.

Finalmente, existe una cuarta tipología, más enfocada en el *soft law* nacional, que distingue entre el tipo público *ad intra* y *ad extra* y el tipo público-privado. En su carácter público *ad intra*, el derecho suave constituye una forma de regulación adoptada por un poder público en el ejercicio de sus potestades, para la ordenación de su organización interna, mientras que en su carácter público *ad extra*, tiene como finalidad una regulación que afecta a terceros. El derecho suave público *ad intra* es adoptado de forma unilateral, mientras que el derecho suave público *ad extra* comúnmente es pactado o acordado entre dependencias, instituciones o sujetos públicos a fin de regular ciertas relaciones entre ellos. El derecho suave público-privado, según Daniel Sarmiento, “es una expresión normativa depositada en manos de entes privados. En este caso, una persona física o jurídica ejerce una potestad normativa por delegación, pero con la importante característica de que los efectos jurídicos de las normas aprobadas sólo surten efectos entre un grupo reducido de personas. Así, el poder público se desprende de una competencia reguladora, dando paso a que sea el sector privado el responsable de adoptar tales normas”.<sup>46</sup>

Un caso sintomático de derecho suave público-privado lo podría constituir la *lex mercatoria*, ampliamente estudiada por la doctrina del derecho internacional privado como medio para resolver los denominados conflictos de leyes.<sup>47</sup>

El *soft law* público *ad intra* y *ad extra* también puede ser extrapolado al ámbito de las relaciones internacionales. El ejemplo más claro sería el de las resoluciones de organizaciones intergubernamentales (OIG). Estas instituciones internacionales, con base en su tratado constitutivo, pueden autoorganizarse y regir su actividad interna mediante la adopción de resoluciones cuyo contenido material puede ser catalogado como *soft*. Nada impide

---

<sup>46</sup> El tema relativo al *soft law* público y al *soft law* público-privado es ampliamente estudiado por Daniel Sarmiento en su trabajo intitulado *La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, disponible en: [http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft\\_law.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf).

<sup>47</sup> En este punto cabe observar que no faltará el estudioso o el observador jurídico, principalmente dentro de la corriente privatista tradicional, que ubique a la *lex mercatoria*, más en el terreno de la costumbre como fuente de derecho internacional, que como derecho suave. Para elucidar de mejor manera esta duda, es necesario profundizar el estudio de la relación que se da entre ambas fuentes del derecho de gentes que, por supuesto y de momento, rebasa el contenido del presente trabajo, pero no dejaremos de poner el “dedo en el renglón”.

a estas organizaciones regular su funcionamiento interno y, mucho menos, adoptar las medidas necesarias, cualquiera que sea su naturaleza, para optimizar su accionar. Asimismo, pueden emitirse resoluciones para establecer pautas de comportamiento y colaboración con otras organizaciones internacionales a fin de atender asuntos comunes.<sup>48</sup>

En este sentido, y cualquiera que sea su manifestación material (resoluciones, códigos, memoranda, etcétera), me parece atendible la clasificación que distingue entre un *soft law* general (principios de derecho suave) y un *soft law* especial (reglas de derecho suave), puesto que permite ubicarlo en su justa dimensión, es decir, como una forma novedosa, flexible, cooperativa y alternativa de incentivar a los sujetos y/o actores internacionales a adquirir compromisos y a cumplirlos sin la necesidad de que exista una norma rígida o un mecanismo formal de exigibilidad.

De ahí que sea consecuente establecer la siguiente premisa: los principios del derecho suave encarnan los valores sociales emergentes en la actual comunidad internacional, mientras que las reglas blandas constituyen una versión más acabada, práctica y aterrizada de tales principios.

Sin olvidar que se trata de una mera clasificación basada en observaciones personales, es viable señalar que el *soft law* internacional puede ser público, privado o público-privado. El primero restringiría su aplicación al ámbito de los sujetos jurídicos internacionales clásicos, es decir, los Estados y las organizaciones internacionales. El segundo abarcaría las relaciones entre entes particulares transnacionales, mientras que el público-privado consideraría las relaciones entre los sujetos clásicos y los nuevos actores de las relaciones internacionales. El *soft law* público puede ser visto como un complemento al clásico *hard law*; sin embargo, el *soft law* privado y el público-privado son prueba clara, en primer lugar, de la importancia que tienen los entes privados en las relaciones internacionales contemporáneas; en segundo lugar, de un reconocimiento de que estos entes interactúan de manera constante con los sujetos clásicos del derecho internacional y de que es necesaria una regulación, aunque sea flexible, de estas interrelaciones; y, en tercer lugar, de que la línea entre lo público y lo privado en el ámbito internacional es cada vez más delgada y difusa. El derecho suave es fiel reflejo de que hoy, más que nunca, resulta relativo hablar de derecho internacional público y derecho internacional privado, cuando en realidad debería reconocerse la unicidad del derecho internacional como un todo.

---

<sup>48</sup> Cabe advertir que las disposiciones de carácter *soft* no pueden contravenir el objetivo fundamental para las que fueron creadas, pues de lo contrario se le estaría atribuyendo al derecho suave una naturaleza *contra legem*; es decir, la capacidad de poder derogar el derecho duro.

## V. PRINCIPALES POSICIONES TEÓRICAS Y DOCTRINALES EN TORNO A LA NATURALEZA Y SIGNIFICADO DEL DERECHO SUAVE

Antes de revisar las principales posiciones teóricas existentes en torno a la manifestación jurídica que nos ocupa, es necesario reflexionar sobre las características básicas del actual sistema internacional a fin de ubicarla en su justo contexto social. Como en su momento lo destacué, el debate en torno al derecho suave aparece en las agendas temáticas del derecho internacional y las relaciones internacionales en la década de los setenta del siglo pasado. Casi cincuenta años han pasado desde entonces, y el sistema internacional se ha transformado de manera radical, principalmente como resultado del fin de la Guerra Fría y la expansión del capitalismo a nivel mundial por vías de la globalización.<sup>49</sup>

Las relaciones internacionales y el derecho internacional desde tiempo atrás han pasado a ocuparse de temas de variada naturaleza, como el medio ambiente, la democracia, los derechos humanos, la ciencia y la tecnología, el desarrollo, el comercio internacional, entre muchos otros. Asimismo, como sostiene la corriente teórica del neoliberalismo institucional en relaciones internacionales, los temas clásicos de la *high politics* (coexistencia, armamentismo, paz y seguridad en sus sentidos clásicos) fueron desplazados por la denominada *low politics* (temas de naturaleza social, cultural y económica), como producto de la desaparición de la amenaza nuclear entre las dos grandes potencias hegemónicas de la Guerra Fría.

Esta realidad permitió afirmar tanto a los neorrealistas<sup>50</sup> como a los neoliberal institucionalistas,<sup>51</sup> que hoy en la sociedad internacional las posibilidades de cooperación internacional son mayores en razón de la existencia de una interdependencia entre las naciones dados los lazos comerciales existentes, que obligan a los Estados a cooperar a fin de no ver afectados sus propios intereses nacionales. Además, el surgimiento de fenómenos de magnitudes mundiales puso de manifiesto la necesidad de la cooperación internacional en aquellas áreas en que las acciones unilaterales resultan ineficaces y estériles para la atención de tales problemáticas.

---

<sup>49</sup> Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Visiones teóricas de la globalización y su influencia en la organización internacional de la sociedad global”, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2011, pp. 102-118.

<sup>50</sup> Autores como Grieco, Mearsheimer y Waltz.

<sup>51</sup> Por ejemplo, Keohane, Nye, Krasner, entre otros.

Para los neoliberalinstitucionalistas, la cooperación internacional,<sup>52</sup> a través de los denominados regímenes internacionales, puede disminuir la desconfianza entre Estados, la anarquía internacional, y asegurar el cumplimiento de los acuerdos contraídos. La cooperación es benéfica en la medida en que los actores internacionales se sientan satisfechos con las ganancias obtenidas y sean conscientes de que tal colaboración es a largo plazo y de la posibilidad de ramificarla a otras áreas de preocupación internacional.<sup>53</sup> Por su parte, los neorrealistas, aunque aceptan que existen mayores posibilidades de cooperación, reconocen que tal colaboración se encuentra limitada a ciertas áreas en las que no se pone en riesgo la supervivencia e intereses primordiales de los Estados. Además, este sector de la doctrina internacionalista se preocupa más por las ganancias relativas obtenidas por las contrapartes como producto de la cooperación, ya que tales beneficios, a largo plazo, pueden representar una amenaza para el Estado. Por tal motivo, siempre estará presente la posibilidad de incumplimiento de los acuerdos adquiridos y la tentación de abandonar los canales formales de cooperación internacional.<sup>54</sup>

La posibilidad de concretar una cooperación internacional formal más amplia se ha visto frenada por dos grandes factores, a saber: el unilateralismo estadounidense tras la desintegración de la Unión Soviética y el crecimiento exponencial del número de Estados, que desde la década de los años sesenta del siglo pasado se han ido sumando a la sociedad internacional. En este contexto, la posibilidad de adoptar mecanismos de cooperación internacional a través de los canales formales del derecho internacional se torna algo compleja, difícil y problemática, debido a la falta de acuerdos y consensos entre las distintas soberanías. Los gobiernos pueden paralizar los procesos de negociación de instrumentos jurídicos multilaterales formales, así como conformar alianzas para desvirtuar negociaciones y ocasionar la adopción de instrumentos favorables a sus intereses particulares.

---

<sup>52</sup> Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Las grandes transformaciones del sistema político mundial y su impacto en la organización y la cooperación internacionales”, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, pp. 184-198.

<sup>53</sup> Keohane, Robert O., “Cooperation and International Regimes”, en Little, Richard y Smith, Michael (eds.), *Perspectives on World Politics*, 2a. ed., Routledge, 1991, p. 123 y ss.

<sup>54</sup> Grieco, Joseph, “Anarchy and the Limits of Cooperation: A Realist Critique of the Newest Liberal Institutionalism”, en Kegley, Charles, *Controversies in International Relations Theory. Realism and the Neoliberal Challenge*, University of South Carolina, 1995.

La sociedad internacional no puede paralizarse en la atención de muchas de las problemáticas que la aquejan. Por este motivo, los Estados han optado por formas alternativas de organización internacional (tales como los regímenes internacionales) y mecanismos flexibles de creación normativa y cumplimiento de obligaciones (derecho suave, acuerdos ejecutivos no escritos, leyes modelo, etcétera). Ante la imposibilidad de adoptar normas rígidas, los Estados concluyen instrumentos internacionales vagos, generales, imprecisos, en cuya redacción no se consagran abstenciones o prohibiciones, sino más bien se busca incentivar la participación estatal y la adopción de pautas u obligaciones de comportamiento.

Es en este contexto sociopolítico en el que se gesta y desarrolla el fenómeno *soft* como mecanismo alternativo de surgimiento de obligaciones y adopción de pautas de comportamiento en el ámbito internacional. Ya hemos podido apreciar cómo la doctrina ha intentado explicar su razón de ser desde diferentes perspectivas. Así, para un sector de la misma, esta peculiar figura del derecho internacional es benéfica en la medida en que la adopción de un acuerdo o compromiso suave siempre será preferible a no contar con acuerdo alguno. Decía Tácito que tratándose de leyes no hay bien jurídico máspreciado que el que no se posee. Desde esta perspectiva, el contar con pautas de comportamiento, por más generales y vagas que éstas sean, constituye un avance en materia de regulación de la conducta internacional. El denominado derecho suave permite superar la reticencia política de los Estados para adoptar normas rígidas cuyo cumplimiento puede ser exigible a través de mecanismos formales.

Para otro sector doctrinal, la tesis del *soft law* se fundamenta en dos presupuestos básicos; en primer lugar, se asume que no existe un solo orden jurídico internacional, sino varios órdenes jurídicos internacionales que pueden ser aplicados a voluntad. Este presupuesto descansa en la idea de que los Estados pueden adoptar a voluntad tanto el derecho *hard* como el *soft*. En segundo lugar, se fundamenta en una concepción subjetiva del proceso de creación normativa; es decir, los Estados pueden adoptar lo que deseen adoptar, si ellos desean asumir un instrumento suave, entonces un instrumento de esta naturaleza será concluido. Si los Estados pretenden estar suavemente obligados, entonces está dentro de su poder adoptar instrumentos jurídicos suavemente vinculantes. Como lo sostiene Jan Klabbers, parafraseando a Pierre Michel Eisemann, esta tesis del *soft law* tiene su fundamento en la máxima que a la letra dice: “el que puede lo más puede lo menos”.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> Klabbers, Jan, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

De acuerdo con Gregory Shaffer y Mark A. Pollack, la literatura jurídica y social existente en la materia puede dividirse en tres grupos, a saber: los positivistas jurídicos, los racionalistas<sup>56</sup> y los constructivistas.<sup>57</sup> En los tres casos, se le ha estudiado en comparación con el derecho duro a fin de dilucidar si constituyen figuras alternativas o complementarias. Los positivistas jurídicos tienden a favorecer a éste y a concebir a aquél en términos binarios con respecto al denominado derecho duro, el cual, para ellos, se refiere a obligaciones jurídicas de naturaleza formalmente vinculante, mientras que el orden suave atiende a aquellas que no siendo vinculantes pueden convertirse en un orden rígido.

El racionalismo, en cambio, afirma que ambas manifestaciones jurídicas poseen cualidades distintas, que permiten a los Estados aplicarlos a contextos diversos. Además, encuentran que los dos órdenes, a la luz de sus distintas características, pueden edificarse uno sobre el otro. Estos autores racionalinstitucionalistas afirman que el término “acuerdo obligatorio”, en relaciones internacionales, constituye una especie de hipérbole engañosa. No obstante, encuentran que aunque dicho término sí importa, ya que a través de él los Estados demuestran la seriedad de sus compromisos, asumen una posición pragmática tendente a demostrar la aplicación casuística o temática del derecho suave.

Finalmente, los constructivistas sostienen que los intereses de los Estados se forman a través de los procesos de socialización producto de la interacción con otros Estados. Este sector de la doctrina, frecuentemente favorece los instrumentos suaves, por su capacidad para generar normas, objetivos e identidades comunes entre los entes estatales. Por último, se centran menos en la naturaleza obligatoria del derecho, en su etapa de adopción, y lo hacen más en la efectividad del derecho en la aplicación práctica, encontrando que la distinción binaria entre *hard law* obligatorio y *soft law* no obligatorio resulta ilusoria.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Se refieren a los enfoques teóricos derivados o vinculados al *Rational Choice*. En relaciones internacionales, tal enfoque predominó la visión explicativa de neorrealistas y neoliberalinstitucionalistas durante el tercer debate paradigmático de esta disciplina, y del que se desprendió la denominada neosíntesis entre los dos grandes enfoques explicativos de las relaciones internacionales.

<sup>57</sup> Shaffer, Gregory y Pollack, Mark A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, núm. 94, 2010, p. 707.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 707 y ss.

INTERACCIÓN DE GRANDES TEORÍAS  
 DEL *HARD LAW* Y DEL *SOFT LAW*

<i>Posición teórica</i>	<i>Favorece al</i>	<i>Interacción entre el hard law y el soft law</i>	<i>Fortalezas y debilidades del hard law y del soft law</i>
Positivismo jurídico	<i>Hard law</i>	El <i>soft law</i> puede llegar a convertirse en <i>hard law</i>	El <i>hard law</i> es preciso, obligatorio y exigible. El <i>soft law</i> es problemático, difuso, no obligatorio y, además, no exigible. Incluso al no pasar por las etapas del proceso de creación normativa, se corre el riesgo de generar antinomias jurídicas entre normas duras y suaves.
Institucionalismo <i>Rational choice</i>	<i>Hard law</i> y <i>soft law</i> , se llegan a aplicar en contextos diferentes.	Los Estados deciden a voluntad, y con fundamento en las cualidades propias de cada tema, si adoptan normas de derecho duro o suaves. No obstante, reconocen la importancia del <i>hard law</i> como medio para demostrar la seriedad de los compromisos adquiridos.	El <i>hard law</i> tiene mayor credibilidad y seriedad sobre los compromisos adquiridos, además de que permite el establecimiento de mecanismos de vigilancia de su cumplimiento. El <i>soft law</i> reduce los costos de la negociación en áreas sensibles para los intereses estatales. Es reflejo del deseo de los Estados por contar con mayor flexibilidad. Puede llegar a convertirse en derecho duro.

<i>Posición teórica</i>	<i>Favorece al</i>	<i>Interacción entre el hard law y el soft law</i>	<i>Fortalezas y debilidades del hard law y del soft law</i>
Constructivismo	Por un lado, se acepta la relevancia de las dos formas del derecho, pero se reconoce la utilidad y la importancia del derecho suave.	El derecho suave se inscribe en una nueva forma de socialización en que los Estados aprenden a cooperar y a hacer converger intereses particulares. En adición, allana el camino para el <i>hard law</i> .	El <i>soft law</i> es muy útil para la creación de nuevas normas, y facilita la identificación de objetivos comunes. Es un producto de la aplicación práctica del derecho y no sólo de la teoría jurídica.

FUENTE: Elaborado en 2010 por el autor con el apoyo de su discípulo, el joven maestro Efrén Gustavo Marqués Rueda (QEPD), con base en Shaffer, Gregory y Pollack, Mark A., *op. cit.*, p. 723. Corregido y aumentado por el autor en 2015.

Las tres posiciones teóricas enmarcadas en este cuadro presentan argumentos aceptables y por demás interesantes. No se puede rechazar de tajo ninguna de ellas puesto que, desde mi perspectiva, son más los puntos de acuerdo existentes entre ellas que aquellos que las confrontan y alejan. En los tres casos, ya sea de forma implícita o expresa, se reconoce la complementariedad entre el derecho suave y el derecho blando la diferencia radicaría en la particular forma en que conciben la realidad internacional y, por ende, la naturaleza e importancia del primero.

Así, para el positivismo jurídico, dicho fenómeno podría restringirse a una mera manifestación de la *lege lata* y de la *lege ferenda*, o bien como una *lex in status nascendi*, es decir, el *soft law* constituiría tanto una variable a ser tomada en cuenta al momento de interpretar y modificar el derecho vigente como una manifestación primaria e inacabada de una norma de derecho, cuyos efectos jurídicos plenos se dejarían sentir hasta que se convirtiera en *hard law*. Mientras tanto, sólo reflejará una tendencia jurídica internacional cuyas consecuencias de derecho se limitan a comprobar la existencia de un elemento objetivo (práctica estatal) o un elemento subjetivo o psicológico (convicción jurídica) en relación con una determinada área de las relaciones internacionales.

Por su parte, la percepción teórica del racionalismo asume una posición pragmática en torno a la relación existente entre ambas manifestaciones jurídicas, aunque reconocen la importancia del *hard law* como prueba de la seriedad de los compromisos adquiridos por los Estados, pero sin dejar de

advertir la naturaleza política y de los intereses estatales en juego en el complejo de las relaciones internacionales. En este sentido, como bien sostienen Abbott y Snidal, los instrumentos de derecho duro o de derecho suave se deben seleccionar dependiendo de las características particulares del tema y del contexto institucional y de negociación que en cada caso se trate (especificidad). El orden blando puede ser concebido algunas veces como una escala hacia una legislación más rígida, y otras veces es preferible en sus propios términos como una alternativa.<sup>59</sup>

De acuerdo con los racionalistas institucionales, el derecho duro presenta tres ventajas concretas:

1. Sus instrumentos son más creíbles porque tienen efectos jurídicos directos en los ordenamientos legales nacionales y porque requieren su recepción en el derecho interno.
2. Sus instrumentos posibilitan la resolución de los problemas inherentes a una creación normativa incompleta al contemplar mecanismos de interpretación y elaboración de compromisos jurídicos en un cierto plazo.
3. Sus instrumentos permiten a los Estados un mejor monitoreo para hacer cumplir sus compromisos, incluyendo los diferentes mecanismos de solución de diferencias, como las cortes.<sup>60</sup>

Por su parte, en una clara postura transpositivista, los defensores del derecho suave argumentan que esta peculiar figura del derecho internacional presenta ventajas significativas sobre el derecho duro, a saber:

1. Sus instrumentos son más fáciles y menos costosos de negociar.
2. Sus instrumentos imponen costos más bajos a la soberanía estatal.
3. Sus instrumentos proporcionan mayor flexibilidad para que los Estados hagan frente a la incertidumbre.
4. Sus instrumentos permiten que los Estados sean más ambiciosos, menos desconfiados y se comprometan a una cooperación más profunda.
5. Sus instrumentos facilitan hacer frente de mejor manera a la diversidad.

---

<sup>59</sup> Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, "Hard and Soft Law un International Governance", *International Organization*, núm. 54, 2000.

<sup>60</sup> Shaffer, Gregory y Pollack, Mark A., *op. cit.*, pp. 717 y 718.

6. Sus instrumentos están disponibles para los agentes no estatales, incluyendo las agencias administrativas del Estado, asociaciones comerciales y organizaciones no gubernamentales.<sup>61</sup>

Lejos de lo que los positivistas pudieran suponer, esta posición teórica se encuentra sumamente preocupada por el prestigio internacional de los Estados, razón por la que concibe dos momentos en el proceso de creación normativa; por un lado, el derecho suave, en el que se logran alcanzar acuerdos reduciendo los costos de negociación y los peligros para la soberanía estatal, y, por otro lado, el derecho duro, en el que se llega a comprobar la seriedad de los Estados por asumir compromisos obligatorios que puedan ser exigibles a través de mecanismos formales. El cumplimiento de la palabra dada es proporcional al prestigio de los Estados; si un Estado incumple, no es de fiar; en tal virtud, los demás Estados serán reacios a incluirlo en nuevas concertaciones y formas de cooperación internacional.

Desde esta perspectiva, sería fácil asumir que el *soft law* es aplicable a aquellas áreas en las que es difícil adoptar acuerdos vinculantes en razón de los intereses políticos en juego. El tema del medio ambiente podría ejemplificar esta realidad. Los Estados, celosos de la soberanía permanente sobre sus recursos naturales y los altos costos que significaría transformar una economía basada en la energía fósil, han recurrido a todos los medios a su alcance para evitar contraer compromisos vinculantes en esta materia. Sin embargo, al ser el deterioro ambiental un asunto urgente y de primer orden en la agenda política internacional, esta imposibilidad ha sido más o menos paliada a través de la adopción de normas e instrumentos suaves, permitiendo, de esta manera, el surgimiento de un conjunto de reglas, normas y principios mínimos aplicables a la protección y conservación del entorno ecológico. En este punto, se advierte que la voluntad de los Estados será determinante para decidir si, por ejemplo, el derecho suave ambiental se convierte en derecho duro ambiental, o bien si se mantiene como tal en razón de los bajos costos que representa para la soberanía nacional.

Pero seamos críticos y asumamos que, de aceptar por entero esta posición doctrinal, se corre el riesgo — como bien lo ha sostenido la doctrina clásica del derecho internacional — de encasillar al *soft law* como un instrumento de la política exterior de los Estados a fin de evitar la adopción de compromisos obligatorios y pasar por alto los mecanismos formales del derecho internacional. Concomitantemente, al no ser producto de un proceso formal de creación normativa previsto en una norma jurídica preexistente,

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 719.

el *soft law* puede ser utilizado por las naciones hegemónicas —lo cual sucede no pocas veces— para influir en los intereses de los demás Estados y en la configuración de un orden jurídico internacional estrechamente vinculado a sus intereses particulares.

Ante este posible escenario, resultaría tentador asumir y defender el *hard law*. Sin embargo, la experiencia internacional reciente demuestra que el fenómeno *soft* rebasa considerablemente los efectos pragmáticos que pretende otorgarle el racionalismo.<sup>62</sup> Es verdad que puede resultar más sencillo e inmediato salir en defensa del derecho duro debido a que la ciencia jurídica es precisa al señalar las técnicas del proceso de creación normativa y los criterios que debe cubrir una norma jurídica para ser válida. Además, esta perspectiva es de gran utilidad para rechazar la existencia de nuevas fuentes del derecho internacional que, respondiendo a demandas históricas de la sociedad internacional, tales como justicia, igualdad, pluralidad y universalidad, puedan poner en riesgo el *statu quo* y sus reglas, así como los intereses predominantes en las relaciones internacionales de poder. Un caso sintomático de esta realidad son las resoluciones de organizaciones internacionales, que han sido fuertemente criticadas por las potencias hegemónicas, pese a que tales organizaciones, por su vocación universal y especificidad temática, cuentan con los elementos necesarios para asumir una función cuasilegislativa. En temas como el desarrollo y la negociación, las potencias se han limitado a calificar tales resoluciones como el producto de una “tiranía de las mayorías”, o una “entelequia tercermundista”, en el mejor de los casos.<sup>63</sup>

Finalmente, considero que el constructivismo —como encuadre transpositivista— defiende una posición más mesurada y coordinadora. Reconoce la importancia de ambas manifestaciones *in comento*, pero posee la virtud

---

<sup>62</sup> El derecho al desarrollo y el medio ambiente son claros ejemplos de que el derecho suave se inscribe en un proceso o fenómeno social internacional de mayores alcances. Por un lado, el derecho al desarrollo se ha logrado edificar sobre principios de justicia social e igualdad al amparo de la labor de la UNCTAD, de naturaleza eminentemente *soft*, y al margen de las instancias formales dominantes, como el FMI y el Banco Mundial. Por otro lado, el derecho internacional del medio ambiente que, a través de instrumentos que en su mayoría pueden ser calificados como un orden blando, ha logrado conformar un *corpus iuris* aplicable a la protección y conservación del medio ambiente y en la conformación de un régimen internacional sobre cambio climático que, aunque ha querido ser desvirtuado por Estados Unidos y otros países, ha presentado grandes avances, como lo fue la entrada en vigor de los protocolos de Montreal (capa de ozono) y de Kioto (cambio climático) en conjunto con la adopción de un mecanismo de cumplimiento de sus obligaciones.

<sup>63</sup> Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Avances del derecho internacional público en tres vertientes significativas: la economía, el desarrollo y la negociación”, en *Estudios avanzados de derecho internacional público en ciencias políticas y sociales*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2008, pp. 199-246.

de fundamentar su análisis en una idea que no es ajena ni para el jurista ni para el internacionalista, a saber: la socialización. A través de ésta, los Estados aprenden a identificar preocupaciones y objetivos comunes, a reducir la desconfianza mutua, a moldear su conducta, y a cooperar. “Los constructivistas afirman expresamente cómo los regímenes internacionales pueden llevar a los Estados a cambiar la percepción sobre sus intereses a través de un proceso transnacional de interacción, deliberación y persuasión”. Aunque se afirma que el *soft law* allana el camino al *hard law*, considero que esta posición teórica va más allá, ya que en tanto producto del aprendizaje y la socialización el derecho suave no tiene la necesidad de aspirar a convertirse en derecho duro, puesto que el cambio de conducta de los actores internacionales tendrá como resultado inmediato que se asuman como normales<sup>64</sup> los compromisos y obligaciones, por lo que, en cierto sentido, resulta, como bien sostienen los constructivistas, irrelevante la naturaleza obligatoria o no obligatoria de la norma, regla, principio o pauta de comportamiento.

Orden suave o duro no son figuras alternativas aplicables a diferentes contextos. Tampoco puede señalarse categóricamente que son prueba de la existencia de varios órdenes jurídicos internacionales. El derecho internacional es uno solo. El derecho suave es una realidad jurídica que comprueba la existencia de fuentes de creación normativa novedosas que responden a una sociedad internacional más universal y plural que no se restringe a un cierto número de Estados soberanos. El derecho duro debido a su longevidad y desarrollos teóricos y disciplinarios puede ser calificado como preciso, obligatorio y exigible; sin embargo, no es infalible, ni suficiente, mucho menos en una sociedad internacional, en la que los Estados y otros sujetos jurídicos asumen posiciones irreconciliables y son reacios a adoptar normas rígidas, o en su defecto, si las llegan a adoptar, cuentan con una variedad de recursos para introducir excepciones, tales como las reservas y las declaraciones interpretativas —en el mejor de los casos— que restringen considerablemente los efectos y objetivo inicial de dichas normas.

A modo de conclusión de este epígrafe, valga confirmar que tanto el derecho blando como el derecho duro forman parte del mundo jurídico internacional, se complementan y retroalimentan. El primero, constituye una fuente en aquellas áreas en que no existe el segundo, y una fuente subsidiaria en las que sí se cuenta con regulación jurídica rígida. Además, y aunque

---

<sup>64</sup> Me refiero a normales como sinónimo de habitual o cotidiano. El objetivo de la norma jurídica es crear una normalidad o conducta normal que sea realizada por el individuo de forma natural y habitual sin necesidad de tener presente la naturaleza coercitiva y coactiva de la norma.

no sea su objetivo último, “el *soft law* debe ser considerado como un paso en el desarrollo progresivo de las normas internacionales; una fase en la creación normativa de reglas internacionales y un paso inicial hacia la creación futura del *hard law*”.<sup>65</sup>

## VI. EL DERECHO SUAVE EN LA PRÁCTICA DE LA ASAMBLEA GENERAL Y DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LAS NACIONES UNIDAS

Por largo tiempo el derecho suave evolucionó al ritmo de los debates doctrinales en torno al papel e importancia de las resoluciones de las organizaciones internacionales en el surgimiento de obligaciones jurídicas en un sentido clásico. Dos posiciones teóricas predominaron al respecto; por un lado, la que niega que las resoluciones de organizaciones internacionales puedan ser consideradas una fuente autónoma de derecho internacional, y, por el otro, aquel sector de la doctrina que otorga a tales resoluciones la capacidad de producir nuevas normas jurídicas.

Para algunos pensadores, vinculados a las fuentes clásicas del derecho de gentes, la imposibilidad para reconocer una naturaleza normativa *per se* a las resoluciones de ciertas organizaciones internacionales se fundamenta, en el caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en que dicho órgano “no está facultado para crear *hard law*”.<sup>66</sup> Las resoluciones, recomendaciones o declaraciones de organizaciones internacionales “no constituyen una nueva fuente de derecho internacional[;] de reputarse obligatorias para los Estados miembros por su contenido, deben reconducirse a algunas de las fuentes reconocidas del derecho internacional, principalmente los tratados o la costumbre internacionales, [tales resoluciones] despliegan una actividad normativa indirecta o exhortativa, por cuanto proponen una conducta no obligatoria pero deseable”.<sup>67</sup>

Las resoluciones de organizaciones internacionales únicamente constatan la existencia de una práctica estatal y convicción jurídica, que puede desembocar en la adopción de un tratado internacional o el surgimiento de una norma consuetudinaria. Weil afirma que “no constituyen fuentes formales del derecho internacional, aunque no por ello deben ser ignoradas... las resoluciones de organizaciones internacionales no suponen la existencia

<sup>65</sup> Sindico, Francesco, “Soft Law and the Elusive Question for Sustainable Global Governance”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006, pp. 835 y ss.

<sup>66</sup> Klabers, Jan, *op. cit.*, p. 171.

<sup>67</sup> Mazuelos Bellido, Ángeles, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

de una nueva categoría de normas, sino la constatación de un proceso de producción normativa basado en la distinción entre *lex lata* y *lege ferenda*".<sup>68</sup>

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>69</sup> la resolución 1514 (XV) sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales,<sup>70</sup> o la resolución 3314 (XXIX) sobre la Definición de la Agresión,<sup>71</sup> a pesar de su importancia para el derecho internacional, no poseen una naturaleza normativa y obligatoria *per se*, sino en la medida en que desarrollan principios y normas plenamente reconocidos e insertos en la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo, los relativos a los derechos humanos, la autodeterminación de los pueblos y la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Max Sorensen señala que las resoluciones se encuentran en un punto intermedio entre una convención y la costumbre.<sup>72</sup> Como convención, es la expresión de una voluntad o de una opinión común de parte de los Estados, pero no exige la declaración de compromiso de cada uno de ellos. Como costumbre, constituye ciertos puntos de unión con la práctica anterior, mas su valor jurídico es independiente de una prueba formal de su conformidad con la práctica. Por su parte, César Sepúlveda sostiene que

una declaración, una resolución o una recomendación resulta útil para definir el alcance de una norma establecida de otra manera o puede constituir en sí misma una nueva norma. Contribuye, en ocasiones, a la cristalización de una norma en formación, que sólo se ha manifestado vagamente en la práctica. En otras, puede constituir un acto preparatorio de un tratado. Equivale, otras veces, a un acto de cuasi-legislación, a la formulación de una norma *in fieri*.<sup>73</sup>

Las resoluciones de la Asamblea reflejan el sentir de la mayoría de sus miembros, más aún en una época en que se ha trabajado por la democratización, universalización y pluralidad de dicho órgano político; a las potencias les preocupa que la Asamblea General pueda convertirse en una suerte de legislador internacional que, concomitantemente, adopte nuevas normas

<sup>68</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, pp. 519 y 520.

<sup>69</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

<sup>70</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1960.

<sup>71</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1974.

<sup>72</sup> Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 2008, pp. 159 y ss.

<sup>73</sup> Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 23a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 110 y 111.

jurídicas contrarias a los intereses de una minoría. Por este motivo, como bien señala Becerra Ramírez,

se sostuvo la idea de que las resoluciones de la Asamblea General no tienen carácter obligatorio y [se intentó] explicar la gran autoridad jurídica que tienen algunas resoluciones... vía el mecanismo de creación de la costumbre internacional. Muchas de estas resoluciones, se sostiene, recogen el derecho consuetudinario, o bien son el punto de partida de creación de la costumbre internacional.<sup>74</sup>

En el mismo sentido, Méndez Silva señala que “Las resoluciones de la Asamblea General, sin ser originalmente fuentes de derecho internacional, pueden convertirse en una fuente de derecho”.<sup>75</sup> No cabe duda que las resoluciones adoptadas conforme a los artículos 16 y 17 son obligatorias, en razón de que su ámbito material de validez se circunscribe a facultades expresamente conferidas a la Asamblea General.<sup>76</sup> Por tal motivo, el problema en torno a la validez de las resoluciones de la Asamblea General se traslada a aquellas en las que es difícil determinar si dicho órgano político está facultado para emitir o adoptar resoluciones obligatorias para sus miembros.

De acuerdo con la doctrina, las resoluciones del máximo foro de la ONU, como las emitidas por otras organizaciones internacionales, pueden hacer las veces de meros pronunciamientos<sup>77</sup> o captar una norma jurídica y sólo reiterar una posición,<sup>78</sup> en cuyos casos no serían consideradas fuentes de derecho; sin embargo, también es claro que pueden establecer situaciones jurídicas de carácter normativo, en cuyo caso sí podría calificárseles de verdaderas fuentes de derecho. De acuerdo con Jorge Castañeda, pueden identificarse tres categorías de resoluciones, que constituyen algo más que una recomendación o una simple invitación, a saber:

1. Resoluciones *que determinan la existencia de hechos o situaciones legales concretas*, y que bien pueden ser calificadas como obligatorias en aquello que específicamente “determinan”, ejemplo, la resolución 2145 (XXI) del 27 de octubre de 1966 por la cual la Asamblea General revocó el mandato de África del Sur sobre el Sud-Oeste Africano.

---

<sup>74</sup> Becerra, Ramírez, *op. cit.*, p. 5.

<sup>75</sup> Méndez Silva, Ricardo, “La soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales”, en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso (comp.), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, p. 72.

<sup>76</sup> Cuestiones en materia de presupuesto, gastos y administración fiduciaria.

<sup>77</sup> Becerra Ramírez, *op. cit.*, p. 7.

<sup>78</sup> Méndez Silva, *op. cit.*, p. 74.

2. Resoluciones *que tienen como fin principal expresar un acuerdo no formal entre los diferentes Estados miembros*, y que en el fondo pueden considerarse similares a los acuerdos multilaterales en forma simplificada, ejemplo, la Resolución (XVIII) aprobada por unanimidad el 13 de diciembre de 1963.<sup>79</sup> El carácter obligatorio de dicha resolución se debe sobre todo al hecho de que varios representantes han manifestado su voluntad de quedar obligados por el documento en cuestión.

3. Resoluciones *que comprenden “declaraciones” de carácter “general”*, y aunque no sean creadoras de derecho, pueden probar o precisar la existencia de reglas jurídicas, o aún más la inexistencia de una *opinio iuris* en el seno de la comunidad internacional, ejemplo, la resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946 por la cual la Asamblea General confirma los principios de derecho reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y por la sentencia de éste.<sup>80</sup>

Las resoluciones pueden ser fuente de derecho en la medida en que cumplan con dos requisitos: uno cuantitativo, destinado a comprobar el número de Estados que han votado a favor de una resolución, y uno cualitativo, encaminado a desentrañar el objeto de la resolución y los alcances que pretendieron dársele. En este sentido, las resoluciones adoptadas por unanimidad pueden, dependiendo de su objeto, ser consideradas como fuente de derecho, pero aquellas que son el resultado de una votación mayoritaria presentan dificultad para comprobar sus efectos vinculantes.

La creación de un derecho, la confirmación de uno existente, o la mera enunciación de pronunciamientos dentro de una resolución, debe buscarse, en primer lugar, en el propio texto y redacción de la resolución; en segundo lugar, en la convicción jurídica de los Estados al momento de votar a su favor; en tercer lugar, en la práctica internacional subsecuente tanto de los Estados como de la propia organización internacional; y, en cuarto lugar, del número de Estados que votaron a favor de tal resolución. No obstante lo anterior, ante la dificultad actual para adoptar resoluciones por unanimidad, la obligatoriedad de una resolución debe encontrarse en la convicción jurídica de los Estados y en la práctica internacional.

A la luz de la praxis de los últimos decenios, no se puede negar la naturaleza normativa de algunas resoluciones de organizaciones internacionales, que por su vocación universal y plural, como la Asamblea General de la ONU, o por su especialización temática en un área determinada, poseen

<sup>79</sup> Declaración de los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio extraatmosférico.

<sup>80</sup> Esta clasificación de Jorge Castañeda es citada por Alonso Gómez-Robledo Verduzco en su artículo “Significación jurídica del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales”.

una naturaleza cuasilegislativa inherente. En mi criterio de jurista e internacionalista resulta inobjetable que la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Asamblea General, los organismos especializados y los regionales, en menor medida, pueden funcionar como agentes de creación de normas jurídicas internacionales. No es que se trate de un proceso legislativo directo o estatuario como afirman ciertos publicistas, sino que frente a un vacío legal o laguna de derecho, y ante la insuficiencia o lentitud, este proceso de características políticas que algunos denominan “diplomacia parlamentaria” tiene un considerable valor, por ejemplo, para:

- a) Refinar conceptos jurídicos, a través de un examen general;
- b) Introducir con precisión el elemento de la *opinio iuris*;
- c) Clarificar problemas jurídicos;
- d) Estimular la reglamentación de nuevas funciones internacionales;
- e) Interpretar y aplicar la Carta de las Naciones Unidas o las cartas constitucionales de otros organismos;
- f) Revelar o introducir nuevos principios;
- g) Depurar y mejorar la labor que tienen a su cargo todos los cuerpos cuasilegislativos de la escena mundial, y
- h) Elaborar el trabajo preparatorio de una auténtica legislación internacional propia del siglo XXI.<sup>81</sup>

Entrando ahora en la práctica de los organismos jurisdiccionales, cabe resaltar que la importancia del *soft law* en el desarrollo del derecho internacional no ha tenido una clara correspondencia en la actividad jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia. Este órgano judicial de la ONU se ha valido de algunos instrumentos *soft* para identificar y desentrañar los alcances de normas jurídicas aplicables a las controversias llevadas ante su jurisdicción. No obstante, jamás ha realizado una referencia expresa al derecho suave, más bien, se ha valido de él como parámetro interpretativo del derecho duro. Así ha sido desde la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en el asunto relativo al *Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia*, donde reconoció la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de la Sociedad de las Naciones al señalar que los Estados en litigio se encontraban obligados por tal resolución en la medida en que dicho órgano estaba facultado para emitirla, o bien porque los involucrados decidieron aceptarla con posterioridad.<sup>82</sup> En esta secuencia, más allá de las facultades

<sup>81</sup> Velázquez Elizarrarás, *supra*, pp. 30 y 31.

<sup>82</sup> CPIJ, serie A/B, núm. 42, 1931, p. 116.

expresamente otorgadas al entonces Consejo de la Liga de las Naciones, la Corte encontró que los efectos vinculantes de las resoluciones pueden provenir de un consentimiento *ex post facto*.

La actual Corte Internacional de Justicia se ha valido, de forma indirecta, del *soft law* en varias ocasiones. En el asunto relativo al *Estrecho de Corfú*,<sup>83</sup> la Corte señaló que Albania tenía la obligación de informar al Reino Unido sobre las minas que habían sido colocadas en el estrecho, y que ocasionaron el accidente de los dos acorazados británicos. La CIJ encontró que la obligación de Albania se fundamentaba en ciertas “consideraciones elementales de humanidad”, que en esa época no se encontraban expresamente consagradas en alguna norma rígida. Sin embargo, años más tarde, la Corte no tomaría en cuenta esas mismas “consideraciones elementales de humanidad” para conocer del asunto relativo al *África Sudoccidental*.<sup>84</sup>

En su opinión consultiva sobre la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*,<sup>85</sup> y ante la ausencia de una norma convencional o consuetudinaria que facultara a la ONU para ejercer protección diplomática a favor de su personal, la CIJ reconoció la facultad de Naciones Unidas para proteger a su personal y tomar acciones contra el Estado ofensor con base en una interpretación extensiva de la Carta de San Francisco. Por otra parte, en el asunto relativo a las *Pesquerías anglo-noruegas*,<sup>86</sup> el tribunal internacional reconoció que el límite de las aguas territoriales a través de la fórmula basada en el trazado de líneas rectas, como lo había realizado Noruega con base en un decreto de 1935, no era contrario al derecho internacional, por lo que dicha fórmula o método era igual de válido que aquel que toma como punto de referencia la línea de base de la bajamar. El método de líneas rectas, en ese momento novedoso y de naturaleza *soft*, fue incorporado más tarde al derecho del mar.

Quizá la referencia más expresa a la naturaleza obligatoria de ciertos instrumentos de derecho suave fue realizada por la CIJ en la opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*.<sup>87</sup> En esta oportunidad, Sudáfrica cuestionó la facultad de la Asamblea General para revocarle el mandato sobre Namibia, a lo que la Corte respondió señalando que la Asamblea General no estaba haciendo una determinación de hecho, sino formulando

<sup>83</sup> ICJ, Reports, 1949, p. 22.

<sup>84</sup> ICJ, Reports, 1966, pp. 6 y ss.

<sup>85</sup> ICJ, Reports, 1949, pp. 178 y ss.

<sup>86</sup> ICJ, Reports, 1951, pp. 128 y ss.

<sup>87</sup> ICJ, Reports, 1971, p. 50.

una situación jurídica; no sería correcto asumir que por estar en principio investida de facultades de recomendación no pudiera adoptar, en casos especiales, dentro del ámbito de su competencia, resoluciones que hicieran determinaciones o tuvieran una finalidad operativa. Además, sostuvo que debe considerarse ante todo a la Organización de las Naciones Unidas como sucesora de la Sociedad de las Naciones, cuando actúa por conducto de su órgano competente para pronunciarse sobre el comportamiento de un Estado mandatario.

Idéntica posición adoptó el máximo tribunal en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*,<sup>88</sup> en la que reconoció el derecho del pueblo saharauí a obtener su independencia conforme a los criterios consagrados en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Aunque el derecho sustantivo de fondo fue el principio de autodeterminación de los pueblos incorporado en la Carta de las Naciones Unidas, lo cierto es que la Corte otorgó a la resolución en cuestión la calidad de documento o instrumento en el que se desagregan los criterios aplicables a dicho principio.

En el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*,<sup>89</sup> la CIJ señaló que la posible violación de Estados Unidos de una norma consuetudinaria relativa a la prohibición del uso de la fuerza debía buscarse en la *opinio iuris* de los Estados hacia algunas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en particular la resolución 2625 (XXV). Lamentablemente, la Corte no pudo comprobar la existencia de tal *opinio iuris*, ya que se vio obligada a recurrir a otras fuentes del derecho internacional para comprobar la existencia de una prohibición expresa al uso de la fuerza.

Finalmente, en el asunto relativo a las *Papeleras en el Río Uruguay*, de reciente desahogo, la Corte dejó pasar una oportunidad inigualable para dilucidar los alcances de ciertos principios del derecho internacional del medio ambiente, tales como el principio de prevención, el principio de precaución, el principio de equidad intergeneracional y el principio de desarrollo sostenible. Más aún, cuando desde los asuntos relativos a los *Ensayos nucleares (Australia c. Francia y Nueva Zelanda c. Francia, 1974)* se había venido reconociendo la existencia de un principio o enfoque precautorio que obliga a los Estados a realizar investigaciones o estudios sobre el impacto ambiental, en este caso, de ensayos nucleares.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> ICJ, Reports, 1975, pp. 12 y ss.

<sup>89</sup> ICJ, Reports, 1986, p. 14.

<sup>90</sup> *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade to the Judgment in the Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, pfs. 62-68, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15885.pdf>.

Este breve recorrido por la jurisprudencia del máximo órgano judicial de la ONU demuestra la existencia de una regla de aplicación práctica que reduce a los instrumentos de *soft law* o de derecho suave, a una mera herramienta interpretativa de los tratados y la costumbre internacionales, así como elemento que demuestra la configuración de los elementos objetivo y subjetivo de la costumbre internacional.

Aunque en algunos casos la Corte ha aplicado de manera indirecta instrumentos de este orden blando, aún no se ha atrevido, como sucede en muchas otras áreas temáticas del derecho internacional, a fijar una posición oficial al respecto, misma que, debido al prestigio de la Corte, mucho aportaría a los debates doctrinales y aplicación práctica del derecho suave o *soft law*.

Para cerrar el análisis, y con el debido respeto a los empeños de tan importante órgano jurisdiccional, no puedo dejar de advertir que esta tibieza en su actuación en determinados desahogos quizá pudiera encontrarse en la formación y los rígidos criterios que caracterizan a los magistrados al amparo de los grandes institutos y academias donde domina el derecho común y el más ortodoxo de los positivismos, y que muchas veces ha tenido que decidir judicialmente a la sombra de los intereses de las grandes potencias.

## VII. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este capítulo se demuestra lo que expresé en la introducción, en el sentido de que en la realidad actual, donde imperan el desorden, el caos y un inusitado dinamismo de los procesos sociales globales y locales, el análisis crítico e interdisciplinario del contenido y características generales de las fuentes modernas del derecho internacional, en un enfoque más allá del positivismo dominante y del propio constructivismo teórico, a cuyo amparo se gesta y evoluciona el fenómeno del derecho suave o *soft law*, es un tema de enorme importancia en el estudio, académico y profesional, de los nuevos desarrollos temáticos de la ciencia jurídica y las relaciones internacionales. Como fuente derivada o no convencional del derecho de gentes se ha discutido en varios tonos, a favor y contra de su determinación desde hace casi medio siglo; pero es un hecho que hasta el momento no se han dado los consensos doctrinales suficientes para superar los vacíos e imprecisiones teóricas en torno a la verdadera naturaleza normativa, alcances y límites de este derecho suave.

El término original inglés *soft law* ha sido empleado de forma imprecisa y, muchas veces, oportunista, inconsistente y tendenciosa. Así, en sus orígenes se utilizó para diferenciar las proposiciones de *lege lata* de las de

*lege ferenda*. Posteriormente, fue estrechamente vinculado a la importancia y trascendencia jurídica de algunas resoluciones de la Asamblea General de la ONU. Finalmente, hoy en día se le emplea para referir a todas aquellas manifestaciones jurídicas que sin ser obligatorias tienen ciertos efectos legales. Asimismo, la voz ha sido dotada de connotaciones políticas destinadas a comprobar su utilización como un mecanismo de los Estados para evadir los canales formales del derecho internacional y del derecho nacional; es decir, para ciertos autores, entre los que no me incluyo, el derecho suave constituye una forma efectiva de evadir los pesos y contrapesos constitucionales, que impiden al Poder Ejecutivo comprometer internacionalmente al Estado, sin antes haber pasado por el análisis y aprobación del Poder Legislativo (Congreso o Parlamento).

La modalidad *in comento* se aplica mayormente en los terrenos de las decisiones de las organizaciones internacionales y en los actos jurídicos unilaterales del Estado, lo mismo que en los acuerdos ejecutivos, memoranda o bases de entendimiento, comunicados conjuntos, cartas reversales, leyes modelo o tipo, entre otros, adoptados por los Estados en sus relaciones bilaterales o multilaterales. Las manifestaciones suaves del derecho internacional son tan variadas, que incluso puede reconocerse dicha naturaleza a las opiniones disidentes o separadas de un juez internacional o a las opiniones consultivas de un tribunal internacional. Además, por ejemplo, es inconcuso el cumplimiento espontáneo, por parte de sus miembros, de las recomendaciones o declaraciones políticas adoptadas por la OCDE, o que los Estados observan con disciplina los lineamientos, directrices y reglas elaborados por el FMI y el Banco Mundial; igualmente, es innegable el cumplimiento por los Estados de las políticas económicas dictadas por esos organismos financieros internacionales en el denominado Consenso de Washington, tales como la disciplina fiscal, reducción del gasto público, reforma impositiva, liberalización de tipos de interés, privatizaciones, desregulaciones, promoción de la inversión extranjera, tipos de cambio, liberalización comercial, etcétera. Finalmente, y a pesar de no ser obligatorias, no puede negarse el efecto jurídico de opiniones consultivas, como las emitidas por la CIJ con motivo de las *Reservas a la Convención del Genocidio* y el *Sahara Occidental*, por citar sólo uno de los casos que aquí se abordaron.

La extensión y aplicación actuales del derecho suave son asombrosas. Algunas normas e instrumentos suaves gozan de amplio consenso y de plena observancia, por lo que debe seguir siendo atendible la importancia y trascendencia de esta tendencia del derecho y las relaciones internacionales, sería tanto como negar la realidad misma de las relaciones jurídicas internacionales. No obstante, una de las principales críticas realizadas en torno al

orden blando radica en la aparente imposibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a través de este tipo de instrumentos. La doctrina clásica y el positivismo afirman que éstos son ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional y, por lo tanto, a los mecanismos formales y tradicionales de solución de controversias. Aseveración que no resiste un análisis profundo, ya que la tendencia actual demuestra que el *soft law* sólo es ajeno a las teorías clásicas de la responsabilidad internacional —que también ha evolucionado hacia formas no previstas— y la solución pacífica de controversias, puesto que actualmente es exigible a través de mecanismos novedosos de responsabilidad internacional y solución de controversias. En efecto, de pocos años a la fecha, una parte de la doctrina comienza a emplear los términos *soft liability* y *soft enforcement* o “coerción suave”, para referirse a las modalidades que puede revestir tanto el incumplimiento como la exigibilidad de los compromisos adquiridos mediante la adopción de instrumentos de derecho suave.

La tendencia actual consiste en vigilar el control del cumplimiento de las obligaciones a través de órganos, grupos de control o comités de cumplimiento creados al amparo de una organización internacional, tratado internacional o algún otro instrumento internacional. Estos órganos tienen, en primer lugar, una función preventiva, encaminada a asistir y a facilitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados. En segundo lugar, y en caso de que el incumplimiento persista, tienen la facultad para sancionar a los Estados a través, por ejemplo, de medidas como la suspensión de derechos, la disminución de prerrogativas, la inclusión en listas negras, el retraso, la suspensión o negación de créditos internacionales, o el retiro de avales o garantías para la recepción de flujos de inversiones extranjeras, entre otros.

Es válido concluir entonces que el *soft law* constituye una nueva realidad que está impactando de manera determinante algunas de las estructuras y figuras clásicas del derecho internacional. El fenómeno suave no debe ser visto como alternativo al derecho duro, sino más bien como una manifestación novedosa de creación normativa, responsabilidad internacional y exigibilidad de obligaciones en una sociedad internacional caracterizada por la globalización, la interdependencia, la complejidad y una asombrosa mutación que seguramente no dará marcha atrás. Su comprensión interdisciplinaria e integral obliga a superar visiones decimonónicas que de manera artificial separaban y aislaban la realidad social en estancos y disciplinas. El derecho suave es una prueba clara de la naturaleza inter y multidisciplinaria del derecho internacional, la organización internacional y las relaciones internacionales. De asumir un enfoque eminentemente jurídico, se corre

el riesgo de ignorar la gran multiplicidad de manifestaciones que puede revestir el proceso de creación normativa y el mundo de la ley y la justicia internacionales. De igual modo, aferrarse a una perspectiva unívoca política y social determinaría que el fenómeno responde a los intereses políticos y económicos de los Estados, cuando, por el contrario, es un claro ejemplo de los inimaginables caminos que la sociedad internacional, en calidad del conglomerado compuesto por seres humanos y entidades complejas, puede adoptar para crear obligaciones y normas que regulen eficaz y eficientemente la conducta de los sujetos y actores de las relaciones internacionales.

Dicho de forma terminal, derecho suave y derecho duro no se contraponen necesariamente, sino que más bien tienden a complementarse y enriquecer juntos el contenido y los alcances del derecho internacional como un todo y a darle mayor eficacia y correspondencia con las demandas y necesidades plausibles de la sociedad internacional. No transitan por caminos separados y aislados; por el contrario, son convergentes y concomitantes en la medida en que permiten al derecho internacional hacer frente a la realidad y a los cambios sociales que pretende regular de una manera más puntual y expedita.

## CAPÍTULO NOVENO

### EL AUGE DE LAS FUENTES *SOFT* EN EL COMERCIO INTERNACIONAL EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN  
María Mercedes ALBORNOZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto de soft law*. III. *Funciones del soft law*. IV. *Fortalezas y debilidades del soft law*. V. *Conclusiones*.

#### I. INTRODUCCIÓN

Se asiste en la actualidad al fenómeno de la globalización, que trae de la mano un debilitamiento de la soberanía estatal y del territorio,<sup>1</sup> y genera inconvenientes cuando se intenta localizar una relación jurídica en uno o en varios Estados.<sup>2</sup> En este contexto, el cruce de fronteras por parte de bienes, servicios y personas se ha vuelto cada vez más habitual. La globalización produce múltiples consecuencias en diversos ámbitos de la vida de las personas físicas y morales, en todos los rincones del mundo. Uno de dichos ámbitos es la regulación del comercio internacional.

En materia mercantil, las fuentes normativas *soft* han adquirido un gran auge, que en principio carecen de obligatoriedad. La actividad comercial

---

<sup>1</sup> Muir Watt, Horatia, “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 2, núm. 3, 2011, p. 354. Como lo observa Santos Boaventura de Sousa, las relaciones sociales parecen tornarse cada vez más desterritorializadas. Así lo plasma en su artículo “State, Law and Community in the World System: an Introduction”, *Social and Legal Studies*, vol. 1, Portugal, 1992, p. 136.

<sup>2</sup> En efecto, “hay una tremenda dificultad de localización en función de la globalización”, en Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, “La *lex mercatoria*, el *soft law* y el derecho internacional privado”, *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013.

transfronteriza se lleva a cabo mediante la celebración y el cumplimiento de contratos internacionales, generalmente entre sociedades mercantiles. En el área de la contratación internacional, además de una *free floating lex mercatoria*,<sup>3</sup> existen múltiples instrumentos de *soft law* o de derecho blando. Piénsese, por ejemplo, en los INCOTERMS o en las UCP sobre créditos documentarios, ambos elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante, Principios UNIDROIT) o en los recientemente adoptados Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (en adelante, Principios de La Haya).

El vertiginoso desarrollo del derecho blando puede ser considerado como una materialización de la gobernanza global. La constante aparición de nuevas normas destinadas a regular ciertos aspectos del comercio internacional crea un escenario regulatorio multifacético<sup>4</sup> y complejo, además de las tradicionales fuentes formales, entre las que se destaca la convención internacional. Actualmente existen también muchas otras fuentes, tales como leyes modelos, principios, compilaciones de reglas y guías jurídicas.<sup>5</sup> Así, un contrato de compraventa internacional celebrado entre dos empresas establecidas en países distintos —sometidas al derecho estatal de sus respectivos lugares de constitución; pero, de igual, a diversos códigos de responsabilidad social corporativa—<sup>6</sup> podría ser regulado por los Principios UNIDROIT, los INCOTERMS y las UCP a más de, eventualmente, un derecho estatal para cubrir lagunas. El cúmulo de reglas de *soft law* de diverso origen es campo fértil para el surgimiento de conflictos normativos y, por

---

<sup>3</sup> Esta “*free-floating*” *lex mercatoria* contribuye a universalizar el derecho privado fuera del ámbito del derecho nacional o internacional mediante el recurso a sistemas privados de normas y arbitraje. Véase Mills, Alex, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 21.

<sup>4</sup> Fernández Arroyo, Diego P., “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, en Basedow, Jürgen; Fernández Arroyo, Diego P. y Moreno Rodríguez, José A. (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley Paraguay-CEDEP-Thomson Reuters, 2010, pp. 51-74.

<sup>5</sup> Pamboukis, Charalambos P., “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 330, 2007, p. 150.

<sup>6</sup> 535 Para una visión crítica de la autorregulación corporativa, véase Bakan, Joel, “The Invisible Hand of Law: Private Regulation and the Rule of Law”, *Cornell International Law Journal*, vol. 48, 2015, pp. 279-300.

consiguiente, para propiciar la confusión entre los diversos operadores. Sin embargo, también puede ser visto como fuente de riqueza.<sup>7</sup>

A partir de una situación jurídica transfronteriza susceptible de provocar controversias y que genera preocupación por parte de los Estados de la comunidad internacional. Por ejemplo, la contratación transfronteriza. A fin de favorecer la certeza jurídica con respecto a las normas que la rigen, antes de emprender la tarea de elaborar un nuevo instrumento de *soft law* es preciso llevar a cabo un estudio previo para responder la siguiente pregunta: ¿existe una necesidad real de regulación?<sup>8</sup> Esto es lo que se ha hecho en el caso de los Principios de La Haya, mediante el envío de cuestionarios a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como a los actores involucrados en el mundo del arbitraje comercial internacional, que confluyeron en la elaboración de un estudio de factibilidad sobre el tema, cuyo resultado fue positivo.<sup>9</sup>

Luego, la siguiente pregunta a responder, una vez que se ha establecido la necesidad de trabajar en la redacción de un instrumento, es ¿qué tipo de técnica de codificación utilizar? Retomando el ejemplo de los Principios de La Haya, se desechó el recurso al *hard law* por no considerarse oportuno el momento para lograr un acuerdo entre los Estados. En su lugar se eligió usar una técnica de *soft law*:<sup>10</sup> la de una lista o compilación de principios en materia de elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales. Para elegir la técnica de los principios se consideró qué función o funciones se deseaba atribuirle al futuro instrumento.

El auge de la autorregulación que el *soft law* implica puede considerarse como un problema. En efecto, si bien la proliferación de regulaciones coexistentes tiene la riqueza propia de una mayor diversidad, dispara las pro-

---

<sup>7</sup> Kessedjian, Cathérine, “The Codification of International Trade Law and Private International Law. Normative Governance through Transnational Economic Relations”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 300, 2002, p. 128.

<sup>8</sup> En ocasiones, parecería que se continúan generando nuevos instrumentos internacionales por inercia institucional. De acuerdo con Charalambos P. Pamboukis, “cada institución y cada agencia tiene tendencia a producir una obra normativa, porque eso constituye su razón de ser”.

<sup>9</sup> Hague Conference on Private International Law, “Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts”, *General Affairs and Policy*, Prel. Doc. núm. 7, marzo de 2009, p. 11, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/64fe9fef-e0f1-4927-b8ca-924d6ee01e0c.pdf>.

<sup>10</sup> El hecho de que la Conferencia de La Haya comenzó a trabajar utilizando la técnica del *soft law* ha merecido la aprobación de una parte de la doctrina, llegando a promover la adopción de “códigos de normatividad blanda”. Véase Oppert Badán, Didier, “Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence? Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2012”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 359, 2012, p. 51.

babilidades de conflictos normativos. Esta contribución procurará analizar por qué en la actualidad se recurre con una mayor frecuencia al *soft law* como técnica de codificación, aportando una perspectiva actual sobre las relaciones entre *hard law* y *soft law* al examinar las funciones de este último y destacando algunas fortalezas y debilidades del mismo.

Como punto de partida se requiere formular ciertas precisiones en cuanto al concepto de *soft law*.

## II. CONCEPTO DE *SOFT LAW*

La codificación del derecho se lleva a cabo mediante técnicas rígidas o blandas. En otros términos, se desarrolla a través del recurso al *hard law* o al *soft law*, derecho blando o derecho espontáneo. En general, en el ámbito del derecho internacional, y, en particular en el derecho internacional privado, y también específicamente en materia de comercio internacional, se aprecia la utilización de ambas técnicas y el auge que han ido adquiriendo las fuentes *soft* en estos tiempos de globalización.

Las fuentes *hard* implican necesariamente la participación del Estado en su elaboración, aplicación y ejecución. En la esfera internacional, dichas fuentes se materializan en tratados o convenciones internacionales de carácter obligatorio. Mientras tanto, en la elaboración, aplicación y ejecución de las fuentes *soft*, que carecen de carácter vinculante, se abre un amplio espacio para que intervenga la sociedad civil.<sup>11</sup> En efecto, los particulares no solamente participan en la gestación del *soft law*, sino que además pueden aplicarlo —como sucede en el día a día de las cámaras empresariales o, ante una controversia, en los procesos de arbitraje comercial internacional—. Con respecto a la ejecución, si bien es cierto que el Estado continúa detentando el monopolio del uso de la fuerza pública, las organizaciones de comerciantes disponen de una coerción *soft*, o *soft coercion*, que en muchas ocasiones es suficiente para asegurar el cumplimiento de las normas de *soft law* por ellas mismas elaboradas. Otras veces, según el caso del que se trate, puede ser necesario recurrir a la fuerza pública para lograr la aplicación coactiva de un instrumento de *soft law*. Piénsese, por ejemplo, en la ejecución judicial de laudos arbitrales.

La técnica blanda es utilizada en diversas áreas del derecho internacional privado. De hecho, en las últimas décadas se ha venido desarrollando

---

<sup>11</sup> Además del Estado, los actores de la sociedad civil tienen también un rol de productores de normas. Véase Kessedjian, C., *op. cit.*, p. 149.

una tendencia a recurrir cada vez más a ella,<sup>12</sup> lo que se refleja en la pérdida de exclusividad de la convención internacional como método de unificación.<sup>13</sup> Así, en derecho internacional familiar, entre otros instrumentos de *soft law*, se encuentran la *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores—Mediación*, 2012,<sup>14</sup> preparada en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Manifiesto por una Ética de la Adopción Internacional, de 2015, elaborado por el Servicio Social Internacional.<sup>15</sup> Sin embargo, los ejemplos que serán utilizados para ilustrar algunas de las ideas expuestas en esta contribución se vinculan con el derecho comercial internacional.

En el plano internacional se le atribuyen distintos significados a la expresión *soft law*, debido a la amplia diversidad de elementos que lo componen. En efecto, lo conforman tanto guías de buenas prácticas como códigos de buen gobierno, compilaciones de principios, códigos de ética, recomendaciones, declaraciones, resoluciones, circulares, leyes modelo, guías legislativas.

Se ha expresado que “El *soft law* es entendido como refiriéndose en general a instrumentos de naturaleza normativa sin fuerza jurídicamente obligatoria, y que son aplicados sólo a través de aceptación voluntaria”.<sup>16</sup> Y de manera un poco más amplia, se ha definido al *soft law* en los siguientes términos: “un conjunto no sistemático de reglas de diversa índole que, como nota en común, ostentan la carencia de obligatoriedad *per se* y que pueden ser utilizadas tal como son publicadas o con las modificaciones y/o derogaciones acordadas por los contratantes en cada caso concreto”.<sup>17</sup> En efecto, “una caracterización de tal amplitud permite tener por incorporada dentro del *soft law* a la *lex mercatoria* de nuestros tiempos”.<sup>18</sup>

Como se puede apreciar, un aspecto esencial de las normas de derecho blando es que no se las puede imponer recurriendo a la coacción de la fuer-

---

<sup>12</sup> Gama Jr., Lauro, *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004. Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Río de Janeiro, Renovar, 2006, p. 220; González Martín, Nuria, “Private International Law in Latin America: from Hard to Soft Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 399.

<sup>13</sup> Pamboukis, Charalambos P., *loc. cit.*

<sup>14</sup> Disponible en: [https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation\\_es.pdf](https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf).

<sup>15</sup> Disponible en: <http://www.iss-ssi.org>.

<sup>16</sup> Bonell, Michael Joachim, “Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005, p. 229.

<sup>17</sup> Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 2.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 3.

za pública.<sup>19</sup> Sin embargo, ello no necesariamente implica que estén desprovistas de carácter normativo,<sup>20</sup> ya que los destinatarios de tales normas espontáneas tienen la facultad de decidir acatarlas, sea que las perciban como vinculantes, o no.<sup>21</sup> En principio, el *soft law* carece de exigibilidad, salvo que los sujetos de una relación jurídica dada lo doten, a los efectos de la misma, de coercitividad. Esto puede suceder, por ejemplo, mediante la incorporación de una o varias normas de *soft law* a un contrato internacional,<sup>22</sup> o gracias a la elección de un instrumento como los Principios UNIDROIT<sup>23</sup> para regirlo.

Junto a la ausencia de coercibilidad se halla otra característica relevante del *soft law*, que es su flexibilidad. Entre los extremos de gran flexibilidad —que se puede considerar representado por las reglas de la *lex mercatoria* que aún no han sido objeto de codificación— y de alta rigidez —propia de los tratados internacionales y de la legislación— hay toda una gama de grises en la cual se destaca la *lex mercatoria* codificada. Cuando dicha codificación se efectúa mediante técnicas blandas, la flexibilidad del instrumento de *soft law* en cuestión disminuye y, en contrapartida, aumenta la certeza jurídica. Esa pérdida de flexibilidad no ha estado exenta de críticas; pero lo cierto es que la valoración de la conveniencia de sustituir flexibilidad por predictibilidad del derecho blando<sup>24</sup> debe efectuarse caso por caso.

En ciertas áreas del derecho internacional privado, como en algunos aspectos del comercio internacional, se verifica una migración de soberanía hacia nuevos espacios más allá del Estado.<sup>25</sup> Se trata de áreas que el Estado deja libres de regulación, y quienes llenan el vacío con reglas a veces muy detalladas son los particulares.<sup>26</sup> De hecho, la codificación blanda del comercio internacional “ya no es una tarea exclusiva de las organizaciones

---

<sup>19</sup> Kaufmann-Kohler, Gabrielle, “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional”, en Basedow, J.; Fernández Arroyo, D. P. y Moreno Rodríguez, J. A. (coords.), *op. cit.*, p. 108.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 127. Nótese que la normatividad del *soft law* aumenta cuando las reglas de derecho blando son codificadas.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>22</sup> Aunque como consecuencia de dicha incorporación el instrumento de *soft law* en su totalidad, o bien una de sus normas, o varias, se convierten en cláusulas contractuales obligatorias (*pacta sunt servanda*) con respecto a las partes, de manera general, con respecto a terceros, el instrumento conserva su naturaleza de derecho blando.

<sup>23</sup> Como lo indica M. J. Bonell, los principios que establecen normas sobre contratos en general pueden ser elegidos como *lex contractus*.

<sup>24</sup> Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 126.

<sup>25</sup> Muir Watt, H., *op. cit.*, pp. 357-358.

<sup>26</sup> Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 125.

interestatales, sino que se advierte que, al margen de las mismas, o directamente dentro de ellas, se desenvuelven con creciente protagonismo los actores privados”.<sup>27</sup>

A la intervención de grupos privados en la codificación blanda del derecho del comercio internacional se suma el empleo de técnicas de producción normativa que especialmente fomentan la participación de particulares,<sup>28</sup> incluso cuando el foro que promueve la codificación es un organismo internacional intergubernamental.<sup>29</sup> De tal suerte que los instrumentos de *soft law* pueden involucrar tres categorías de actores:<sup>30</sup> sociedades académicas (el American Law Institute), grupos de expertos *ad hoc* (el Grupo de Trabajo para la Preparación de Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, de UNIDROIT) y grupos de presión o *lobbies* (la Cámara de Comercio Internacional, agencias calificadoras de riesgo). Asimismo, es posible que intervengan organismos gubernamentales o intergubernamentales.<sup>31</sup>

Cabe destacar que se puede identificar una cierta relación de correspondencia entre el carácter gubernamental o no gubernamental de las organizaciones involucradas en la redacción de instrumentos internacionales y el tipo de normas que tienden a producir. Mientras las organizaciones internacionales gubernamentales suelen proponer “normas destinadas a volverse de «derecho duro», sea bajo forma de una convención (instrumento privilegiado), sea bajo forma de una ley modelo”,<sup>32</sup> con un contenido conflictual o material, las organizaciones no gubernamentales habitualmente preparan principios generales o normas que prevén soluciones materiales.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 17.

<sup>28</sup> Fernández Arroyo, Diego P., *op. cit.* El mismo autor señala que “la relevancia creciente y generalizada que el rol de los actores privados ha alcanzado en la codificación internacional en estos tiempos de globalización se ha visto potenciada por el auge de la codificación vía *soft law*”, p. 60.

<sup>29</sup> En este sentido, nótese que los esfuerzos para la elaboración de los Principios UNIDROIT fueron auspiciados por dicho organismo intergubernamental, pero que los expertos que participaron en el grupo de trabajo lo hacían a título personal y no como representantes de sus respectivos Estados. Por consiguiente, los Principios UNIDROIT “son de carácter eminentemente privado”, dice Fernández Arroyo y “su naturaleza es *soft* y no estatal”, según Lauro Jr. Gama.

<sup>30</sup> Kessedjian, C., *op. cit.*, pp. 150 y ss.

<sup>31</sup> Se trata de “normas sin la coactividad de la fuerza pública, que pueden emanar de actores estatales (legisladores, gobiernos, organismos internacionales) o no estatales (instituciones privadas, asociaciones profesionales o comerciales”. Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 17.

<sup>32</sup> Kessedjian, C., *op. cit.*, p. 179.

<sup>33</sup> *Idem*.

Por ejemplo, en el marco de las conferencias interamericanas de derecho internacional privado organizadas por la Organización de los Estados Americanos se ha elaborado la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, del 17 de marzo de 1994 —que contiene normas de conflicto—. De igual forma, en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se ha redactado la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, del 11 de abril de 1980 —tratado internacional que contiene normas materiales—, y también la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, del 11 de diciembre de 1985, enmendada el 4 de diciembre de 2006 —instrumento de *soft law* cuya finalidad es incidir en el contenido de las normas dictadas por los legisladores nacionales al regular el arbitraje comercial internacional—. Por otro lado, los principios de derecho europeo de los contratos que, como su mismo nombre lo indica, contienen principios, fueron preparados por un grupo de profesores universitarios. No obstante, los Principios UNIDROIT fueron redactados en el seno de un organismo intergubernamental, que abrió la puerta a un grupo de expertos a fin de que, a título particular, participaran en la elaboración de dicho instrumento. El recurso técnico a principios o *restatements* generalmente se relaciona con la inclusión de “conceptos abiertos y flexibles,<sup>34</sup> figurando como una opción por la equidad, frente a la legalidad estricta”.<sup>35</sup>

Una vez que se ha presentado y analizado el concepto de *soft law*, es preciso preguntarse cuáles son sus funciones.

### III. FUNCIONES DEL *SOFT LAW*

El *soft law* puede cumplir diversas funciones o roles en la regulación del comercio internacional. A fin de identificarlas y reflexionar acerca de ellas, habrá que considerarlas en relación con el derecho rígido, ya que no es posible concebir el *soft law* como totalmente independiente del *hard law*.<sup>36</sup> Así se podrá apreciar el pluralismo jurídico y el constante diálogo entre fuentes de distinta naturaleza que convergen en la realidad social regulada: los negocios internacionales.

Hay autores que abordan las relaciones entre el *soft law* y el *hard law* en términos de alternativa, complementariedad o antagonismo, e incluso

<sup>34</sup> La flexibilidad a la que alude aquí el autor se relacionaría no tanto con la naturaleza del instrumento normativo, sino con su contenido material.

<sup>35</sup> Gama Jr., L., *loc. cit.*

<sup>36</sup> Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 24.

ponen el acento en este último.<sup>37</sup> Aunque puede llegar a haber cierto antagonismo, es preciso destacar la complementariedad que existe entre ellos y el hecho de que, en un escenario plural, ambos tienen su lugar.<sup>38</sup> En efecto, cada uno cumple un papel y complementa al otro. Incluso en aquellos casos en los cuales sólo exista un instrumento de *soft law* para regular algún aspecto del comercio internacional se verifica la relación de complementariedad. Esto es así porque, en tales supuestos, las normas blandas cubren un espacio que el *hard law* ha dejado vacío. Se trata del ámbito material en el cual, por no estar comprometido el orden público internacional, el Estado se repliega y permite el libre juego de la autonomía de la voluntad de los particulares.

De manera general, puede afirmarse que la relación existente entre las fuentes *soft* y las fuentes *hard* del derecho del comercio internacional es de complementariedad. Y en esa relación complementaria, el *soft law* puede operar como una alternativa con respecto al *hard law*, como un precursor del mismo o como parámetro para interpretarlo. Estos tres modos de implementación del *soft law* —esté codificado o no— coadyuvan a la armonización de las normas aplicables a los negocios internacionales en distintos países: en el primer supuesto, por la autonomía de la voluntad de los particulares; en el segundo, en virtud de la voluntad del Estado; y en el tercero, porque así lo decide un tribunal arbitral o eventualmente un juez.

En primer lugar, el *soft law* puede complementar al *hard law* operando como una alternativa con respecto a este último. Ha sido destacado por la doctrina<sup>39</sup> que dentro de cada Estado coexisten diferentes normas de origen internacional o transnacional que se van articulando con la legalidad del Estado en cuestión.

Independientemente de que hayan sido codificadas, las reglas de *soft law* del comercio internacional sirven para colmar lagunas normativas cubriendo aspectos de la actividad mercantil transfronteriza que los Estados no están interesados en regular de manera coactiva. En efecto, las reglas *soft* están “disponibles para la reglamentación «blanda» de las relaciones entre particulares y como soporte «blando» para la resolución de controversias privadas”.<sup>40</sup> Pero además, en uso de la autonomía de la voluntad de la que gozan, los particulares pueden decidir incorporar a sus contratos interna-

<sup>37</sup> Shaffer, Gregory C. y Pollack, Mark A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, vol. 94, núm. 3, 2010, pp. 706-799.

<sup>38</sup> Kessedjian, C., *op. cit.*, p. 179. La autora señala que “el pluralismo jurídico es un activo, no un hándicap”.

<sup>39</sup> Boaventura de Sousa, Santos, “State, Law and Community in the World System: An Introduction”, *Social and Legal Studies*, vol. 1, Portugal, 1992, p. 135.

<sup>40</sup> Fernández Arroyo, Diego P., *op. cit.*, p. 55.

cionales reglas de *soft law*, someter dichos contratos a instrumentos de *soft law* tales como los Principios UNIDROIT,<sup>41</sup> o autorizar a los árbitros para emplearlas al dictar un laudo. En cualquiera de estos supuestos, vía autonomía material o vía autonomía conflictual, el *soft law* se vuelve obligatorio para las partes contratantes y, por lo tanto, exigible por la fuerza.<sup>42</sup>

Estas reglas blandas, que “se asientan en los negocios internacionales entre particulares, no pueden ser ajenas al DIPr, concebido bajo la visión amplia pluralista que recibe todos los métodos y fuentes normativas idóneos para alcanzar la realización de soluciones justas en los casos multinacionales de derecho privado”.<sup>43</sup>

El hecho de que las reglas de *soft law* se tornen obligatorias en virtud de un contrato internacional implica un endurecimiento o “hardización” del *soft law*. Dicho endurecimiento puede tener lugar por voluntad de los particulares<sup>44</sup> o, como se verá a continuación, por voluntad de los Estados. Cabe aclarar que esta mutación en el grado de normatividad no solamente se verifica en el endurecimiento de las reglas blandas, sino también, a la inversa, en la “softización” del derecho rígido.

En segundo lugar, la relación de complementariedad entre el *soft law* y el *hard law* también se da cuando el primero actúa como precursor del segundo. En este sentido, el derecho blando contribuye al progreso de la regulación mediante técnicas rígidas. Se da aquí nuevamente, aunque ahora por voluntad de los Estados y no de los particulares contratantes, una “hardización” o endurecimiento del *soft law*, que adquiere carácter obligatorio. La misma puede tener lugar cuando, en normas de fuente interna, el legislador nacional acoge el contenido de una ley modelo, sigue los consejos de una guía legislativa o adopta los lineamientos de una compilación de principios, o cuando un foro codificador intergubernamental o supranacional tiene en cuenta lo que establece un instrumento de *soft law* al momento de adoptar un nuevo texto normativo vinculante —por ejemplo, una convención internacional—.

A diferencia del efecto relativo de las reglas blandas que se han endurecido en virtud de la voluntad de las partes de un contrato internacional,

---

<sup>41</sup> Gama Jr., Lauro, “Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil”, *Revue de droit uniforme*, vol. XVI, núm. 3, 2011, p. 636.

<sup>42</sup> La voluntad de las partes convierte a las reglas de *soft law* “en algo tan obligatorio como la misma ley”, en Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 25; Fernández Arroyo, Diego P., *op. cit.*, p. 56.

<sup>43</sup> Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 26.

<sup>44</sup> Este fenómeno, sumado a la cada vez mayor frecuencia con la que esto sucede en estos tiempos de gobernanza global, permite apreciar la existencia de una tendencia a la contractualización del derecho internacional privado.

si el endurecimiento surge como consecuencia de que uno o varios Estados las han tenido en cuenta, tales reglas de *soft law* serán aplicables de manera general y coactiva. “Esta... operación puede considerarse... como un cierto proceso de «omologación» pública de las reglas originalmente privadas, proceso que tiene lugar cada vez que éstas son... «endosadas» por una organización internacional o bien utilizadas como base, tenidas en cuenta o directamente reproducidas por una reglamentación de carácter público, cualquiera sea su tenor”.<sup>45</sup>

Es sabido que la finalidad de una ley modelo es la de “servir como estándar para orientar a los legisladores”<sup>46</sup> en la reforma de su legislación o en la redacción de nuevas leyes. Es importante tener presente que los Estados, destinatarios de una ley modelo, no están obligados a conformarse a su contenido, a pesar de que sean miembros de la organización internacional que la haya redactado. Si deciden recibir las normas propuestas, conservan la libertad de hacerlo en forma total o parcial, e incluso de modificar el contenido cuando lo consideren conveniente.<sup>47</sup> Un ejemplo de ley modelo que ha gozado de gran éxito es la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Al día de hoy, son 72 los Estados que la han adoptado para regular el arbitraje,<sup>48</sup> y su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales ha sido relativamente rápida.<sup>49</sup>

En cuanto a la incidencia que han tenido los principios en las reformas legislativas o en la promulgación de nueva legislación en distintos países, se hará una breve referencia a los Principios UNIDROIT y a los recientes Principios de La Haya. Funcionar como ley modelo es una de las posibles aplicaciones de los Principios en tanto instrumentos de *soft law*. En efecto, los Principios UNIDROIT han inspirado los códigos civiles de Estonia y Lituania,<sup>50</sup> así como —junto con la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías— la ley de contratos de China de

<sup>45</sup> Fernández Arroyo, D. P., *op. cit.*, p. 56.

<sup>46</sup> Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 122.

<sup>47</sup> Loquin, Eric, “Les règles matérielles internationales”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 322, 2006, p. 147.

<sup>48</sup> Disponible en: [https://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](https://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).

<sup>49</sup> Erik Loquin señala que “cuando la ley modelo responde a una necesidad, como la ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje, su incorporación en los órdenes jurídicos es rápida, más rápida que la necesaria para la negociación y luego la adhesión de los Estados a una convención internacional”.

<sup>50</sup> Rule, Colin; Del Duca, Louis F y Nagel, Daniel, “On Line Small Claim Dispute Resolution Developments-Progress on a Soft Law for Cross-Border Consumer Sales”, *Penn. State International Law Review*, vol. 29, núm. 3, 2011, p. 664.

1999.<sup>51</sup> Si bien los proyectos legislativos posteriores a la existencia de los Principios UNIDROIT raramente los ignoran, se ha señalado que en realidad la mayoría de las veces se los ha tomado como referencia sólo parcialmente, y no en su conjunto.<sup>52</sup> Es más, se ha sostenido que los legisladores recurren la mayor parte de las veces a disposiciones específicas de los Principios UNIDROIT porque representan una tendencia general o debido a la alta calidad de su contenido.<sup>53</sup> Por otro lado, los Principios de La Haya, a pesar de su corta vida, ya se han visto plasmados en la nueva ley paraguaya sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (ley núm. 5.393, de 2015),<sup>54</sup> y es probable que pronto sean adoptados en Australia, de acuerdo con lo que prevé la reciente iniciativa de Ley de Derecho Civil Internacional.<sup>55</sup>

En tercer lugar, otra cara o modalidad de la relación de complementariedad entre el *soft law* y el *hard law* es el empleo del primero como parámetro para interpretar el segundo. El derecho duro se emblandece, se flexibiliza, al usar el derecho blando para interpretarlo. Cuando esto sucede, es factible hablar de un fenómeno de “softización” del *hard law*.

Las reglas de *soft law* pueden ser utilizadas como parámetros de interpretación del derecho nacional y también para interpretar tratados internacionales, sin necesidad de que esta posibilidad esté expresamente prevista en un instrumento que reúna reglas blandas. En este sentido, constituyen una herramienta de la cual los jueces y los árbitros pueden servirse en su labor interpretativa.

Pero, además, algunos instrumentos de *soft law* establecen de manera explícita que se pueden usar a fin de interpretar el *hard law*. Por ejemplo, el preámbulo de los Principios de La Haya contempla la posibilidad de que se los emplee para interpretar normas de derecho internacional privado.

---

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> Michaels, Ralf, “The UNIDROIT Principles as Global Background Law”, *Uniform Law Review*, vol. 19, 2014, p. 652. Con respecto al Código Civil de Lituania, frecuentemente citado como uno de los que han acogido el contenido de los Principios UNIDROIT, Michaels indica que su regulación en la mayoría de las áreas es diferente.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 655.

<sup>54</sup> *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*, núm. 13, Asunción, 20 de enero de 2015, disponible en: [https://assets.hcch.net/upload/contractslaw\\_py\\_es.pdf](https://assets.hcch.net/upload/contractslaw_py_es.pdf). Acerca de esta ley, véase Moreno Rodríguez, José Antonio, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿regreso al pasado?”, *Temas actuales del derecho bancario*, Asunción, Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario-Intercontinental Editora, 2015.

<sup>55</sup> National Interest Analysis 2016, ATNIA 7, with attachment on consultation, Parlamento de Australia, especialmente los párrafos 21 y 22, disponible en: <http://www.aph.gov.au>.

Y el preámbulo de los Principios UNIDROIT, que pueden servir a efectos de interpretar el derecho nacional, así como instrumentos internacionales de derecho uniforme.

#### IV. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL *SOFT LAW*

Al momento de tomar una decisión acerca de la técnica a utilizar para codificar ciertas reglas del comercio internacional, es preciso en cada caso hacer una cuidadosa valoración de las ventajas y desventajas del *hard law* y del *soft law*. Esto, claro está, no implica perder de vista la relación de complementariedad entre fuentes blandas y fuentes rígidas a la que se ha hecho alusión en el apartado precedente.

La sección actual se concentrará en las principales fortalezas y debilidades del *soft law*, que se hacen patentes cuando se contrastan las características del derecho blando con las del derecho rígido. A las fortalezas y debilidades del *soft law* corresponden, en contrapartida, áreas de oportunidad y beneficios del *hard law*.

##### 1. *Fortalezas del soft law*

La fortaleza del *soft law* que se estima primordial es la simplicidad de su proceso de elaboración. En efecto, desde la perspectiva estatal, es más fácil llegar a un acuerdo que no será vinculante, que estará directamente disponible para ser utilizado por sus destinatarios,<sup>56</sup> y que, por consiguiente, no requiere aprobación de órganos internos ni emprender el a menudo largo e incierto proceso de ratificación.<sup>57</sup> Es por eso que el *soft law* puede elaborarse con bastante celeridad, lo que es positivo cuando se trata de regular temas urgentes —recogiendo las necesidades de los diversos operadores del

<sup>56</sup> Shaffer, G. C. y Pollack, M. A., *op. cit.*, p. 719.

<sup>57</sup> Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 6, 2006, p. 538. A diferencia de lo que sucede al negociar instrumentos de derecho duro entre Estados, donde es difícil llegar a un acuerdo general de carácter obligatorio. En la misma línea, Roy Goode señala que “La preparación de las convenciones internacionales es una tarea ardua, que consume mucho tiempo y exige mucha paciencia, respeto mutuo y una gran cantidad de trabajo duro”, en su artículo “Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional”, en Basedow, J.; Fernández Arroyo, D. P. y Moreno Rodríguez, J. A. (coords.), *op. cit.*, p. 101.

comercio internacional—. Asimismo, dicha rapidez implica un reducido costo de negociación.<sup>58</sup>

Otra fortaleza del *soft law* consiste en que, justamente debido a su carácter no vinculante, permite tender puentes entre distintas culturas jurídicas.<sup>59</sup> Generalmente, los sujetos que intervienen en la elaboración de un instrumento de derecho blando adoptan una actitud positiva, que ayuda a crear consenso en la identificación de principios o lineamientos comunes acerca de la materia a regular.<sup>60</sup>

Una fortaleza vinculada con la anterior, porque también atañe al contenido de los instrumentos de *soft law*, es la alta calidad de sus reglas. Se procura que reflejen las mejores prácticas del comercio internacional<sup>61</sup> y/o los avances académicos en esta área. Sin embargo, hay que reconocer que no siempre contribuyen a mejorar la vida de las personas, sino que llegan a “promover obstáculos que suelen dificultar el despliegue de los negocios con mayor amplitud”.<sup>62</sup>

Por otro lado, se considera una fortaleza del *soft law* la flexibilidad en su implementación. Al no estar restringidos por haber asumido un compromiso vinculante, los Estados tienen libertad para adaptar el contenido del derecho blando a su situación particular.<sup>63</sup>

Asimismo, una fortaleza adicional del *soft law* es la baja inversión de recursos que se requiere para la elaboración de instrumentos de este tipo. En consecuencia, si se toma en consideración la utilidad y la relevancia de las funciones que el derecho blando desempeña, tal inversión se hallaría en principio justificada. Pero esta justificación se entiende sin perjuicio de que, cuando los Estados, organismos internacionales, u organizaciones de operadores del comercio internacional tengan que decidir si invierten en esto, se lleve a cabo una valoración para el caso concreto.

---

<sup>58</sup> Sobre el bajo costo de negociación, véase Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, vol. 54, núm. 3, 2000, p. 444; Shaffer, G. C., y Pollack, M. A., *op. cit.*, p. 719.

<sup>59</sup> Según Shaffer y Pollack, los instrumentos de *soft law* lidian con la diversidad mejor que los de *hard law*.

<sup>60</sup> En cambio, cuando se trata de negociar y redactar instrumentos internacionales de *hard law*, es más difícil y lleva más tiempo alcanzar la armonización entre diferentes sistemas y tradiciones jurídicas. Gabriel, Henry Deeb, “The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: the Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, núm. 3, 2009, pp. 661-663.

<sup>61</sup> Sin embargo, en materia de *hard law*, Gabriel, H. D. señala que “debido a los compromisos para llegar a resultados aceptables, una convención puede no reflejar las mejores prácticas sino simplemente prácticas aceptables”.

<sup>62</sup> Albornoz, J. R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 23.

<sup>63</sup> Abbott, K. W. y Snidal, D., *op. cit.*, p. 445.

## 2. Debilidades del *soft law*

El *soft law* no es una técnica de codificación perfecta —como tampoco lo es el *hard law*—. Entre las debilidades del *soft law* se destacan la falta de legitimidad democrática en su elaboración y la incertidumbre en cuanto a su efectividad.

Una de las críticas más fuertes que se le formulan al *soft law* es que carece de legitimidad democrática. Aquí se retoma la “...necesidad que subyace a la opción misma de la democracia de que a todos aquellos a quienes se aplicará un grupo de reglas, se les permitirá participar en la creación de dichas reglas”.<sup>64</sup> Hay dos aspectos estrechamente vinculados entre sí que inciden en quienes se involucran en la elaboración de instrumentos de *soft law* y que atañen a la legitimidad democrática del resultado final. Se trata del costo de participar y de lo complejo que puede ser encontrar expertos que actúen realmente de manera desinteresada. En efecto, para poder asistir a todas las reuniones de trabajos preparatorios de un instrumento normativo se debe disponer dinero para viajar al extranjero.<sup>65</sup> Por eso “es muy raro que todos los interesados estén efectivamente representados con una eficacia o fuerza de persuasión igual”.<sup>66</sup> En la mayoría de los casos, quienes tienen recursos financieros para participar defienden sus propios intereses —por más legítimos que éstos sean—, y cuando colaboran expertos autónomos, suelen plegarse a la opinión de otros, que responden a ciertos intereses.<sup>67</sup> Adicionalmente, se puede criticar la falta de transparencia del proceso poco democrático de creación de reglas blandas.

Ahora bien, la debilidad relativa a la carencia de legitimidad democrática del *soft law*, que regula el comercio transfronterizo, es susceptible de ser reducida por varias vías; por ejemplo, por un lado, procurando que “los foros codificadores se aseguren de que están representadas las prácticas comerciales tal como van evolucionando en nuevos sectores económicos y en países en desarrollo”.<sup>68</sup> Por otro lado, promoviendo que organizaciones internacionales como la UNIDROIT filtren culturalmente las normas espontáneas elaboradas de manera unilateral por las empresas.<sup>69</sup> Finalmente, la vía más

<sup>64</sup> Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 126.

<sup>65</sup> Kessedjian, C., *op. cit.*, p. 183.

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>68</sup> Johnson, Vanessa M., “Codification of the *Lex Mercatoria*: Friend or Foe?”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 21, núm. 2, 2015, p. 166.

<sup>69</sup> Albornoz, J. R. y Mar, Paula, *op. cit.*, p. 14. Los mismos autores expresan que UNIDROIT remodela la nueva *lex mercatoria* “según los principios generales del derecho, buscan-

directa para remediar la apuntada deficiencia es “integrar a los usuarios en la formación del *soft law*”.<sup>70</sup> En mayor o menor medida, estos tres caminos ya se han venido utilizando, y probablemente vayan surgiendo otros caminos nuevos. Lo cierto es que aún queda mucho por avanzar rumbo a la legitimación democrática de un proceso de elaboración transparente.

A propósito de esto, tiene sentido preguntarse cómo se le puede dar efectividad a una norma blanda que fue creada en un proceso opaco, con nula o escasa transparencia.<sup>71</sup> La dificultad para aplicar el *soft law* —contracara de la flexibilidad que se aprecia como ventaja— se vincula estrechamente con esa ausencia de legitimidad democrática y, por supuesto, con el carácter no vinculante de sus reglas.

Esta segunda debilidad del *soft law* hace patente una incapacidad del Estado para satisfacer la necesidad de certeza en cuanto a la aplicación o *enforcement* de las reglas que lo componen,<sup>72</sup> en tanto no se conviertan en *hard law*. A su vez, el carácter blando de las normas contribuye a que resulte difícil determinar si un Estado realmente las está cumpliendo o si las está evadiendo.<sup>73</sup>

Dado que se trata de normas espontáneas, que en principio no son obligatorias, la manera de generar voluntad de acatarlas por parte de sus destinatarios y así aumentar su efectividad, pasa principalmente por dos ejes. El primero, la participación —aunque sea de manera indirecta— en la labor de creación normativa; el segundo, la convicción acerca de la calidad de las reglas de *soft law*, y también acerca de su utilidad para prevenir y solucionar problemas. Tal convicción hace que los particulares tengan la voluntad de aplicar las reglas blandas a sus operaciones comerciales. Asimismo, hace que los Estados decidan adoptarlas en su normativa internacional y/o interna, y estén dispuestos a aplicarlas o tomarlas como referencia en casos litigiosos.

## V. CONCLUSIONES

En la era de la globalización, el comercio internacional se ha incrementado y continúa haciéndolo día a día. Este fenómeno ha traído consigo otro fenóm-

---

do el justo equilibrio entre los opuestos intereses en juego, entre las razones de la empresa y las exigencias de protección de la parte más débil”.

<sup>70</sup> Kaufmann-Kohler, G., *op. cit.*, p. 126.

<sup>71</sup> Muir Watt, H., *op. cit.*, p. 418.

<sup>72</sup> Gabriel, H. D., *op. cit.*, p. 670.

<sup>73</sup> Abbott, K. W. y Snidal, D., *op. cit.*, p. 446.

no más: el apogeo del *soft law* que se va gestando para regular el tráfico transfronterizo de bienes y servicios. Con la intención de reflexionar el porqué de este auge de las fuentes blandas en el área de los negocios internacionales, se ha procedido a revisar el concepto de *soft law*, examinar sus funciones y resaltar sus principales fortalezas y debilidades como técnica de codificación internacional.

En este orden de ideas, se puede concluir que es apropiado adoptar una noción amplia de *soft law* como un conjunto no sistemático de reglas de distinto origen y naturaleza, que no son en sí mismas obligatorias, y que están directamente disponibles para ser empleadas por sus diversos tipos de destinatarios —los particulares y el Estado—, sin necesidad de ratificación. Además de carecer de coercibilidad, las reglas blandas se caracterizan por ser flexibles y porque su proceso de elaboración excede con creces el ámbito interestatal, promoviendo la participación de sujetos privados.

Igualmente, en el marco del pluralismo metodológico del derecho internacional privado y del diálogo de fuentes que éste permite, se concluye que la vinculación entre fuentes rígidas y blandas del comercio internacional es una relación de complementariedad. En algunas ocasiones el *soft law* funciona como una alternativa con respecto al *hard law*; en otras, como un precursor del mismo, y en otras más, como parámetro para interpretarlo.

Asimismo, es factible concluir que actualmente se recurre con tanta asiduidad al *soft law* como técnica de codificación internacional porque sus fortalezas —simplicidad del proceso de elaboración, idoneidad para tender puentes entre culturas jurídicas, alta calidad de sus reglas, flexibilidad en su implementación, inversión relativamente baja para su elaboración— pesan más que las debilidades —carencia de legitimidad democrática, incertidumbre en cuanto a la efectividad— y, adicionalmente, existen vías concretas que permiten reducir el impacto de las debilidades. Puede ocurrir que en el futuro cercano la globalización propicie una mayor expansión del comercio internacional y que la utilización del *soft law*, siempre que se trabaje en sus áreas de oportunidad, continúe creciendo.

## CAPÍTULO DÉCIMO

### THE EMERGING SYSTEM OF SOURCES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND INTERNATIONAL CRIMINAL RESPONSIBILITY

Javier DONDÉ MATUTE

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *The sources of law in the Rome Statute.* III. *The evolution of the sources of international criminal law.* IV. *Arguments for an independent list of sources for international criminal law.* V. *Possible counterarguments.* VI. *It is necessary to have an independent system of sources for international criminal law.* VII. *Conclusion.*

#### I. INTRODUCTION

The object of this article is to establish that International Criminal Law (ICL) has a separate and independent system of sources of law, which is different and independent from the sources of general international law. At a minimum the list of sources in article 21 of the Statute of the International Criminal Court (ICC Statute or Rome Statute)<sup>1</sup> sets a different and parallel list of sources to those traditionally recognized in article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice (ICJ).

The aim of this study is to prove this independence of sources through five arguments, which will be based on comparative law, historical evolution, judicial interpretation and tendencies in the legal literature. The result will be a series of principles that are exclusively part of ICL. This will be argued in the relevant part of this article.

Additionally, this article will prove that an independent group of sources for ICL, which is distinguished from general international law is not only developing, but is also desirable given the more strict application of the

---

<sup>1</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (adopted July 17th, 1998, entered into force July 1st, 2002), 2187 UNTS 90.

principle of legality in a criminal law setting, where the consequences fall on a person, not merely State liability, as a consequence of international criminal responsibility. The sources of general international law, which are generally more flexible, are not compatible with the demands of ICL.

In part I, the aim is only to describe article 21 of the Rome Statute, which is the basis of this article. This section is mainly descriptive, since it is only necessary to set the stage for the arguments that will be considered later on. However, a comparison with article 38 (1) of the ICJ Statute will also be part of this analysis, to prove that they both work similarly, albeit in different settings.

Part II will offer a historical analysis of the sources of ICL, from the Nuremberg Charter and judgment to the Rome Statute.

Part III will then develop the five arguments in favor of an emerging system of sources for ICL, based on article 21 of the ICC Statute.

Part IV will explore the possible counterarguments as in the legal literature. As stated before, perhaps the independence of the sources for ICL is not fully developed, but it is important to identify any obstacles that could impede this development and to see to what extent the hypothesis of this paper can be proven.

Finally, in part V it will be argued that the sources of ICL should be different and independent from the sources of general international law based on the principle of legality and the distinct features of international criminal liability, as opposed to State responsibility.

## II. THE SOURCES OF LAW IN THE ROME STATUTE

Since the case that is being made in this article is that article 21 of the ICC Statute represents an independent catalog of sources of law, which differs from those mentioned in the ICJ Statute it is important to keep its words in mind:

1. The Court shall apply:
  - a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;
  - b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;
  - c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise

jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

2. The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.
3. The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, color, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.

The first paragraph of article 21 mentions three different sources of law for the International Criminal Court (ICC): The Rome Statute itself, the Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence. The first of these poses no difficulties since it refers to the treaty itself.

However, the Elements of the Crimes and the Rules of Procedure and Evidence are important innovations since there is no precedent of these types of international instruments in general international law.

Article 9 (1) of the Rome Statute explains that the Elements of Crimes are a tool to interpret and apply the crimes that the ICC will adjudicate. The idea behind this instrument is to give the Principle of Legality teeth by describing in great detail each and every element of the international crimes included in this treaty.<sup>2</sup>

Although this instrument has been criticized for been based on the United States Model Penal Code, in reality this disapproval can be set aside since it has been ratified by two-thirds of the Assembly of States Parties.<sup>3</sup> Therefore, regardless of the perceived common law influence, this instrument has large acceptance and it has also helped, together with the ICC Statute, to overcome the criticism of vaguely defined crimes, which was commonplace before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) (together *Ad Hoc* Tribunals).<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> See Gadirov, Erkin “Elements of Crimes”, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed., C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 506-509.

<sup>3</sup> Rome Statute, art. 9 (1): “[Elements of Crimes] shall be adopted by a two-thirds majority of the members of the Assembly of States Parties”.

<sup>4</sup> See Fan, Mary “Custom, General Principles and the Great Architect Cassese”, *10 Journal of International Criminal Justice*, 2012, pp. 1068-1070.

On a second level this article mentions “applicable treaties and the principles and rules of international law”. Understanding treaties does not seem to pose any major difficulties. Nevertheless, it could be argued that the treaties that may be used by the ICC are not easily identified. There are some treaties that are also part of ICL, which may be applicable, such as the Torture Convention,<sup>5</sup> the Forced Disappearance Convention<sup>6</sup> or the Genocide Convention.<sup>7</sup> Additionally, regarding due process the International Covenant on Civil and Political Rights, as well as regional human rights treaties may be relevant to the ICC.

However, the other sources of law are not mentioned in article 38 (1) of the ICJ Statute, particularly “principles and rules of international law”. These could be understood as an innovation of the Rome Statute. This will be fully discussed later on, for the moment it is enough to say that there is a split in the legal literature regarding the meaning of this phrase. On one hand, some authors believe that it alludes to customary international law;<sup>8</sup> on the other hand, other authors believe that this traditional source of general international law was purposely excluded from the ICC Statute.<sup>9</sup>

The inquiry is actually broader in scope: to which principles and rules does the clause refer to?

The 1994 Draft ICC Statute provides some guidance. The commentary to article 33 states: “The expression «principles and rules» of general international law includes general principles of law, so that the court can legitimately have recourse to the whole corpus of criminal law, whether found in national forums or in international practice, whenever it needs guidance on matters not clearly regulated by treaty”.<sup>10</sup>

The wording of article 33 was incorporated *verbatim* into article 21 of the ICC Statute. Additionally, there is no evidence that there was a change

---

<sup>5</sup> Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted on December 10th, 1984, 1465 UNTS 85.

<sup>6</sup> International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, adopted on December 20th, 2006, 2715 UNTS.

<sup>7</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, entered into force on January 12th, 1951, 78 UNTS 277.

<sup>8</sup> See Becerra, Manuel, “Las Fuentes del DPI” in Sergio García Ramírez (ed.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, vol. II, México, UNAM, 2007, p. 107.

<sup>9</sup> See Michael Pikis, George, *The Rome Statute for the International Criminal Court: Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 81.

<sup>10</sup> Draft Statute for an International Criminal Court with commentaries, *Report of the ILC on the work of its 46th session*, vol. II, YILC, 1994, p. 51.

of heart during the Rome Conference with regard to the meaning of the phrase in question. Therefore, this comment seems to be valid.

In the next part of article 21 we find “general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world...” which is a more modern version of the wording used in the ICJ Statute. Furthermore, this new language gives preference to the legal system of the State where the crimes took place (assuming that the Rome Statute gives priority to the territorial principle of adjudication). These principles of law differ from those mentioned in the previous section, in that they find their origin in general international law, while these are found in domestic legal systems.

According to Pellet, the method which must be used to find the principles in different domestic legal systems is through a comparative law study which identifies these principles and then transposing them to the international arena. The first part of this exercise is admittedly superficial since the only goal is to verify the existence of the principle in question and the choice of systems is a mere polling of jurisdictions.<sup>11</sup>

The next paragraph of article 21 seems to be an attempt to establish a system of precedent. The problem in reaching this conclusion is the use of the word “shall” which implies that the use of previous holdings is optional and subject to the tribunal’s discretion. Since a system of precedent rests on the assumption that previous holdings must be followed, it can be argued that there is no system of precedent. Clearly, this would exclude the use of precedents from other tribunals, which are not even mentioned in this clause. Consequently, the ample and valuable judicial development of ICL by the *Ad Hoc* tribunals could be wasted, unless it is identified as “principles or rules of international law” within the meaning of the commentary of article 33 of the 1994 Draft Statute of the ICC. This is part of an argument for the independence of ICL sources, which will also be further developed in the relevant section.

The last paragraph of article 21 sets a rule for interpreting the ICC Statute, which would technically not make it a source of law, but it is linked to the sources already discussed. According to this paragraph, every article of the Rome Statute must be interpreted in line with international human rights and without discrimination. Clearly, the first difficulty with this is which human rights are truly international. It could be argued that regional treaties must be excluded since they are only applicable in a particular terri-

---

<sup>11</sup> See Pellet, Alan, “Applicable Law”, in Cassese, Antonio; Gaeta, Paola, Jones, John R. W. D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1073.

tory and are subject to what is understood as human rights by its members. This would limit the scope of this rule of interpretation to instruments derived from the Universal System of Human Rights such as the Universal Declaration of Human Rights,<sup>12</sup> the International Covenant on Civil and Political Rights,<sup>13</sup> the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.<sup>14</sup> However, it could also be reasoned that if a particular right is present in different (if not all) regional treaties this is evidence of its universal recognition.

From the previous thoughts some differences between article 38 (1) of the ICJ Statute and article 21 of the ICC Statute can be recognized:

1. The ICC Statute provides for a hierarchy of the sources of law it lists, which is absent in the ICJ Statute;
2. Customary international law is expressly excluded from the ICC Statute;
3. Article 21 (3) of the ICC Statute provides for a rule of interpretation in line with international human rights and the principle of non-discrimination. On the other hand, the ICJ Statute does not have any rules for interpreting its sources;
4. Principles of law derived from domestic jurisdictions is present in both treaties, but the ICC Statute is more detailed and worded in modern terms;
5. Article 21 (2) of the Rome Statute give more weight to precedents (without properly recognizing the rule of *stare decisis*) than article 38.<sup>15</sup>

### III. THE EVOLUTION OF THE SOURCES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

The object of this part is not to provide a comprehensive analysis of the sources of ICL before international tribunals, but only to show which sources have been considered applicable throughout its evolution from the Nuremberg Tribunal to the *Ad Hoc* Tribunals. It will be argued that there is a growing concern to bring precision to the rules of ICL in line with the Principle of

---

<sup>12</sup> Universal Declaration of Human Rights, adopted on December 10th, 1948.

<sup>13</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on December 16th, 1966, entered into force on March 23rd, 1976, 999 UNTS 171.

<sup>14</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted on December 16th, 1966, entered into force on January 3rd, 1976, 993 UNTS 3.

<sup>15</sup> See Perrin, An Emerging International Criminal Law Tradition, no. 15.

Legality, which drives the international community to clarify which sources of law can be used or excluded in international criminal adjudication.

Hybrid tribunals will be excluded from the present analysis for two reasons. Firstly, since they are partially national, they draw their sources from the particular domestic jurisdiction over which they must adjudicate and the treaties the State is a party to. This distorts the analysis since the applicable law is specific to the situation. Secondly, in the creation of these tribunals there is evidence that the principle of legality plays a big role in the choice of applicable sources of general international law, since there is substantial discussion on the treaties and customary international law which were in place at the time of the events.<sup>16</sup>

At the dawn of ICL, in the Nuremberg Charter there was no list or catalogue of applicable sources of law.<sup>17</sup> This was also the case before the Tokyo Tribunal.<sup>18</sup> However, the Nuremberg Tribunal did make some findings regarding the applicable law when it identified the preexistence of crimes against peace. In the section titled “The Law of the Charter” the Nuremberg Tribunal tried to prove by citing different sources of general international law that there was no *ex post facto* application of the law, hence no violation of the principle of legality.

It was urged on behalf of the defendants that a fundamental principle of all law —international and domestic— is that there can be no punishment of crime without a pre-existing law. *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. It was submitted that *ex post facto* punishment is abhorrent to the law of all civilized nations, that no sovereign power had made aggressive war a crime at the time the alleged criminal acts were committed, that no statute had defined aggressive war, that no penalty had been fixed for its commission, and no court had been created to try and punish offenders:

In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring states without warning is obviously untrue,

---

<sup>16</sup> Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, (October 4th, 2000), UN Doc S/2000/915; Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly Resolution 52/ 135 (March 16th, 1999), UN Doc A/53/850-S/1999/231.

<sup>17</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis and Establishing the Charter of the International Military Tribunal, entered into force on August 8th, 1945), 82 UNTS 280.

<sup>18</sup> Charter for the International Military Tribunal for the Far East, entry into force on April 26th, 1946, TIAS no. 1587.

for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished. Occupying the positions they did in the government of Germany, the defendants, or at least some of them must have known of the treaties signed by Germany, outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out the designs of invasion and aggression. On, this view of the case alone, it would appear that the maxim has no application to, the present facts.<sup>19</sup>

This part of the judgment is important to the present discussion for two reasons. Firstly, while the Nuremberg Tribunal stated that the violation of the *nullum crimen sine lege* principle was not something that the defense could argue, it did mention that the crime of aggression was part of general international law at the time of the outbreak of World War II, which ends up been a justification on the importance of the principle of legality. Moreover, despite dismissing the defense allegation, the tribunal did go to great lengths to establish that there was no infringement on the principle of legality.

Secondly, the use of sources to justify the preexistence of crimes against peace could be seen as the recognition of these instruments as part of the ICL in this early stage, notwithstanding the fact that the Nuremberg Charter made no mention of them. Among these sources there are some treaties such as the 1928 Treaty of Paris in which there is an express renunciation to aggression as State policy; the 1907 Hague Convention which prohibits the use of certain methods of war and the Treaty of the League of Nations. There is also mention to other international instruments which could be identified as customary international law when taken as a whole, such as the preamble to the League of Nations, the 1924 Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes and the unanimous resolution of the 18th February, 1928, of twenty-one American Republics of the Sixth (Havana) Pan-American Conference which considered aggression to be an international crime. While these last two instruments are not identified by the Nuremberg Tribunal as part of customary international law, it is clear that this is what the judges had in mind when they included them in the discussion.

After Nuremberg there is no other important discussion in ICL until the creation of the ICTY. Article 1 of the ICTY Statute states: “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the terri-

---

<sup>19</sup> Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal 1946 (1947), 41 AJIL 172, 224.

tory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the clauses of the present Statute”.

The phrasing leads to the conclusion that, like the Nuremberg and Tokyo Charters, the sole source of law before the ICTY is its Statute. However, since International Humanitarian Law is mentioned it is necessary to identify its scope. The first interpretation of this was given by the United Nations Secretary-General:

In view of the Secretary-General, the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise. This would be particularly important in the context of an international tribunal prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law.

The Secretary-General went on to list the treaties he considered part of International Humanitarian Law, thus applicable by the ICTY:<sup>20</sup>

The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied in: the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims; the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948; and the Charter of the Military International Tribunal of 8 August 1945.<sup>21</sup>

Consequently, the first actions of the ICTY were to identify which rules of International Humanitarian Law it could use by stating that they are part of customary international law. The ICTY has devoted considerable work to this endeavor.<sup>22</sup>

At the ICTR there was no similar controversy because Rwanda was already party to the treaties that the Tribunal was to apply.<sup>23</sup> This is also what happened in hybrid tribunals, since in these cases the general international

<sup>20</sup> Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808, S/25704, May 3rd, 1993.

<sup>21</sup> Nuremberg Judgment, no. 19.

<sup>22</sup> See also, Arajärvi, Noora, “The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law”, *European Journal of Legal Studies*, 2007; Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, TMC-Asser Press, 2005, pp. 50-54.

<sup>23</sup> Arajärvi, *op. cit.*, p. 12.

law that each State was a party to was identified beforehand and included in the statutes there was dispute and no reason to try to establish the scope of rules that could be used by these tribunals. It is important to point out that in the reports which preceded the creation of these tribunals there is a considerable effort to avoid *ex post facto* application of the law, hence the detailed analysis of the treaties and customary international law in force at the relevant time and place.<sup>24</sup>

Up to this point there is no evidence of an attempt to create a comprehensive list of sources for ICL. There are only three sources that had been mentioned: the statute of the tribunal in question; the International Humanitarian Law treaties and customary international law. The first effort to create a catalogue of sources can be found in article 33 of the 1994 Draft Code for the ICC, which reads: “The Court shall apply:(a) This Statute; (b) Applicable treaties and the principles and rules of general international law; (c) To the extent applicable, any rule of national law”.<sup>25</sup>

There are two important statements found in the commentaries to the 1994 Draft Code. Firstly, the principles mentioned in (b) refer to Criminal Law principles. This is significant, because it will be argued later on that ICL has its own principles of law, which differ from those developed in general international law. The relevant paragraph states:

The principles and rules of general international law will also be applicable. The expression «principles and rules» of general international law includes general principles of law, so that the court can legitimately have recourse to the whole corpus of criminal law, whether found in national forums or in international practice, whenever it needs guidance on matters not clearly regulated by treaty.<sup>26</sup>

Secondly, there is another express recognition of the principle of legality. The commentaries to article 33 indicate that national law in (c) was included so that the ICC could apply laws that were known to the accused; this must be read in conjunction with article 39 which expressly includes the principle of legality in the 1994 draft code.<sup>27</sup>

From this brief historical account of the sources of ICL included in international instruments previous to the ICC, two preliminary conclusions may be reached. On the one hand, even since Nuremberg there is a concern that the principle of legality may be breached. While at first, the concern is

---

<sup>24</sup> Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, no. 16; Report of the Group of Experts for Cambodia, no. 16.

<sup>25</sup> Draft Statute with commentaries, no. 10, p. 51.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 51-52, 55 and 56.

to avoid any *ex post facto* application of the law, this is linked to the sources of ICL, because then the tribunals focus on identifying the applicable law at the time.

On the other hand, tribunals accept that treaties and customary international law are part of the sources of ICL, but with the 1994 draft code this comes to a halt. This international instrument is significant because it provides for the first time a list of sources for ICL, but it is also important to note that custom is no longer considered a source in this field.

#### IV. ARGUMENTS FOR AN INDEPENDENT LIST OF SOURCES FOR INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

##### 1. *Customary international law is no longer a source of international criminal law*

Customary international law had a central role in the development of ICL, but it has disappeared from the list of sources in article 21 of the Rome Statute. The rejection of this traditional source of general international law is important because it is evidence that the ICC has its own set of sources which differs from article 38 (1) of the ICJ Statute. Additionally, abandoning customary international law is a consequence of a growing concern for precision in the law, especially in criminal law, which is a tenet of the principle of legality. This is further evidence that ICL has become a mature legal system, which is one of the consequences of the Rome Statute.

When ICL sources were very scarce customary international law played a fundamental role in the development of this field. Then international criminal tribunals had little more than a statute to guide them, this source of law was essential in filling gaps and resolving the legal issues which came up. This is more evident before the ICTY that had to use customary international law to find elements of crimes and their meaning<sup>28</sup> and rules regarding individual criminal responsibility.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> See Mettraux, *Guénéal, International Crimes and Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005, pp. 7-14; Fan, *op. cit.*, pp. 1066 y 1067; Perrin, *op. cit.*, pp. 48-51; Also see Nerlich, Volker, "The Status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before de ICC", in Carsten Stahn and Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Koninklijke Brill, 2009, pp. 308 y 309. Ad Hoc Tribunals depended on customary law for the identification of substantive criminal law issues, particularly definitions of crimes. This was less frequent in procedural law because most rules were contained in the Rules of Procedure and Evidence.

<sup>29</sup> See Damgaard, Ciara, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Springer, 2008, pp. 39-42. Describing the core issue of joint criminal enterprise.

However, with the creation of the ICC this all changed. The 1994 Draft Code established a catalogue of sources for the first time and it also eliminated customary international law from this list. The discussion regarding sources of law at the Rome Conference centered on the application of national law at the ICC. While there is no official record on the reason why customary international law was not included in the list, part of the academic literature states that this source was considered too vague for criminal law purposes.<sup>30</sup>

Another part of the legal literature insists that customary international law is included in the broad phrasing of article 21 (1) (b) which mentions “principles and rules of international law”. According to this view, customary international law clearly fits into this description, therefore it was implicitly included.<sup>31</sup>

While this might seem true at first glance, these authors fail to explain why custom was excluded given its widespread use in general international law and ICL. They also do not consider the fact that the drafters were concerned with the vagueness of the sources of ICL and the explicit inclusion of the principle of legality in articles 22 to 24 of the Rome Statute, which runs counter to the vagueness of customary international law.

Conversely, the legal literature recognizes that several rules of customary international law which were scattered in different international instruments and in the *ad hoc* tribunals case-law were incorporated into the ICC Statute.<sup>32</sup> Moreover, the *ad hoc* tribunals have accepted that the Rome Statute is the reflection of customary international law in several issues of substantive and procedural law even before the treaty came into force.<sup>33</sup> This

---

<sup>30</sup> See McAuliffe de Guzmán, Margaret, “Applicable Law—Article 21”, in Triffterer, Otto, (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed., C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 707.

<sup>31</sup> McAuliffe, *op. cit.*, p. 707; Pellet, *op. cit.*, pp. 1070-1072; Becerra, *op. cit.*; Nerlich, “The Status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before de ICC”, no. 27, p. 313.

<sup>32</sup> See Werle, *op. cit.*, p. 45; See also Schlütter, Birgit, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 216-218; *Milošević case* (Decision on motion for judgement of acquittal), ICTY-02-54-T, June 16th, 2004. Where it was noted that in regard to deportation and forced transfer there is no concurrence between the Rome Statute and customary law.

<sup>33</sup> See *Protais Žigiranyirazo vs. The Prosecutor case*, (Decision On Protais Zigiranyirazo’s Motion For Damages), ICTR-2001-73-AR73, June 18th, 2012. Regarding damages in case of acquittal; *Furundzija case* (Judgment), ICTY-95-17/1-T, December 10th, 1998). Regarding the difference between complicity and other forms of criminal liability; *Tadić case* (Appeals Judgment) ICTY-94-1-A, July 15th, 1999. Affirming that discriminatory intent is no longer part of crimes against humanity.

“codification” helped avoid the vagueness concerns, but is also meant that the use of customary international law in ICL would now be limited. In other words, many of these rules can now be found directly in the Rome Statute, so there is no need to use ambiguous sources of law. While there has also been a restatement of these rules, this can be explained because they were considered incompatible with the new system before the ICC.

The only times the ICC has mentioned it in its decisions it has done so to avoid the vagueness of some of the Rome Statute’s imprecise wording. In the *Katanga and Ngudjolo* confirmation of charges the Pre-Trial Chamber had to determine the meaning of “other inhuman acts” in article 7 (1) (k) which deals with crimes against humanity. The Chamber held that due to the vagueness of the phrase, and with due regard to the Principle of Legality, these acts should be limited to those already identified in customary international law or international human rights law. Thus it stated:

In the view of the Chamber, in accordance with article 7(1) (k) of the Statute and the principle of *nullum crimen sine lege* pursuant to article 22 of the Statute, inhumane acts are to be considered as serious violations of international customary law and the basic rights pertaining to human beings, drawn from the norms of international human rights law, which are of a similar nature and gravity to the acts referred to in article 7(1) of the Statute.<sup>34</sup>

Additionally, contrary to what the majority of the literature has stated the phrase “principles and rules of international law” has not been held to include customary international law by the ICC. So far the Court has held that this phrase refers to the case-law of the *ad hoc* tribunals. In the same *Katanga and Ngudjolo* decision, despite the previously cited *dictum* the Chamber used ICTY cases to give meaning to “other inhuman acts”.<sup>35</sup>

In other cases where the ICC has mentioned customary international law its position is not entirely clear. The trend seems to be the use of *ad hoc* tribunals’ case-law in combination with customary international law. In other words, the ICC will cite both sources without distinguishing one from the other or whether they are primary or secondary sources of law. One example can be found in the *Lubanga* confirmation of charges:

---

<sup>34</sup> *Katanga and Ngudjolo case* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07, September 30th, 2008.

<sup>35</sup> *Katanga and Ngudjolo case* (Decision on the confirmation of charges), no. 33, and footnotes; see also Nerlich *op. cit.*, p. 313. This includes criminal law principles that have already been identified by the *Ad Hoc* Tribunals. The use of these criteria will depend on the persuasiveness of the reasoning.

The Chamber notes that in the judgement rendered on 19 December 2005 in the case of Democratic Republic of Congo v. Uganda, the International Court of Justice (ICJ) observed that, under customary international law, as reflected in Article 42 of the Hague Regulations of 1907, territory is considered to be occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army, and the occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.<sup>36</sup>

This paragraph is confusing since it basically says that the Hague Regulations are part of customary international law, but this would seem like an unnecessary statement since they could be considered part of international law of armed conflict which is directly applicable according to article 21 (1) (b) of the ICC Statute. The paragraph is also puzzling since it is not clear whether the Chamber considered customary international law or the case-law of the ICJ applicable.

Another example of this lack of clarity can be found in the *Ruto et al* confirmation of charges before the Pre-Trial Chamber II. In answer to the defense argument that other tribunals had not recognized indirect participation the Chamber answered:

The jurisprudence of other international or hybrid tribunals is not, in principle, applicable law before the Court and may be resorted to only as a sort of persuasive authority, unless it is indicative of a principle or rule of international law. But even then, applying a customary rule of international law only «where appropriate» limits its application to cases where there is a lacuna in the Statute and the other sources referred to in article 21(1)(a).<sup>37</sup>

The wording does not clearly mention whether customary international law is part of the “principles and rules of international law” or whether only the *ad hoc* tribunals’ case-law is included in this phrase. In any case, the Chamber applied the ICC Statute directly, so the point became moot.

Perhaps the confusion over the use of case-law or customary international law has been resolved in more recent decisions, where the ICC has preferred to use the *ad hoc* tribunals’ case-law rather than to invoke a rule of customary international law.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> *Lubanga case* (Decision on the confirmation of charges), ICC-01/04-01/06, January 29th, 2007.

<sup>37</sup> *Ruto, et al case* (Decision on the confirmation of charges), ICC -01/09-01/11, January 23rd, 2012.

<sup>38</sup> Schabas, William, “Customary Law or «Judge-Made» Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals” in Doria, José, Gasser, Hans-Peter and Bassiouni, M. Cherif (eds.)

While customary international law had a key role in the development of ICL, especially before the ICTY,<sup>39</sup> it is unquestionable that it was not included as a source of law for the ICC, and in the best case its use is confusing. On the contrary, the principle of legality was included in the Rome Statute, which would seem to indicate that this traditional source of general international law has no room in modern ICL. The use of sources that promote vagueness seems to be in the past.

This argument is analogous to Lord Cockburn's dissent in the Scottish case of *Greenhuff*.<sup>40</sup> Lord Cockburn argued that there was a point in time where Scottish criminal law was still developing so it was necessary for judges to fill gaps left by Parliament. This practice known as the Declaratory Power was at odds with the principle of legality because it allowed the High Court of Justiciary to "declare" the existence of new crimes, in an overt case of judge-made law. However, Lord Cockburn believed that at the time of the decision in 1838 the Scottish legal system had matured enough and it was no longer up to the judiciary to mend the legislature's omissions which was permissible when the legal system was not yet fully in place; especially when this meant violating the principle of legality.<sup>41</sup>

This same argument can be used in ICL. Perhaps there was a time, as late as the establishment of the *ad hoc* tribunals where the law had to be developed through customary international law. However, that time has passed and it is no longer acceptable to use vague sources of law once the Rome Statute came into force. The ICC Statute would signal the maturity of ICL in the analogy with Lord Cockburn's dissent.

## 2. *International criminal law has its own general principles*

The argument that will be made in this section is that there is a difference between the general principles of law in general international law and in ICL.

---

*The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 78.

<sup>39</sup> Göran Sluiter, Alexander Zahar, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p. 88. The use of customary law was commonly used in the time period from the Nuremberg Trial to the creation of the *Ad Hoc* Tribunals.

<sup>40</sup> Bernard Greenhuff case (1838) 2 Swin. Cited in Gane, C. H. W y Stoddart, C.N., *Casebook on Scottish Criminal Law*, 2nd ed., W. Green-Sweet & Maxwell, 1991, pp. 9-22.

<sup>41</sup> See Dondé Matute, Javier, *Principio de legalidad penal: perspectivas de derecho nacional e internacional*, 2nd ed., México, Porrúa, 2009, pp. 1-7.

The legal literature on the subject has identified general principles of law which apply to general international law. For example Ian Brownlie mentions among these “consent, reciprocity, equality among states, finality of awards and settlements, the legal validity of agreements, good faith, domestic jurisdiction, and the freedom of the seas”.<sup>42</sup>

Shaw, based on international decisions, mentions the obligation to repair a damage caused, changes in sovereignty to affect private rights, the acceptance of indirect evidence, *res judicata*, estoppel, among others.<sup>43</sup>

These general principles of general international law are all related to the interaction among States and the eventuality of establishing State responsibility. Virally points out that these general principles are born out of customary international law and treaties.<sup>44</sup> Consequently, it is not surprising that they deal with the dealings of States, without taking individuals into account. In other words, the previous general principles are not applicable to ICL which regulates with the conduct of individuals and the eventuality of establishing individual criminal responsibility. Perhaps some of the principles mentioned by Shaw could be applied to individuals, but not in a criminal law context, but as part of the law of reparations; in any case outside the ICL context.

Therefore, it is not surprising that the academic literature in ICL has identified certain general principles which are more proper in a criminal law setting. For example, Cassese mentions the following: the principle of legality, the principle of specificity, presumption of innocence, equality of arms, command responsibility, among others.<sup>45</sup> This author further explains that these general principles have been transferred from national jurisdictions,<sup>46</sup> where criminal law has a more advanced level of development. General principles in general international law developed in that particular context;<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> See Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 18.

<sup>43</sup> See, Shaw, Malcolm, *International Law*, 5th ed., Cambridge, 2003, pp. 95-97.

<sup>44</sup> Virally, Michel, “Fuentes del derecho internacional”, in Sorensen, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

<sup>45</sup> See Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2008, p. 20.

<sup>46</sup> See Cassese, Antonio, “The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to ascertain of general principles of law recognized by the community of nations”, in Yee, Sienho and Tieya, Wang (eds.), *International Law in the Post-Cold War World* (Routledge Studies in International Law), 2001, pp. 43-55.

<sup>47</sup> See Cassese, *International Criminal Law*, *cit.*, pp. 20 and 21. Where it is shown that in the early decisions of the ICTY the use of general principles derived entirely from domestic criminal law.

therefore, even if some sources between both systems interlope, as is the case with treaty law, the categories of applicable principles differ.<sup>48</sup>

Additionally, part III of the ICC Statute is entitled “General Principles of Criminal Law” and its content coincides with Cassese’s classification. It includes the principle of legality,<sup>49</sup> individual criminal responsibility (and a list of all forms of criminal liability before the ICC),<sup>50</sup> exclusion of jurisdiction over persons under 18,<sup>51</sup> irrelevance of official capacity,<sup>52</sup> command responsibility,<sup>53</sup> non-applicability of statute of limitations<sup>54</sup> and superior orders,<sup>55</sup> to mention some which are representative of ICL. This part also includes mental elements,<sup>56</sup> defenses<sup>57</sup> and mistake of fact and mistake of law.<sup>58</sup>

Kai Ambos mentions that the Principle of Legality and *ne bis in idem* are principles of criminal law included in the ICC Statute.<sup>59</sup> While the other dispositions are rules of criminal liability, which are usually identified in national legal systems with the “General Part of Criminal Law”, especially in civil law countries and codified legal systems.<sup>60</sup> Following Ambos’s reasoning one might also include the rules on fraudulent *res judicata* that is a concept that originated in ICL.<sup>61</sup>

In any case, it is not the object of this study to make a list of general principles of ICL, only to point out the difference between these and those applicable in general international law. Having established this it is easy to reach the conclusion that the principles of law referred to in article 21 of the Rome Statute are only those that are applicable in a punitive context.

In this regard, Damgaard lists several international instruments which are not part of treaty law which may be included as part of the applicable law of the ICC: The Nuremberg Principles, the 1996 Draft Code on

---

<sup>48</sup> Cassese, *International Criminal Law*, *cit.*, p. 21.

<sup>49</sup> Rome Statute, no. 1, arts. 22-24.

<sup>50</sup> *Ibidem*, art. 25

<sup>51</sup> *Ibidem*, art. 26.

<sup>52</sup> *Ibidem*, art. 27.

<sup>53</sup> *Ibidem*, art. 28.

<sup>54</sup> *Ibidem*, art. 29.

<sup>55</sup> *Ibidem*, art. 33.

<sup>56</sup> *Ibidem*, art. 30.

<sup>57</sup> *Ibidem*, art. 31.

<sup>58</sup> *Ibidem*, art. 32.

<sup>59</sup> See Ambos, Kai, “General Principles of Criminal Law In The Rome Statute”, *10 Criminal Law Forum*, 1999, pp. 2-6.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 6. Also see Degan, Vladimir-Djuro, “On the Sources of International Criminal Law”, *Chinese Journal of International Law*, 2005, pp. 52-62.

<sup>61</sup> See Rome Statute, no. 1, art. 20.

Crimes Against Peace and Security of Mankind, Control Council Law No. 10, United Nations resolutions and reports of the International Law Commission.<sup>62</sup> These could be some of the rules and principles of international law that are included in article 21 of the Rome Statute. In the last two sources mentioned by Damgaard, one would have to assume that these are only relevant if they are part of ICL, such as the *ad hoc* tribunals' statutes. Pre-Trial Chamber I has already endorsed this reasoning.<sup>63</sup>

The difference in the general principles applicable in general international law and ICL makes sense because they deal with different issues. The difference in the general principles applicable in each field can be attributed to the difference between State responsibility and individual responsibility in general international law.<sup>64</sup> While there may be an area of overlap where a certain act carries State and criminal responsibility as in the cases of torture, forced disappearance and genocide, when these acts are adjudicated the jurisdiction of the tribunals differ and also the general principles which are used.

### 3. *The International Criminal Law Statute has its own rules of interpretation*

Criminal law is different from other branches of the law, including general international law in that it has its own rules of interpretation. One of the tenets of the principle of legality is the strict interpretation of the law (*lex stricta*), which is recognized by the Rome Statute in article 22 (2): "The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favor of the person being investigated, prosecuted or convicted".

This characteristic of Criminal Law is not only present in ICL, but in all legal systems (although the way it is applied may vary).<sup>65</sup> However, it is

---

<sup>62</sup> See Damgaard, *op. cit.*, pp. 48-50.

<sup>63</sup> See *Lubanga case*, (Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, article 58), ICC-01/04-01/06, February 10th, 2006.

<sup>64</sup> Schlütter, Birgit, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 291. The wording of article 21 leads to the conclusion that the intent of the drafters was to allow ICL to develop on the basis of principles, which would exclude customary international law. While some States wanted to exclude judicial discretion altogether on the premise that it would be at odds with the Principle of Legality, the majority preferred for the judges to develop the general principles.

<sup>65</sup> For a comparative study on the Principle of Legality see Dondé, "Principio de Legalidad Penal", *cit.*

also interesting to note that the Rome Statute is the only treaty, including human rights treaties, which mentions expressly this aspect of the principle of legality. Nevertheless, strict interpretation has been recognized by the European Court of Human Rights holding in *S.W. vs UK*, when interpreting the content of article 7 of the European Convention on Human Rights:

Article 7 embodies, inter alia, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. From these principles it follows that an offence must be clearly defined in the law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision (art. 7) and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable.<sup>66</sup>

As seen, the European Court had to derive this aspect of the principle of legality from article 7, while the Rome Statute clearly provides for this rule of interpretation. However, the point is not to underscore the novelty of this treaty, but to continue to point out differences between general international law and ICL. As the European Court stated, the strict construction of the criminal law is necessary in any punitive setting. Therefore, this is a feature which is unique to Criminal Law in general and ICL in particular.

Additionally, the Rome Statute includes another rule of interpretation which is not part of general international law, included in article 21 (3) which was cited previously. As stated, this article includes two characteristics: firstly, the ICC Statute must be interpreted in a way compatible with international human rights and in a way which is not discriminatory. This section was the object of debate at the Rome conference. In particular, the delegations argued over the extent of the term "gender"; however, they all seemed to agree that human rights and non-discrimination, generally, should guide the ICC in the application of the law.<sup>67</sup>

Alain Pellet would disagree with the meaning of article 21 (3). This author believes that this section creates a supra-legal hierarchy with international human rights law at the top, followed by the Rome Statute and the other sources of law included in article 21. This would make it an *ius cogens* norm, although Pellet does not use this term.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> *S.W. v. UK* (1995) ECHR A335-B.

<sup>67</sup> See McAuliffe, *op. cit.*, p. 712.

<sup>68</sup> See Pellet, *op. cit.*, pp. 1079-1082; But see, Hafner, Gerhard and Binder, Christina, "The Interpretation of Article 21 (3) ICC Statute, Opinion Reviewed", *9 Austrian Review of International and European Law*, 2004.

However, the ICC, in the few cases where this clause has been expressly used, has agreed that this is a rule of interpretation, and it has added that it is not a tool to fill gaps in the Rome Statute, but to apply its provisions. In the particular case, the Appeals Chamber held that the doctrine of abuse of process is not part of the treaty and article 21 (3) is not a means to incorporate it into the existing legal framework.<sup>69</sup>

Consequently, there are two rules of interpretation that are exclusive to ICL or, at a minimum, not part of general international law: the strict construction of the criminal law (*lex stricta*) and the *pro persona* reading of article 21 (3).

It is noteworthy to comment that these are not the only rules of interpretation that the ICC can use. It has used the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties, which in article 31 mentions that treaties should be interpreted according to their ordinary meaning, their context and their object and purpose. In the *Lubanga* sentencing judgement, Trial Chamber I, following the Appeals Chamber's previous decisions, provided a summary of the rule:

The rule governing the interpretation of a section of the law is its wording read in context and in light of its object and purpose. The particular subsection of the law read as a whole in conjunction with the section of an enactment in its entirety defines the context of a given legislative provision. Its objects may be gathered from the chapter of the law in which the particular section is included and its purposes from the wider aims of the law as may be gathered from its preamble and general tenor of the treaty.<sup>70</sup>

Hence, as a treaty, the ICC Statute must be interpreted according to the applicable rules of the Vienna Convention; which should be said, do not differ from general rules to be applied to any international instrument, so they are not alien to ICL.<sup>71</sup>

The International Law Commission in its work on fragmentation of International Law has explained the interplay between these rules of interpretation. While particular fields of International Law have their own rules of interpretation, the Vienna Convention applies generally to all, but must

<sup>69</sup> *Lubanga case* (Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006), ICC-01/04-01/06 (OA4), December 14th, 2006.

<sup>70</sup> *Lubanga case* (Judgment Pursuant to article 74 of the Statute), ICC-01/04-01/06-2842, March 14th, 2012.

<sup>71</sup> Perrin, *op. cit.*, p. 36.

be overridden by the particular dispositions regarding treaty construction. It follows that ICL is an especial or autonomous regime with at least two particular rules of interpretation, and the general rules regarding treaties can supplement these.<sup>72</sup>

On the other hand, the rules, which are specific to ICL, do not apply to general international law. While it could be argued that the pro persona interpretation of article 21 (3) can be used in other fields of general international law, so far it has been meant to apply only to ICL. Likewise, while international human rights law<sup>73</sup> and international humanitarian law<sup>74</sup> include many non-discrimination provisions, they do not refer to rules of interpretation as in the Rome Statute. They are prohibitions that are part of the catalogue of rights contained in the relevant treaties.

In the case of the strict construction rule this is made more evident. Since ICL is the punitive branch of general international law it is expected that affecting an individual should be kept at a minimum, only when necessary. In particular this is done through the principle of legality and the inclusion of article 22 (2) in the Rome Statute.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> “Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, International Law Commission”, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 2006. Special (“self-contained”) regimes as *lex specialis*. A group of rules and principles concerned with a particular subject matter may form a special regime (“Self-contained regime”) and be applicable as *lex specialis*. Such special regimes often have their own institutions to administer the relevant rules.

<sup>73</sup> See International Covenant on Civil and Political Rights (adopted December 16th, 1966) 99 U.N.T.S. 171, art. 26; American Convention on Human Rights, (entered into force July 18th, 1978), OAS Treaty Series no. 36, 1144 UNTS 123, art. 1.

<sup>74</sup> All four Geneva Conventions of 1949 include provisions against discrimination, see Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, (entered into force October 21st, 1950), 75 UNTS 31, arts. 3, 12; Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, (entered into force October 21st, 1950), 75 UNTS 85, arts. 3, 12; 1949 Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, (entered into force October 21st, 1950), 75 UNTS 135, arts. 3, 16; and Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, (entered into force October 21st, 1950), 75 UNTS 287, arts. 3, 13. *Cf.* Montoya Ramos, Isabel, “Las mujeres en los conflictos armados: civiles, combatientes y transgresoras”, in Montoya Ramos, Isabel (ed.), *Las mujeres en los conflictos armados. El papel del derecho internacional humanitario*, México, SCJN-Fontamara, 2014.

<sup>75</sup> *Lubanga case* (Judgment Pursuant to article 74 of the Statute), Van den Wyngaert dissenting opinion, ICC-01/04-01/06-2842, March 14th, 2012. Article 22 (2) overrides the rules of interpretation mentioned in the Vienna Convention.

4. *The International Criminal Court has distanced itself from the decisions of the International Court of Justice*

The ICC has used the decisions of the ICJ in some of its own decisions; however, only once to make a substantive finding. In other situations the use of this case-law is only marginal or secondary to other sources. In any case, the importance has diminished over time, and the ICC has recently used its own decisions to support its rulings.

From the first important decision of the ICC the split was made evident. In the *Lubanga confirmation of charges*, the Pre-Trial Chamber I stated that it would use the concept of overall control adopted by the ICTY to establish which degree of connection between the State and an organized armed group is necessary for an armed conflict to be considered international; what is now known as indirect international armed conflict. In essence, the Chamber rejected the effective control test used by the ICJ, which requires a stronger link between the State and the organization.<sup>76</sup>

However, the reasoning is confusing because the Pre-Trial Chamber goes on to cite the ICJ case *Democratic Republic of Congo vs Uganda* to establish the concept of occupied territory. A careful reading of the relevant paragraphs reveals that this case was only used to establish the facts of the conflict, in particular the invasion and occupation of Congolese territory by Uganda. In other words, no substantial legal decision was used.<sup>77</sup>

In other examples, the decisions of the ICJ have only been used in an auxiliary manner, to confirm the existence of well-established rules of general international law such as *compétence de la compétence*,<sup>78</sup> the use of *travail préparatoire* to interpret treaties<sup>79</sup> or the importance of State consent.<sup>80</sup>

Moreover, these are early decisions of the ICC and the ICJ decisions have not been used recently;<sup>81</sup> it would seem that the trend is for both tri-

---

<sup>76</sup> *Lubanga case* (Decision on the confirmation of charges), no. 35. Also see *Katanga and Ngudjolo case*, (Decision on the confirmation of charges), no. 33.

<sup>77</sup> *Lubanga cas* (Decision on the confirmation of charges), no. 35.

<sup>78</sup> See *Bemba case* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/05-01/08 (June 15th, 2009).

<sup>79</sup> *Bemba case* (Decision on the confirmation of charges), no. 77; also see *Ruto et al case* (Decision on the confirmation of charges), no. 36.

<sup>80</sup> *Abu Garda case* (Decision on the confirmation of charges), ICC-02/05-02/09, February 8th, 2010.

<sup>81</sup> *Lubanga case* (Judgment Pursuant to article 74 of the Statute), no. 69. The decisions of the Ad Hoc Tribunals are cited to support the proposition that international armed conflicts

bunals to work independently given the difference in the fields they each adjudicate. Consequently, the sources that each tribunal uses will also drift apart.<sup>82</sup>

Judge Anita Usaka in her dissent in the *Omar Al Bashir* arrest warrant decision considers that it is important for the ICC to distinguish its decisions from those of the ICJ because the first of these tribunals establishes individual criminal responsibility, while the second deals with State responsibility. She even goes further, by questioning the relevance of reports and instruments from quasi-judicial organs that may be called to warn the international community of the commission of international crimes, but with a mandate to establish State responsibility. Even the decisions of the *ad hoc* tribunals, although they also apply ICL cannot be used automatically, since their legal framework and procedures differ from the ICC's.<sup>83</sup> Since this dissent is crucial to the position expressed in this article the relevant paragraph will be cited:

...Since the International Court of Justice adjudicates only interstate disputes, its examination of genocide in the Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide was framed by the matter of state responsibility. In contrast, not only does the Statute provide solely for the criminal responsibility of natural persons, but a proposal to include responsibility for legal persons, including states and corporations, was explicitly rejected during the drafting process.<sup>84</sup>

This opinion is important because even assuming that the ICC has not fully distanced itself from the ICJ, it gives compelling reasons for this separation. The difference between state responsibility and individual criminal responsibility is the premise for a distinct system of sources for ICL and general international law.

---

may coexist with non-international armed conflicts. The ICJ is only cited as a secondary source.

<sup>82</sup> See Perrin, *op. cit.*, pp. 77-79. Where the premise for this article is foreshadowed, since it is mentioned that article 21 of the Rome Statute represents a split from the ICJ Statute. Also see Biti, Gilbert, "Article 21 of the Statute of the ICC and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC", in Carsten Stahn and Göran Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Koninklijke Brill, 2009).

<sup>83</sup> *Al Bashir case* (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir), Anita Usacka separate and partially dissenting opinion, ICC-02/05-01/09, March 4th, 2009.

<sup>84</sup> *Idem.*

### 5. *International Criminal Law has an Emerging System of Precedent*

Article 38 of the ICJ Statute mentions that judicial decisions are only an auxiliary source of general international law, which help ascertain the primary sources: treaties, customary international law and general principles of law. Additionally, article 59 states: “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”, so clearly there is no system of precedents in this field.<sup>85</sup> While it is common for the ICJ to cite its own decisions there is no obligation to do so.<sup>86</sup>

This sharply contrasts with the position of the ICTY in the *Aleksovski* appeal. As part of its decision the Appeals Chamber had to establish if it was bound to follow its previous decisions, whether the trial chambers had to follow the appeal decisions and whether they were also bound by their own decisions. In short, it had to resolve whether there was a system of precedent before the ICTY.

The Appeals Chamber analyzed the Common Law system of precedent, where in principle courts are bound by previous decisions, although this may change if there are good reasons to do so. Following the criteria of the United States Supreme Court, the Chamber stated that this can happen when the existing rule becomes obsolete; the law has evolved so as to make the existing precedent obsolete or when the decision is not applicable to a new set of facts.<sup>87</sup> This practice is also present in Civil Law jurisdictions<sup>88</sup> and before the European Court of Human Rights.<sup>89</sup> When it addressed the ICJ, the Chamber stated: “Despite the non-operation of the principle of *stare decisis* in relation to the International Court of Justice, its previous decisions are accorded considerable weight. This may be due to their perceived status as authoritative expressions of the law”.<sup>90</sup> This is an important declaration because it affirms the fact that there is no system of precedent before the ICJ; because the only reason its decisions are commonly cited is because of its authority, not an obligation to do so. Additionally, there are

---

<sup>85</sup> Brownlie, *op. cit.*, pp. 19-21 y Shaw, *op. cit.*, pp. 103-105. While these authors sustain that there is no system of precedents in international law they analyze the use of previous decisions.

<sup>86</sup> Cassese, *op. cit.*, p. 14. The use of precedents will depend on the background of the lawyers in each case.

<sup>87</sup> *Aleksovski case* (Appeals Judgment), IT-95-14/1-A, March 24th, 2000.

<sup>88</sup> *Aleksovski case* (Appeals Judgment), no. 86.

<sup>89</sup> *Idem.*

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

no rules for departing from precedent like those established by the United States Supreme Court before the ICJ.

The Appeals Chamber went on to say that in a Criminal Law context this has to be different. While in other fields the need for “consistency, stability and predictability” justifies following precedent, this is stronger when the liberty of an individual is at stake.<sup>91</sup>

While the Chamber acknowledged that the ICTY Statute is silent on the matter it recognized that *stare decisis* is an important component of the right to a fair trial and a logical consequence of the right to appeal and the functions of the Chamber at this stage of the proceedings; which includes correcting errors of law which may have occurred at the trial stage.<sup>92</sup>

The Chamber concluded that it would only depart from existing precedent exceptionally and after a careful review of the sources.<sup>93</sup> Conversely, precedent would be followed when applicable to substantially similar cases.<sup>94</sup>

The trial chambers would then be bound by the legal principles (*ratio decidendi*) enunciated by the Appeals Chamber. The Appeals Chamber has the task of correcting any errors of fact and errors of law which may have taken place during the trial. In Criminal Law, the prosecutor and the accused have a special interest in certainty and predictability in the applicable law. In other words, the right to a fair trial in this context means that the accused must be treated in the same way as others in similar situations.<sup>95</sup>

On the other hand, while the decisions of the Appeals Chamber are binding on itself and the trial chambers, the decisions of the trial chambers have only persuasive authority on each other.<sup>96</sup>

The *Aleksovski* scheme is applicable before the ICC. Like the ICTY and other international criminal tribunals the ICC has a two tier system of chambers (three levels counting the Pre-Trial Chambers)<sup>97</sup> and the Appeals Chamber also has the task of correcting errors of fact and errors of law.<sup>98</sup> Therefore the structure that would allow for a system of precedent is also present here.

---

<sup>91</sup> *Idem.*

<sup>92</sup> *Idem.*

<sup>93</sup> *Idem.*

<sup>94</sup> See Nerlich, “The Status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before de ICC”, cit., pp. 310 and 311.

<sup>95</sup> *Aleksovski case* (Appeals Judgment).

<sup>96</sup> *Idem.*

<sup>97</sup> Rome Statute, no. 1, art. 34.

<sup>98</sup> *Ibidem*, art. 81.

However, what is more important is that there are human rights reasons, concretely due process reasons, to justify a system of precedents in the ICC. Like the *Aleksovski* decision stated, the right to appeal is part of a fair trial. Likewise certainly and predictability are important concerns which merit the implementation of a system of precedent in any criminal proceedings. This is also linked to the principle of legality which among other things seeks to achieve legal certainty.<sup>99</sup>

Moreover, the Rome Statute, unlike the ICTY Statute, in article 21 (2) expressly provides for a system of precedent. A lot has been said about how the use of the word “may”<sup>100</sup> does not establish an obligation to follow previous decisions, which is essential to any system of precedent and how this word was used as a compromise between States that wanted to include a system of precedent and those which opposed this view.<sup>101</sup> However, the reasoning in *Aleksovski* refutes this argument. As stated above, there may be convincing reasons for a court to abandon a particular legal principle;<sup>102</sup> therefore the word “may” could be interpreted to mean this possibility.<sup>103</sup>

The *Aleksovski* Chamber considered that ICL is different from other fields of general international law because the liberty of a person is at stake. This is even clearer in the Rome Statute than the ICTY; article 1 states this: “It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute...”. Therefore it would make sense for article 21 (2) to be construed in a way which is compatible with due process concerns.<sup>104</sup> This reading which follows from *Aleksovski* is in line with the principle of legality, the right to appeal and due process in general.<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup> *Sunday Times vs. UK* (1979), 2 EHRR 245. The elements of the Principle of Legality in the European case-law are accessibility and foreseeability.

<sup>100</sup> “Podrá” in the spanish version and “peut” in the french version.

<sup>101</sup> See Pellet, *op. cit.*, pp. 1065-1067; Degan, Vladimir-Djuro, “On the Sources of International Criminal Law”, *Chinese Journal of International Law*, 2005, p. 82; McAuliffe, *op. cit.*, p. 711.

<sup>102</sup> Píkis, *op. cit.*, p. 84. Noting that even in Common Law jurisdictions the use of precedent allows for some flexibility as established by the House of Lords.

<sup>103</sup> Damgaard, *op. cit.*, pp. 46, 50-56. Observing that this clause only recognizes a practice that is present in all of international law.

<sup>104</sup> See Gallant, Kenneth, “International Criminal Courts and the Making of Public International Law: New Roles for International Organizations and Individuals”, *Legal Studies Research Paper*, no. 11 and 12, p. 4. The decisions of the ICC are no longer a secondary source of law; they reflect *opinion juris* and are binding on due process issues.

<sup>105</sup> See *Lubanga case* (Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2)

## V. POSSIBLE COUNTERARGUMENTS

While researching for this article three arguments which would contradict the position expressed here were found. Firstly, there is ICL beyond the Rome Statute, so that article 21 is not the sole list of sources in this field. Secondly, there are multiple references to general international law in the ICC Statute and the use of decisions from other courts, especially in the field of human rights to interpret the applicable law of the ICC. These will be explained in turn.

Article 10 of the Rome Statute reads: “Nothing in this Part shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute”. This article alludes to the existence of norms of ICL which can be found outside of the ICC framework. Therefore, it could be argued that article 21 is not the only list of sources for this field.

The phrase “for purposes other than this Statute” could refer to tribunals that adjudicate state responsibility like the ICJ. It could also mean the other international or hybrid tribunals such as the *ad hoc* tribunals and the Special Court for Sierra Leone, although these do have jurisdiction over ICL cases. If this were so, the argument that customary international law has been excluded from ICL, would also be invalid since these other extra ICC sources could include it.<sup>106</sup>

However, even if there are other jurisdictions that may adjudicate over international crimes, this does not mean that they will not use the sources listed in article 21 of the Rome Statute. Triffterer believes that this would be the case when using treaties such as the Genocide Convention or the Torture Convention.<sup>107</sup> As seen above, these treaties are part of the applicable law in accordance to the ICC Statute.

According to Triffterer, this clause was included to allow for States to have jurisdiction over any international crimes, including those, which were not included into the Rome Statute. This could be done through traditional jurisdictional criteria or other forms of extraterritorial jurisdiction such as the *aut dedere aut judicare* formula included in several treaties.<sup>108</sup>

---

(a) of the Statute of 3 October 2006), no. 68. Pointing out that respect for due process is an important ingredient in the credibility of the ICC.

<sup>106</sup> See Schlütter, *op. cit.*, p. 290.

<sup>107</sup> Triffterer, Otto, “Article 10” in Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed., C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 532.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 533.

These other jurisdictions could have a basis other than the sources listed in article 21 and could also apply diverse sources of law. The *ad hoc* tribunals are a good example, since both were created through Security Council resolutions, which are not part of the list of applicable sources in the ICC.<sup>109</sup>

Even assuming that customary international law is no longer part of the sources of ICC, it could be claimed that this source could continue to be part of ICL in the other jurisdictions suggested by article 10. In other words, the sources listed in article 21 are only for the ICC, so other jurisdictions would not be excluded from using customary international law.<sup>110</sup> This argument has support in the way the Principle of Legality was included into the Rome Statute, article 22 (3) reads: “This article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under international law independently of this Statute”.

The second counterargument is linked to the first one. The ICC Statute includes several mentions to general international law, which would imply that all the sources mentioned in article 38 (1) would also be applicable, albeit by reference.<sup>111</sup> This can refer to three different types of norms: international law of armed conflict, international human rights law or general international law.

If these references mean treaties the counterargument fails because “applicable treaties” are part of the sources listed in article 21. Put differently, these particular scenarios would already be considered by the general rule, which would make these only individual examples of the more general norm.

This counterargument is directed specifically at the contention that customary international law is no longer a source of ICC. The term “International Law” alludes to any source in this field, which would include general international law. The problem with this reasoning is that it assumes that the ICC system of sources is closed, but in truth article 21 mentions several sources which can be found beyond the Rome Statute. The assumption would be that only the Rome Statute, the Elements of Crimes and the Rules of Procedure and Evidence are the only sources of ICC law. However, this is not the position upheld in this article.

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 533. Mentioning that the Security Council may still create other Ad Hoc Tribunals when it is not possible or convenient to take a situation before the ICC.

<sup>110</sup> Bennouna, Mohamed, “The Statute’s Rules on Crimes and Existing or Developing International Law”, in Cassese, Antonio; Gaeta, Paola and Jones, John R. W. D. (eds.), *op. cit.*, p. 1105.

<sup>111</sup> A word search revealed 26 mentions of “International Law” in the ICC Statute.

Even assuming that these vague references include customary international law, this does not mean that they are part of the ICC system. ICL was not created and developed in a vacuum; it is inevitable that norms from other legal systems or fields of law must be mentioned.

National law has several examples of references to foreign law; however, no one would claim that these norms are part of the legal system of a particular State. Extradition law is a clear example. In extradition proceedings there are several cases where the authorities have to apply foreign law, for example to establish double criminality,<sup>112</sup> to determine if a crime is political<sup>113</sup> or military<sup>114</sup> in nature, to consider whether amnesties or statutes of limitations apply.<sup>115</sup> These are simply references to foreign law, but they do not become part of the legal system of the extraditing State, even when the extraditing authority would need to apply foreign law to determine if the person can be handed over.

This counterargument and its implications are also applicable to Security Council resolutions and the United Nations Charter. According to the Rome Statute, the Security Council may refer a situation to the ICC acting under chapter VII of the United Nations Charter<sup>116</sup> and it may defer investigations or prosecutions in the same way.<sup>117</sup> As explained in the previous paragraphs these mentions do not mean that the resolutions and the Charter are part of the ICC list of sources. The Rome Statute only recognizes the existence of such power and it channels it through its own mechanisms.<sup>118</sup> The ICC drafters could not ignore that the Security Council has the power to create *ad hoc* tribunals, but it would be an exaggeration to suggest that this would make them part of the sources of the tribunal. In any case the United Nations Charter could be considered an applicable treaty in accordance to article 21 of the Rome Statute.

The third counterargument can be identified with the concept of cross-fertilization, which is the practice of citing decisions from different regional or international tribunals even when they adjudicate over different types

---

<sup>112</sup> UN Model Treaty on Extradition, UN GA Res 45/116, December 14th, 1990, art. 2.

<sup>113</sup> *Ibidem*, art. 3 a.

<sup>114</sup> *Ibidem*, art. 3 c.

<sup>115</sup> *Ibidem*, art. 3 e.

<sup>116</sup> Rome Statute, no. 1, art. 13 (b).

<sup>117</sup> *Ibidem*, art. 16.

<sup>118</sup> See *Tadic case* (Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction), ICTY-94-I-A, October 2nd, 1995.

of cases;<sup>119</sup> for example, when human rights tribunals cite cases from the ICTY.<sup>120</sup>

The ICC has not been exempt from this practice. There are several examples where the different chambers have looked to human rights tribunals, especially the European Court of Human Rights, to support a particular point of law. This practice is more prevalent regarding due process issues, such as the evidentiary thresholds of the confirmation of charges,<sup>121</sup> the legality of certain evidence when the right to privacy is at stake<sup>122</sup> or the limits of the right to legal counsel.<sup>123</sup>

Generally, the ICC has used decisions of the European Court on Human Rights to aid in the interpretation of its own statute. This would lead to the conclusion that it does not operate in isolation from other tribunals as suggested in this article. On the contrary, the independence of the system cannot be upheld if the ICC uses sources that are not recognized by its statute. This is the case with the decisions of other tribunals, since these are not present in article 21 of the ICC Statute.

However, in *Ruto* Pre-Trial Chamber II established a limit to the use of these decisions. These can only be cited when they represent principles or rules of general international law in line with article 21 (1) (a) and only to aid in the interpretation of the Rome Statute and particularly in due process issues. In this same case, the Chamber opted to use previous decisions of the ICC, which may lead to the conclusion that the practice will gradually disappear once more decisions are rendered.<sup>124</sup>

The counterarguments mentioned in this part could disprove the hypothesis presented in this article; however, the hypothesis which was presented has two alternatives. It has been argued that this system exists or that it is in a process of consolidation. In previous sections it was noted that the ICC has not established a clear position on issues such as the use of ICJ decisions or the application of customary international law. In any case, this

---

<sup>119</sup> Cassese, *op. cit.*, p. 45. “This gradual interpenetration and cross fertilization of previously somewhat compartmentalized areas of international law is a significant development: it shows that at least at the normative level the international community is becoming more integrated and –what is even more important– that such values as human rights and the need to promote the development are increasingly permeating various sectors of international law that previously seemed impervious to them”.

<sup>120</sup> See *Almonacid Arellano et al case* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs) Inter-American Court of Human Rights Series C No. 154, September 26th, 2006.

<sup>121</sup> *Lubanga case* (Decision on the confirmation of charges), no. 35.

<sup>122</sup> *Idem.*

<sup>123</sup> *Katanga and Ngudjolo case* (Decision on the confirmation of charges), no. 35.

<sup>124</sup> *Ruto et al case* (Decision on the confirmation of charges), no. 36.

may only mean that the system of sources is not fully developed, hence the second alternative hypothesis is still valid.

## VI. IT IS NECESSARY TO HAVE AN INDEPENDENT SYSTEM OF SOURCES FOR INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

To this point, five arguments have been presented on the existence of a system of sources for ICL and three arguments against this position. Article 21 of the ICC Statute is the list which comprises this system, according to this opinion. At the beginning of this article two hypothesis were presented, however the first of these may be discarded, since the system is not consolidated. After all, the second hypothesis seems to be proven at this point in time, since an exclusive system of sources of ICL seems to be taking shape. Having established this, in this part it will be held that this trend must continue in light of the principle of legality and the difference between state responsibility and individual responsibility.

A common thread in this study has been the importance that the principle of legality has had in the development of ICL, especially in the search for more precise sources of law. It is important to highlight some of the findings so far to make this point.

In the part where the sources of article 21 of the Rome Statute were addressed it was stressed that one of the reasons why a comprehensive list of sources was included was to provide for a precise description of the international crimes within the subject matter jurisdiction of the ICC.

In the next part, it was noted that even at the beginning of the development of ICL at Nuremberg, there was a concern for the principle of legality; this is especially the case in the Nuremberg Judgment, where the court took great pains to prove that crimes against peace preceded the Charter. This concern was also present during the *Ad Hoc* Tribunal era.

In the part where the five arguments in favor of an independent system of sources was presented it was held that customary international law was excluded from the Rome Statute since it was considered too vague a source of law within a punitive context. Nevertheless, it is probably more interesting to note that when customary international law has been used by the ICC it has been to limit the scope of a particular crime; such is the case of “other inhumane acts” which constitute crimes against humanity.

This interest in the principle of legality is also present in the rules of interpretation. More obviously the rule for strict construction was incorpo-

rated into article 22 (2) of the Rome Statute. Furthermore, article 21 (3) is also important because it provides of interpretation to be in line with international human rights law and the principle of non-discrimination, and is only expressly mentioned in the ICL setting. This makes sense because ICL applies directly to individuals, so unlike general international law, human rights are more relevant.

Likewise, article 21 (2) establishes some elements for a system of precedents. The reason is to give the accused before the ICC more certainty in the proceedings held against them. Certainty for the individuals is also a common element of the principle of legality and this clause.

The principle of legality and, more generally, individual responsibility, put ICL in a different light to the rest of International Law. While other fields, such as international law of armed conflict and international human rights law are also directed towards individuals, they focus on protecting them. ICL is different in that it is not meant to protect individuals, but to establish responsibility for the commission of international crimes (although it is undeniable that these crimes protect human interests). It is the only field where an individual can be held directly responsible for breaches of international law.<sup>125</sup>

The difference between state responsibility and individual responsibility also explains why general principles are different in general international law and ICL. For instance, it would not be possible to apply the principle of legality, the presumption of innocence or the *pro persona* rule to cases of state responsibility.<sup>126</sup> The sources listed in article 38 (1) of the ICJ Statute are insufficient for the purposes of ICL where a regard for due process is warranted. This was evidenced by the difficulty the *ad hoc* tribunals had in trying to establish their applicable law when all they had was the traditional sources of law envisioned for States, not individuals.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Also see, *Godínez Cruz case* (Merits), Inter-American Court of Human Rights, Series C, no. 5, January 20th, 1989. “The international protection of human rights should not be confused with criminal justice. States do not appear before the Court as defendants in a criminal action. The objective of international human rights law is not to punish those individuals who are guilty of violations, but rather to protect the victims and to provide for the reparation of damages resulting from the acts of the States responsible”.

<sup>126</sup> Perrin, *op. cit.*, pp. 29 and 37. Noting that the mechanisms and triggering forms of processes to establish state responsibility and individual responsibility have been historically very different.

<sup>127</sup> *Ibidem*, pp. 33-36; Also see, Verhoeven, J., “Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law”, *XXXIII Netherlands Yearbook of International Law*, 2002, pp. 16-18.

## VII. CONCLUSION

This study started with two hypotheses: article 21 of the ICC Statute sets up an independent system of sources for ICL. In the alternative, that the current trend is that the system is in place, but is still developing its independence from general international law.

It has been proven that the system for ICL sources is in place and is different from the traditional sources listed in article 38 (1) of the ICJ Statute. However, it could not be proven that this system is wholly independent. Particularly, the ICC still uses customary international law and decisions from human rights tribunals in its holdings despite the fact that neither are mentioned as part of its applicable law.

Additionally, article 10 of the Rome Statute opens the door for the development of ICL parallel to the ICC and its statute, which could include different sources of law.

Nevertheless, there does seem to be a trend towards greater independence between the sources of law in ICL and general international law. This is the result of the difference between state responsibility and individual responsibility, which results in a greater concern for certainty, respect of the principle of legality and due process when establishing individual responsibility. This in turn, would justify the growing difference between both fields, especially where sources of law are concerned.

## CAPÍTULO UNDÉCIMO

### INTER-REGIME RELATIONS BETWEEN THE WTO, ENVIRONMENTAL AND HUMAN RIGHTS LAW

Gerhard NIEDRIST

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *About dispute settlement in the WTO, environmental law and human rights law*. III. *International law in WTO dispute settlement*. IV. *WTO law in international dispute settlement*. V. *Coordination*. VI. *Concluding remarks*.

#### I. INTRODUCTION

Generally, the WTO is understood to be the success story of public international law. It has, with over 160 parties, nearly universal global coverage, relatively efficient structures and decision making processes, but especially an effective, flexible dispute settlement system. Since the foundation of the WTO this dispute settlement system has been used on about 500 occasions, far more than in any other system of global dispute settlement.<sup>1</sup>

However, the WTO is also the subject of great criticism because of its indifference in relation to other areas of international law. It is undoubted that the law of the World Trade Organization forms part as a specialized regime of public international law. Nevertheless, the question to what extent general public international law is applied within this framework of world trade law must be strictly separated from this.<sup>2</sup> Especially the application of environmental law and human rights law within the WTO is widely discussed in the academic literature.

---

<sup>1</sup> The International Court of Justice (ICJ) has decided 161 since 1945, the International Tribunal for the Law of the Seas (ITLOS) 23 since 1996.

<sup>2</sup> Böckenförde, Markus, "Zwischen Sein und Wollen-Über den Einfluss umweltvölkerrechtlicher Verträge im Rahmen eines WTO-Streitbelegungsverfahrens", *Zeitschrift für allgemeines öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 974.

International environmental law and international human rights protection have emerged alongside world trade law as specialized key regimes within public international law. They are the most important examples of a specialization of public international law which is increasingly carrying out tasks in substantive, international administrative law.

This article analyses the relationship between the regimes of the WTO, environmental protection and human rights law. I will focus on the characteristics of dispute settlement in the WTO and the other regimes and show how external law is incorporated into WTO law and how WTO jurisprudence is used by other dispute settlement regimes. I will argue that the WTO establishes a hegemony, which is based on the characteristics of its dispute settlement system and its general reservations to other areas of international law. On the other hand, I will claim that human rights law establishes a primacy over the WTO regime based on substantive law and the special characteristics of human rights litigation.

Finally, I will turn to the question of what coordination between these regimes should look like. I will argue that neither the United Nations nor the Vienna Convention on the Law of the Treaties (VCLT) are capable of effectively coordinating specialized regimes. However, I will show that customary international law on the harmonious interpretation between several international regimes seems to be emerging and suggest that regime coordination should rather be based on the rule of *lex specialis* than *lex posterior*.

## II. ABOUT DISPUTE SETTLEMENT IN THE WTO, ENVIRONMENTAL LAW AND HUMAN RIGHTS LAW

The history of the WTO, which was founded in 1995, dates back to 1947. Due to the political situation in the United States, the foundation of an International Trade Organization (ITO) was inconceivable, and as a consequence the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) was adopted provisionally as a mere commercial treaty and without any institutional background. Therefore, all decisions within the GATT had to be based on consensus between the contracting parties.<sup>3</sup> Despite the fact that a dispute settlement mechanism based on independent panels had already been established in the GATT 1947, its establishment, composition and even the adoption of the panel report had to be approved by consensus in the GATT Council. In

---

<sup>3</sup> In the GATT 1947, Contracting parties was intentionally written in capital letters to show the unity between the participating states.

the end, even the losing state had to agree to the panel report,<sup>4</sup> and in this context it is not surprising that judicial dispute resolution had only played a minor role. After all, GATT 1947 was an “organization”<sup>5</sup> based on political decisions, not judicial interpretation.

This institutional philosophy and way of working changed radically with the foundation of the WTO in 1995. The GATT, together with the new GATS and TRIPS, is still one of the cornerstones of the WTO’s substantive law. However, the most important element of the WTO is the fundamentally reformed dispute settlement system.<sup>6</sup> Generally, the WTO dispute settlement system is considered to be fast, flexible and effective through quasi-judicial procedures in panels. After all, reversing the rule of the GATT 1947, all WTO panel reports are considered as accepted unless they are not unanimously rejected by the WTO parties. As even the prevailing party had to agree to such a rejection, all dispute settlement reports are accepted, which led to a more legal and less politicized process. In general, the WTO is now governed by a rule-based legal approach.<sup>7</sup>

The dispute settlement procedure is governed by the Dispute Settlement Understanding (DSU).<sup>8</sup> According to its article 1.1 and its annex 1, the DSU is applicable to the WTO Agreement,<sup>9</sup> the GATT,<sup>10</sup> GATS,<sup>11</sup> TRIPS,<sup>12</sup> the DSU itself and according to a decision of the respective contracting parties also to the WTO’s plurilateral trade agreements. The main objective of the dispute settlement mechanism is to effectively resolve the conflict, whereby article 3.7 DSU expressly prefers a consensual resolution. In cases where a consensus is not possible, article 3.7 DSU provides for the withdrawal of the measures, compensation, and, as a last resort, suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements as possible

<sup>4</sup> Weiß, Wolfgang *et al.*, *Welthandelsrecht*, München, C. H. Beck, 2007, p. 124.

<sup>5</sup> As already mentioned, technically it was a treaty.

<sup>6</sup> Steinmann, Arthur, “Article 23: Strengthening of the Multilateral System”, in Wolfrum, Rüdiger *et al.* (comps.), *WTO-Institutions and Dispute Settlement. Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 557-562.

<sup>7</sup> Weiß, Wolfgang *et al.*, *op. cit.* pp. 125 y 126.

<sup>8</sup> Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 1869 U.N.T.S. 401.

<sup>9</sup> Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1867 U.N.T.S. 154.

<sup>10</sup> General Agreement on Tariffs and Trade 1947 (GATT), 55 U.N.T.S. 194; General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT), 1867 U.N.T.S. 187.

<sup>11</sup> General Agreement on Trade in Services (GATS), 1869 U.N.T.S. 183.

<sup>12</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), 1869 U.N.T.S. 299.

consequences of a violation of WTO law. The general objective is not to establish penalties for non-complying parties but to re-establish a situation according to the law.<sup>13</sup>

The organization of WTO dispute settlement is carried out by the Dispute Settlement Body, which constitutes a separate organ within the WTO but is in practice and its composition identical to the WTO's general council. Generally, the DSB decides by consensus between all parties.<sup>14</sup> The dispute settlement procedure itself is divided into two instances. The DSB establishes for each dispute a panel of three independent and external experts which decide according to article 7.1 DSU on the basis of the facts presented by the parties and the agreements cited by the parties. The Appellate Body (AB) acts as second instance, and appeals are limited to questions of law. The AB is composed of seven members and is, in contrast to the ad-hoc appointed panels, a permanent institution.

WTO dispute settlement is characterized by its speed and flexibility; procedures rarely last longer than a year including appeals. The dispute settlement process must start with thirty days of consultations between the parties, followed by the establishment of a panel by the DSB. The panel works according to quasi-judicial rules and procedures. However, their meetings are principally private, and even the parties to the dispute may only participate by invitation of their respective panel.<sup>15</sup> The panel submits its report to the parties, which may appeal within sixty to ninety days to the AB. The dispute settlement between the parties is concluded with a formal adoption by the DSB; however, the Panel or AB reports are adopted unless they are unanimously rejected by the DSB, which does not occur in practice.

A key provision of the WTO dispute settlement system is article 23 DSU, whose first paragraph stipulates the obligation of WTO members to resolve their conflicts according to the rules and procedures of the DSU. While article 23.1 DSU does not contain an expressly general prohibition of using other mechanisms of settling disputes, it is generally understood and accepted that the WTO Dispute Settlement process shall enjoy exclusivity.<sup>16</sup> In other words, according to the WTO, law WTO members may not recourse to methods of dispute settlement from other regimes of international law, as the WTO panel laid down in the case *US-Section 301*

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>14</sup> See art. 2.4, DSU.

<sup>15</sup> Weiß, Wolfgang *et al.*, *op. cit.* p. 142.

<sup>16</sup> Steinmann, Arthur, *op. cit.*, p. 559.

*Trade Act*: “In these circumstances, members have to have recourse to the DSU dispute settlement system to the exclusion of any other system, in particular a system of unilateral enforcement of WTO rights and obligations. This, what one could call «exclusive dispute resolution clause», is an important new element of Members’ rights and obligations under the DSU”.<sup>17</sup>

Other dispute settlement systems are more flexible in this regard. Article 33 UN Charter contains a comprehensive list of possible forms of peaceful settlement and states specifically that states can use “other peaceful means of their own choice”. Also the United Nations Convention for the Law of the Seas (UNCLOS), which was negotiated about the same time as the WTO, leaves in its article 280 the choice of means of dispute settlement to its member states.

The regime of international human rights protection is based mainly on the complaints of individuals against states, and therefore follows a different dynamic in its main aspects. However, most regional and universal agreements also contain the possibility of state-to-state complaints.<sup>18</sup> While every treaty contains its own rules and procedures, several methods, including negotiations and external judicial settlement e.g. via decisions by the ICJ, can generally be used.<sup>19</sup> Due to the absence of established dispute settlement institutions there are no specific rules on how states shall settle their conflicts in international environmental law. After all, in practice arbitration and in some cases recourse to the ICJ have proven to be the most common methods.<sup>20</sup>

Consequently, dispute settlement in environmental law is more diverse and heterogeneous than in WTO or human rights litigation. Both the ICJ

---

<sup>17</sup> WTO, *United States—Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, Panel Report, adopted 27 January 2000, DSR 2000:II, p. 815.

<sup>18</sup> It is important to note that these procedures have been used only very sporadically.

<sup>19</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights, “Human Rights Bodies-Complaints Procedures”, available at: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#interstate>.

<sup>20</sup> See inter alia, Trail Smelter Arbitration, (*United States vs. Canada*) 16.4.1938 and 11.3.1941; Indus Waters Kishenganga Arbitration (*Pakistan vs. India*), PCA Case no. 2011-01, Award 20.12.2013; South China Sea Arbitration (*Philippines vs. People’s Republic of China*), PCA Case no. 2013-19, Award 12.7.2016; International Court of Justice, Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Hungary vs. Slovakia*), Judgment of 25.9.1997, I.C.J. Reports, 1997, 7; International Court of Justice, Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (*Argentina vs. Uruguay*), Judgment of 20. 4. 2010, I.C.J. Reports, 2010, 14; International Court of Justice, Case concerning Whaling in the Antarctic (*Australia vs. Japan: New Zealand intervening*), Judgment, Judgment of 31. 3. 2014, I.C.J. Reports 2014, 226.

and the ITLOS have their own chambers for environmental law cases which, however, have not been used so far and most probably never will be used in the future.<sup>21</sup> Typically, environmental law cases have points of contact with other area of international law like world trade law, human rights, law of the sea or general law of treaties. It is for this reason that states involved in environmental disputes prefer to rely on general rather than highly-specialized dispute settlement bodies.<sup>22</sup> It seems that the regime of environmental law is more accustomed to taking several different regimes and points of view into account. In simple terms: they seem less selfish and rely more on general international law than human rights and especially the WTO regime.

Most of the environmental cases are decided by arbitration, but in *Gabčíkovo-Nagymaros*, *Kasikili/Sedudu Island*, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* and *Pulp Mill*, a number of cases decided by the ICJ also made strong references to international environmental law.

While other regimes in international law are flexible regarding the choice of the dispute settlement forum, the flexibility of the WTO is based on the rules and procedures within its own dispute settlement system. According to article 5 DSU, the parties may settle their disagreements at any stage of the dispute, even during the process at an already established panel, via good offices, conciliation and mediation. However, a condition is that this must be done within the framework of the WTO. Recourse to external means of dispute settlement is not allowed.

We can therefore summarize that the WTO dispute settlement system is characterized by a high degree of exclusivity. In this way, the WTO achieves a high level of uniformity in the interpretation of its own legal framework. On the other hand, however, it complicates the relationship with external regimes. Ultimately, many situations can be considered from a trade, human rights or environmental perspective. This claim to exclusivity and the resulting fragmentation must ultimately be seen as a struggle for hegemony by the WTO against other regimes in international law.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Boyle, Alan, "Environmental Dispute Settlement", in Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, Oxford-New York, Oxford University Press, vol. 3, 2012, pp. 561-571.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 564.

<sup>23</sup> Koskenniemi, Martti, "The Fate of Public International Law: between Technique and Politics", *The Modern Law Review*, vol. 70, no. 1, 2007, pp. 1-30.

### III. INTERNATIONAL LAW IN WTO DISPUTE SETTLEMENT

#### 1. *Theoretical concepts*

The relationship of substantive general international law to the regime of the WTO and its inclusion in it is the subject of an extensive academic theoretical debate, but has, however, not been resolved so far in practice. As the most extreme and isolationist position it is argued that the WTO represents a so called self-contained regime. Generally, self-contained regimes are understood as those areas of law, which via a peaceful dispute settlement, enforcement, rules of modification and reforms exclude general public international law partly or totally.<sup>24</sup> While the WTO regime might hypothetically fulfill this definition, it is illusory to think that it can exist even partially in isolation from general international law. While this would be theoretically possible, at its formation member states had to actively opt-out of general international law. However, neither state practice in the formation of the WTO nor in the subsequent practice can be understood in this regard.<sup>25</sup> In this same sense, the Appellate Body stated in the case US—Reformulated Gasoline, that the WTO agreement shall “not be read in clinical isolation of international law”.<sup>26</sup>

According to Koskenniemi, chairman of the Working Group on the Fragmentation of International Law, general international law fulfils at least two tasks. Firstly, it acts as a normative background under which a specialized regime can develop itself. Secondly, general international law serves as a backup in case the specialized regime fails. Accordingly, the WTO may not be seen as a self-contained regime and must therefore be considered under the rules of *lex specialis*.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Klein, Eckart, “Self-Contained Regime”, in Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 9, pp. 97-103; please also compare the usage of the term by the ICJ in Teheran-Hostage Case and the Nicaragua Case. International Court of Justice, case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*United States of America vs. Iran*), Judgment of 24. 5. 1980, I.C.J. Reports 1980 p. 41; International Court of Justice, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua vs. United States of America*), Judgement of 27.6.1986, I.C.J. Reports, 1986, p. 14.

<sup>25</sup> Pauwelyn, Joost, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *The American Journal of International Law*, vol. 95, no. 3, 2001, pp. 535-578.

<sup>26</sup> WTO, *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, Appellate Body Report, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, pp. 3-17.

<sup>27</sup> Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 99; Koskenniemi, Martti, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN, 2006.

How and to what extent general international law is applicable within the WTO dispute settlement procedures is still the subject of an extensive academic debate.<sup>28</sup> So far the majority view is that the WTO has minimal connections to general international law. Public international law serves only to clarify and specify certain terms within the WTO legal system. It is therefore limited to means of interpretation.<sup>29</sup> A similar position in the literature, but which goes slightly further, admits international law in general, but argues on the basis of article 3.2 and 19.2 DSU a primacy of WTO over general international law. The dispute settlement bodies could therefore apply international law, but could not in this way limit existing WTO law.<sup>30</sup> Pauwelyn has argued that international law should be generally applicable within the WTO; the dispute settlement bodies might also give external law primacy over WTO law. In the most open and receptive position, Petersmann suggests *de lege ferenda* to use the effective WTO dispute settlement system to effectively enforce human rights via its connection to international trade.<sup>31</sup>

So far, the comprehensive theoretical debate has not achieved any clarification regarding the application of general international law within WTO law. The respective practice in WTO dispute settlement mainly reflects the restrictive academic positions. As is expressly foreseen in article 3.2 DSU and in accordance with the customary rules of interpretation of public international law, general international law within the WTO has only been used for interpretative purposes and to clarify and specify the existing terms and provisions within WTO agreements. These general rules of interpretation are codified in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), which, despite by having been ratified by only 114 states so far, can be considered to be universally applicable to all states.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Hermann, Christoph *et al.*, *Welthandelsrecht*, Munich, 2007, p. 157.

<sup>29</sup> Trachtman, Joel P., "The Domain of WTO Dispute Resolution", *Harvard International Law Journal*, vol. 40, no. 1999, pp. 333-377; Palmeter, David and Mavroidis, Petros C., "The WTO Legal System: Sources of Law", *American Journal of International Law*, vol. 92, no. 1998, pp. 398 *et seq.*

<sup>30</sup> Bartels, Lorand, "Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings", *Journal of World Trade*, vol. 35, no. 3, 2001, pp. 499 *et seq.*

<sup>31</sup> Petersmann, Ernst Ulrich, "Human Rights and the Law of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, vol. 37, no. 2, 2003, pp. 241-281; Critically, Alston, Philip, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann", *European Journal of International Law*, vol. 13, no. 4, 2002, p. 815.

<sup>32</sup> International Court of Justice, Fisheries Jurisdiction Case (*Federal Republic of Germany vs. Iceland*), I.C.J. Reports, 1973, 49; International Court of Justice, Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Hungary vs. Slovakia*), *op. cit.*, para. 24 and 36; for a more detailed view see also, Aust, Anthony, "Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)",

The DSB uses the general rules of interpretation in an effective and contextual manner and has without any doubt contributed to their general development. Obviously, the WTO panels and particularly the permanent AB have developed their own characteristics and techniques of interpretation that take into account the specific circumstances of legal dispute settlement within the WTO. However, this practice does not apply to substantive, but rather to procedural rules, which constitute the normative background of international law.<sup>33</sup> The use of these general rules and background is generally accepted and has not led to any controversies within the WTO. In this very sense, the Panel in India —Measures Affecting the Automotive Sector has stated that “It is certainly true that certain widely recognized principles of international law have been found to be applicable in WTO dispute settlement, particularly concerning fundamental procedural matters”.<sup>34</sup>

## 2. *Environmental law and human rights law in WTO jurisprudence*

The WTO dispute settlement body has been very reluctant to apply external substantive law within its own legal regime and its dispute settlement process.<sup>35</sup> The majority view regarding the incorporation of substantial law is that WTO disputes must be resolved according to WTO law. In other words, the WTO establishes a supremacy in the application of its own legal system over other areas of public international law. This is, however, not a particularity of the WTO and is ultimately immanent to any specialized regime. Article 293 UNCLOS establishes that a tribunal having jurisdiction “shall apply this Convention and other rules of international law not incompatible with this Convention”.<sup>36</sup> Also the courts and supervising organs of the system of the international human rights protection apply only their own legal regimes and do not contain any references to norms of general public international law.<sup>37</sup> In other words, each specialized regime operates

---

in Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, vol. 10, 2012, pp. 709-714.

<sup>33</sup> Damme, Isabelle Van, *Treaty interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, pp. 379-386.

<sup>34</sup> *WTO-India—Measures Affecting the Automotive Sector*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, and Corr.1, Panel Report, adopted 5 April 2002, DSR 2002:V, p. 1827.

<sup>35</sup> Böckenförde, Markus, *op. cit.*, p. 992.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 974.

<sup>37</sup> Art. 32 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222; Art. 62 American Convention on Human Rights 1144 U.N.T.S. 123.

principally under its own laws and uses external sources primarily to the extent necessary to close legal gaps.

WTO Panels and the AB rely quite frequently on general international law in order to clarify their own legal provisions as in Article XX GATT and Article 2.2 TBT. However, this does not include the external agreements themselves as part of the WTO regime, but rather the underlying rules and considerations of the protection of animal and plant health.<sup>38</sup> It is therefore an application of the principle of interpreting its own WTO regime harmoniously with general international law.<sup>39</sup>

Specifically, the Panel in *US-Import Prohibition of certain shrimp and shrimp-products* recognized that external agreements like the 1992 Rio Declaration, the Agenda 21 or the Convention on Biological Diversity might be used to interpret terms of WTO law.<sup>40</sup> In *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, the AB recognized the tensions between World Trade on the one hand and questions of public health and environmental protection on the other. It also recognized that several types of policy measures might be necessary to achieve one policy objective.<sup>41</sup> The most recent case is the restriction of Chinese exports of rare earths. China has justified its restrictions, among other things, with the argument that the extraction of rare earths was harmful to the environment and human and animal health.<sup>42</sup> The WTO Panel acknowledged that mining rare earths might in principle be harmful to the environment, but finally concluded that the Chinese measures were not taken in order to protect life and the environment but rather because of protectionist trade purposes.<sup>43</sup>

One of the best known examples are the Tuna Cases between the USA and Mexico. Essentially, they deal with national US legislation which requires a “Dolphin Safe Label” for importing tuna, which is to ensure that no dolphins are killed as by-catch in commercial fishing. The normative background is the WTO agreement on technical trade barriers (TBT). Mexico

<sup>38</sup> Hermann, Christoph *et al.*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>39</sup> Damme, Isabelle Van, *op. cit.*, p. 357-360.

<sup>40</sup> WTO Panel Report, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R and Corr.1, adopted 6 November 1998, as modified by Appellate Body Report WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, p. 2821.

<sup>41</sup> WTO-*Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, Appellate Body Report, adopted 17 December 2007, DSR 2007:IV, p. 1527.

<sup>42</sup> Panel Reports, *China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/R and Add.1 / WT/DS432/R and Add.1 / WT/DS433/R and Add.1, adopted 29 August 2014, upheld by Appellate Body Reports WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R.

<sup>43</sup> *Ibidem*, para. 7.171 and 7.172-7.179.

did not meet the strict national US criteria but has, however, ratified together with the USA and other states the Agreement on the International Dolphin Conservation Program (AIDCP), which establishes its own less restrictive dolphin safe label. The main question in the last tuna case, which was issued in 2012, was the legal standing of the external AIDCP within the WTO regime. According to Article 2.4 TBT, WTO members shall use international standards where they exist. On this basis, Mexico won the case in first instance at the WTO panel, but finally the USA prevailed before the Appellate Body. According to the AB, the AIDCP does not establish an “international standardizing body” in the sense of Art. 2.4 TBT. In the AB’s view, an “international standardizing body” must be a subsequent agreement to the WTO in the meaning of Article 31 para. 3 VCLT and must be open to all WTO members.<sup>44</sup> This is nearly impossible to fulfill. Alongside 158 independent states, the independent customs territories of Hong Kong, Taiwan and the European Union<sup>45</sup> are also members of the World Trade Organization. However, environmental and other international agreements are normally not open to customs territories.

By this type of interpretation, the WTO establishes a kind of hegemony due to several reasons. WTO panels and the AB are bound by the DSU. The main objective of the DSU is not to establish a harmonious interpretation of general international law but rather to resolve a trade dispute and to harmoniously interpret between contradicting interests within the WTO regime. Consequently, both the non-permanent WTO panels and the permanent AB are composed of experts on international trade. According to Article 8.1 DSU, panel members must not even be (international) lawyers. Article 17.3 DSU requires that the seven members of the permanent AB have a “demonstrated expertise in law, international trade and the subject matter of the covered agreements generally”. Obviously, expertise in or knowledge of environmental, human rights or general international law is not required. As the WTO in general and the DSU in particular are also quite reluctant to incorporate general international law, it seems obvious that both the Panels and AB stick to what they know: interpreting the

---

<sup>44</sup> WTO, *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, Appellate Body Report, adopted 13 June 2012, DSR 2012:IV, p. 1837; Shaffer, Gregory, “United States Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products”, *American Journal of International Law*, vol. 107, no. 1, 2013, pp. 192-199. Please see also art. 104 of NAFTA, which recognizes expressly several environmental and conservation agreements, even if they were not ratified by the NAFTA parties.

<sup>45</sup> The EU takes a special position, as it carries out its tasks within the WTO together with its 28 members, which are also members to the WTO.

WTO agreements. In the end, it is trade experts deciding to what extent certain environmental agreements are applicable in WTO dispute settlement. They decide whether the Chinese measures were indeed about protecting the environment and it is up to them, not the AIDCP, to protect dolphins in Mexican waters.

All this leads to what Hestermeyer has called a de facto hierarchy of regimes.<sup>46</sup> The WTO has developed a WTO-first policy, which is based principally on procedural rules, the effectiveness of the WTO dispute settlement system and a restrictive interpretation of external, non-WTO sources.

### 3. *Human Rights Law*

The incorporation of international human rights law into the WTO regime differs significantly from environmental law. In contrast to environmental protection, no general exceptions or mentioning of human rights can be found within the WTO agreements. In general, both the political and the academic debate regarding the relationship between trade and human rights are more emotional and controversial.

Some authors, most remarkably Marceau, argue that the WTO has a reluctant relationship to human rights law. Marceau proposes that a WTO panel or the AB should interpret the WTO provisions by taking into account relevant human rights law. The intention should be to avoid conflict<sup>47</sup> between human rights and trade law and guarantee a harmonized interpretation between the different regimes. However, in cases of true conflict, where such a harmonized interpretation between human rights law and WTO law is not possible, WTO law shall prevail.<sup>48</sup>

The main proponent of the counter position is Pauwelyn. According to him, commitments that states have undertaken within the WTO are of a reciprocal, bilateral nature. If both parties in a WTO dispute are also part of a relevant human rights treaty, then these provisions must be directly applicable in WTO dispute settlement. Where not all parties are part of relevant human right treaties, human rights obligations, which are in general of an integral, collective character, must prevail.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Hestermeyer, Holger, *Human rights and the WTO: the Case of Patents and Access to Medicines*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 193-197.

<sup>47</sup> Marceau, Gabrielle, "WTO Dispute Settlement and Human Rights", *European Journal of International Law*, año 13, no. 4, 2002, pp. 753-814.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 762-795.

<sup>49</sup> Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, p. 545.

The relevant practice in WTO dispute settlement and of WTO members mainly reflects the position of Marceau, which can, again, be summarized as WTO first. However, until now conflicts between human rights and WTO law have played only a minor role in WTO dispute settlement. In contrast to environmental law, human rights law has not been applied directly by panels or the AB so far.<sup>50</sup> Human rights arguments have been brought forward only occasionally in some disputes. In *US-Hormones Beef*,<sup>51</sup> the European Union argued the precautionary principle in questions of public health. In *US-Massachusetts Myanmar Legislation*, dispute settlement proceedings were initiated, as due to human rights reasons Massachusetts excluded all bidders which had relations to Myanmar from public procurement procedures.<sup>52</sup> However, the law was repealed by the US Supreme Court before a WTO panel could be established.<sup>53</sup>

The best-known example regarding the relationship between WTO law and human rights protection is access to essential medicines, where there is a conflict of interests between the protection of patents and intellectual property according to the WTO and the TRIPS on the one hand and the human right to health and to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, according to articles 12 and 15(b) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). When Brazil compulsorily licensed medicines in order to fight HIV/AIDS, dispute settlement proceedings at the WTO were initiated by the USA. However, the dispute was settled amicably before a judicial decision of the case could be issued by a WTO panel.<sup>54</sup> Ultimately, the conflict was settled via a waiver<sup>55</sup> which grants the possibility to issue compulsory licenses and is therefore the result of a political compromise.<sup>56</sup> For that reason, the standing of human rights within WTO dispute settlement still lacks legal clarification within

---

<sup>50</sup> Joseph, Sarah, *Blame it on the WTO? A Human Rights Critique*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 50.

<sup>51</sup> WTO, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Appellate Body Report, adopted 13 February 1998, DSR 1998:I, p. 135.

<sup>52</sup> WTO-United States-Measure Affecting Government Procurement, WT/DS88 and WT/DS95, Authority for panel lapsed.

<sup>53</sup> US Supreme Court, *Crosby vs. National Foreign Trade Council*, 530 U.S. 363 (2000); See also Weiß, Wolfgang *et al.*, *op. cit.*, p. 514.

<sup>54</sup> WTO-*Brazil-Measures Affecting Patent Protection*, WT/DS199, settled or terminated (withdrawn, mutually agreed solution) on 5 July 2001.

<sup>55</sup> See also the Doha Ministerial Declaration. WTO-Declaration on the TRIPS agreement and public health, WT/MIN(01)/DEC/2.

<sup>56</sup> Harrison, James, *The Human Rights Impact of the World Trade Organization*, Oxford-Portland, Hart, 2007, pp. 165-171.

dispute settlement. Nevertheless, and taking into account previous practice of WTO settlement, anything other than a reluctant position towards human rights law on the part of the WTO would be a surprise.

#### IV. WTO LAW IN INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT

So far, dispute settlement organs of other regimes in international law have made references to WTO case law on about 150 occasions.<sup>57</sup> This demonstrates that the WTO, beside its success and internal effectiveness, also exerts a relatively great influence on other regimes in international law. However, if one analyses these cases in more detail it can be seen that references to the WTO have been made almost entirely in the areas of protection of investment, regional trade agreements or in the field of intellectual property. Accordingly, 42 references to the WTO were made by the Andean Community Court of Justice, 31 by NAFTA chapter 19, 20 by the ICSID, 12 by NAFTA chapter 11, 9 by the Mercosur and 8 by the WIPO Arbitration and Mediation Center.<sup>58</sup> The reasons for dispute settlement organs of other regimes to take recourse to WTO jurisprudence lie on the one hand in a wish to clarify their own legal terms, and on the other hand to ensure a coherent and harmonious interpretation of their own legal system with WTO rules.<sup>59</sup> It is generally noteworthy that, as far as can be seen, no dispute settlement system of either related or non-related areas to the WTO contains an obligation to take WTO jurisprudence into account.<sup>60</sup>

It is therefore a kind of consideration that has no positive normative basis in either the respective agreements nor the VCLT.<sup>61</sup> It is rather a consideration comparable with the “single undertaking approach” of the World Trade Organization, which is intended to guarantee a harmonious and integrated interpretation between the various agreements within the WTO.<sup>62</sup> We can assume that similar customary law regarding a harmonious interpretation is currently emerging for cases between other regimes and the WTO.

<sup>57</sup> Marceau, Gabrielle *et al.*, “The WTO’s Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation”, *Journal of World Trade*, vol. 47, no. 3, 2013, pp. 481-574.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 484 and 531.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 489.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 532.

<sup>61</sup> Petersmann, Ernst-Ulrich, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Martinus Nijhoff, 1997, p. 48.

<sup>62</sup> See art. II. 2 and 3 of the WTO Agreement.

However, until now the influence of WTO jurisprudence has remained limited to its own commercial and trade law regime and other related areas. International environmental protection lacks effective dispute settlement institutions; an influence of the WTO cannot occur already from that point of view. Other, non-related international regimes contain only very few references to WTO jurisprudence. In international human rights law, neither the European, American, African nor the universal human rights systems have made any references to world trade law within their judicial and quasi-judicial decisions. Only in the area of general international law have the Permanent Court of Arbitration in 7 cases, the ICJ in 4 cases and the ITLOS in one case made references to the WTO.

In its Nicaragua Case the ICJ used Art XXI GATT to interpret the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between Nicaragua and the United States.<sup>63</sup> A similar reasoning was used by Judge Rigaux in his separate opinion in the Oil Platforms case.<sup>64</sup> In the Pulp Mills on the River Uruguay case, the judges Al-Khasawneh and Simma in their dissenting opinion pointed out that in the case the ICJ had lost an opportunity to involve external experts in its decision-making process, a practice which has been used by the WTO in a variety of its decisions.<sup>65</sup>

In his separate opinion in the Gabčíkovo-Nagymaros case, Judge Weeramantry pointed out that development must be carried out in harmony and accordance with the environmental principles of public international law. This principle of sustainable development is part of several international agreements, declarations, general state practice and of several founding treaties of international organizations, including the WTO.<sup>66</sup>

Generally it can be observed that the regime of international human rights protection acts more self-confidently than other specialized regimes. Discussions regarding the relationship to other areas of international law, especially regarding the WTO, normally do not take place in human rights law. In this sense, the Committee on Economic, Social and Cultural Hu-

---

<sup>63</sup> International Court of Justice, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua vs. United States of America*), para. 221 and 222.

<sup>64</sup> International Court of Justice, Oil Platforms (*Islamic Republic of Iran vs. United States of America*), Judgment of 6 November 2003, *Separate Opinion of Judge ad hoc Rigaux*, I.C.J. Reports 2003, 362.

<sup>65</sup> International Court of Justice, Pulp Mills on the River Uruguay (*Argentina vs. Uruguay*), Judgment of 20 April 2010, *Joint dissenting opinion Judges Al-Khasawneh and Simma*, I.C.J. Reports, 2010, 108.

<sup>66</sup> International Court of Justice, Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Hungary vs. Slovakia*), Judgment of 25.9.1997, *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry*, I.C.J. Reports, 1997, 88, para. 28, pp. 92 and 93.

man Rights has observed that all states must take their obligations regarding the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights into account when they conclude international treaties or join an international organization.<sup>67</sup>

So far, no human rights body has made reference to WTO jurisprudence. However, the European Court of Human Rights in particular has developed in its jurisprudence a tendency to monitor the acts and omissions of international organizations with regard to human rights violations. In its Kadi cases, the European Court of Justice reserved its right to review sanctions issued by the UN Security Council under Chapter VII of the Charter.<sup>68</sup> A similar case, although not with the same level of clarity as the one at the European Court of Justice, was decided by the UN Human Rights Committee in *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium*.<sup>69</sup> In the Eurocontrol,<sup>70</sup> European Patent Office<sup>71</sup> and European Space Agency cases,<sup>72</sup> the ECtHR and the German constitutional court have requested human rights standards within several international organizations. In its Solange decisions, the German Constitutional Court requested adequate protection of fundamental rights comparable to German Law.<sup>73</sup>

Given this emerging jurisprudence, no reasons can be seen why in a comparable case human rights law would not also be applicable against the WTO.<sup>74</sup> While it is true that the WTO, like any other international organization, is not a member of any human rights treaty, there are no doubts that

---

<sup>67</sup> Joseph, Sarah, *Blame it on the WTO? : A Human Rights Critique*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011, p. 54.; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights, General Comment no. 14 (11.8.2000), E/C.12/2000/4.

<sup>68</sup> European Court of Justice, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission*, (Kadi I), C-402/05P, Judgement of 3.9.2008; European Court of Justice, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Council and Commission*, (Kadi II), C-584/10P, Judgement of 18.7.2013.

<sup>69</sup> *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium*, Communication no. 1472/2006, U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006 (2008).

<sup>70</sup> Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court), *Eurocontrol*, BVerfG, 23.06.1981-2 BvR 1107/77, 1124/77, 195/79.

<sup>71</sup> Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court), *case Rechtsschutz gegen Maßnahmen des Europäischen Patentamts*, BVerfG, 2 BvR 2368/99.

<sup>72</sup> European Court of Human Rights, *case of Beer and Regan vs. Germany* (Application no. 28934/95), 1999; European Court of Human Rights, *case of Waite and Kennedy vs. Germany* (Application no. 26083/94), 1999.

<sup>73</sup> Bundesverfassungsgericht (German Constitutional Court), *case Solange I*, BVerfGE 37, 271 ss.

<sup>74</sup> Joseph, Sarah, *op. cit.*, p. 54.

the member states can be held subsidiarily liable for human rights violations of the WTO, based on their national human right commitments. Possible exceptions to human rights obligations are very restrictive and normally only permitted under specific exceptional circumstances like in a state of emergency. It is unthinkable that a state could excuse its human rights obligations because of its incompatible, human rights obligations. In other words, while it is arguable and debatable that human rights might limit TRIPS (and other WTO obligations) in WTO dispute settlement, it is impossible that TRIPS would limit to access to essential medicines in a human rights judicial forum.

The influence of material human rights litigation can also be observed on a series of measures undertaken by the South African government in the struggle against HIV/AIDS, including, as in Brazil, the compulsory licensing of essential medicines. With the diplomatic support of the US government, forty pharmaceutical enterprises filed a claim at the Pretoria High Court because of violations of the South African Constitution and the TRIPS.<sup>75</sup> In addition to the effect of public pressure, the pharmaceutical enterprises also withdrew their claims because the right to public health is very well and strongly incorporated into the South African constitution and the South African Constitutional Court has already ruled in several occasions in favor of economic and social human rights.<sup>76</sup> Finally, and as in the case with Brazil, the issue was resolved at a political level via the Doha Declaration and subsequent waivers and exceptions.

From all the foregoing, we can observe that at judicial procedures before an international human rights body, human rights would prevail over trade in almost all cases. That means that beside the theoretical equality between the different sources of public international law, human rights law seems to have precedence within its own regime.<sup>77</sup> This establishes, as within the WTO regime, a factual hierarchy. However, it seems that unlike within the WTO, in human rights law this hierarchy is not based on procedural, but rather on material and substantive law and the exceptional objective of human rights law.

---

<sup>75</sup> Harrison, James, *op. cit.*, p. 158; Pharmaceutical company lawsuit (forty two applicants) against the Government of South Africa (ten respondents) NOTICE OF MOTION IN THE HIGH COURT OF SOUTH AFRICA (TRANSVAAL PROVINCIAL DIVISION) Case number: 4183/98.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>77</sup> Joseph, Sarah, *op. cit.*, p. 54.

## V. COORDINATION

So far, very few conflicts of the WTO with other regimes have occurred. Cases related to environmental law were able to be resolved within the WTO, while cases with contact to the human rights regime were resolved at a political level. On the other hand, WTO law has not played a significant role in human rights or environmental law jurisprudence until now. However, it can be expected that such conflicts, though not large in numbers, will evolve in the future to the legal stage, raising questions of how these regimes interact in international law. Therefore, some kind of coordination must be provided by international law.

It is important to understand that it is ultimately not the legal technicalities that make harmonious co-existence between different regimes in public international law more difficult. It is rather the social divisions and incompatibilities that emerge more strongly when public international law carries out specialized administrative tasks. Social ruptures between the regimes of the WTO and human rights or international environmental law are quite natural, as they might have incompatible objectives in the same or similar situations. In contrast, in regimes with similar intentions and objectives to human rights, the maintenance of peace and security or humanitarian law, these kind of ruptures are not to be expected.<sup>78</sup> The same is true for the WTO; NAFTA and other regional trade regimes might even be different in content, but they are nevertheless trying to accomplish the same objective, the liberalization of trade. Their ruptures are therefore technical<sup>79</sup> and the existing jurisprudence focuses more on procedural issues. Between WTO law and human rights in environmental law there is, in other words, a collision of different rationalities within a globalized society.<sup>80</sup> It is therefore important to note that fragmentation takes place in a social context. The best that law can offer here is to mediate and conciliate between the several fragmented subsystems.<sup>81</sup>

In the end, such coordination can only be carried out by international constitutional law. However, a new concept of the reading and understand-

---

<sup>78</sup> Fischer-Lescano, Andreas and Teubner, Gunther, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 999-1049.

<sup>79</sup> Gantz, David A., "Dispute Settlement under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties", *American University International Law Review*, vol. 14, 1998, p. 1025.

<sup>80</sup> Fischer-Lescano, Andreas and Teubner, Gunther, *op. cit.*, p. 1017.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 1045.

ing of such coordination must be found. Over centuries, international law was dominated and carried out by nation states,<sup>82</sup> meaning that national law regulated national problems, while international law was limited to coordination and regulation between sovereign states. In contrast, modern international law is based on specialized regimes like the WTO, environmental and human rights law, and has direct regulatory implications within the concept of global administration and global administrative law. After all, international administration of this kind must be coordinated by an international constitution, not the other way round.<sup>83</sup>

Often, the Charter of the United Nations is called upon to be the constitution of public international law.<sup>84</sup> However, the constitutional authority of the United Nations lies mainly in its universal membership, integrating nearly all states in the world, and especially in its possibility to adopt coercive measures. In other words, the UN's authority is based principally on substantive material law within its own regime to maintain international peace and security. At the UN, a coordinating function between several regimes can only be carried out by the International Court of Justice. However, while the ICJ undoubtedly has great legal authority, it lacks coverage and acceptance between the states, as only 72 states unilaterally recognize its compulsory jurisdiction, and as it has decided in its seventy years of history a little more than about cases. Moreover, the ICJ lacks flexibility. According to article 34 of its statute it is only open to states and does not possess the mechanisms to incorporate other subjects of organizations specialized in international law like the WTO, or even individuals.

The international law of treaties has more coordinating authority, which is based mainly on the 1969 Vienna Convention (VCLT) and on customary law. Although so far the VCLT has only been ratified by 114 states and is still lacking the ratification of such important states as the USA and France. In general, in international law it seems to be undisputed that the VCLT reflects existing customary international law. However, the preamble and as well articles 3 (a) and 4 of the VCLT seem to suggest that the scope of customary law on treaties might go further than the rules contained in the Vienna Convention. A detailed analysis of the customary status of the VCLT would be beyond the scope of this contribution. Ultimately, the question

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 1008; Kuo, Ming-Sung, "Between Fragmentation and Unity: the Uneasy Relationship between Global Administrative Law and Global Constitutionalism", *San Diego Int'l L J*, vol. 10, 2008, pp. 439 and 447.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>84</sup> Fassbender, Bardo, "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 36, 1998, p. 529.

whether a specific norm of the VCLT can also be qualified as customary international law must be answered case-by-case in a specific litigation.<sup>85</sup> Article 30 VCLT can be considered as a codification of the universally accepted maxims *lex posterior*, *lex superior* and *pacta terti*. There is no jurisprudence on the relationship between article 30 VCLT and customary international law in international legal practice. In the end, the customary status of article 30 VCLT depends from the scope and extent of these maxims in general international law.<sup>86</sup>

Article 30 VCLT regulates the application of successive treaties relating the same subject matter. Article 30 para. 3 VCLT covers the case when all parties to an earlier treaty are also party to a later, contradicting treaty. In this case, the later shall prevail. However, its application to the relationship of the WTO to other regimes of international law is not possible, as it is factually impossible for all members of the WTO to be signatories of another treaty. Article 30 para. 4 VCLT covers the similar case which occurs when not all parties of an older treaty are also parties to a new treaty. In this case, the newer treaty shall be applied between its members, while the older treaty still applies between the other states. It is, in short, a codification of the *lex posterior derogat legi priori* principle.

Pauwelyn describes such cases where two modern, concurring international regimes like WTO, human rights or environmental law enter into conflict as “hard cases”. These modern types of regimes are normally designed as framework agreements which can be adopted without formal treaty modification and are in a constant process of evolution.<sup>87</sup> It seems obvious that the *lex posterior* rules of articles 30 paras. 3 and 4 VCLT are not capable of resolving the problem effectively and cannot be applied in such conflicts, as this would make the harmonious coexistence of the different, constantly evolving regimes difficult.

According to article 31 VCLT, an international treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning of its context and purpose. It is this context that explains why different dispute settlement bodies interpret identical legal texts differently.<sup>88</sup> As is common within every dispute settlement institution, the WTO has also developed its own specific practice of interpretation under Article 31 VCLT. In general and within its

<sup>85</sup> Aust, Anthony, “Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)”, *op. cit.*

<sup>86</sup> Orakhelashvili, Alexander, “Article 30 Convention of 1969”, in Corten, Olivier y Klein, Pierre (comps.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011, pp.764-803.

<sup>87</sup> Pauwelyn, Joost, *op. cit.*, p. 545.

<sup>88</sup> Damme, Isabelle Van, *op. cit.*, p. 213.

own regime, the AB is characterized by having established a flexible style of interpretation<sup>89</sup> on a case by case basis, taking into account reasonable state parties.<sup>90</sup>

On the other hand, the WTO has been quite reluctant to incorporate external law via article 31 VCLT. In both the Biotech<sup>91</sup> case and the most recent Tuna case,<sup>92</sup> the dispute settlement body required that an external agreement must be open to all WTO members and, just like in article 30 VCLT, be subsequent to the formation of the WTO. As we have already noticed, it is nearly impossible to meet these conditions, and article 31 VCLT is therefore also inappropriate for coordinating effectively between the WTO and other regimes.

Finally, article 41 VCLT establishes the possibility that two parties to a multilateral treaty may modify the relevant provisions between each other, as long as this is not incompatible with the multilateral treaty as a whole. However, the main objective of the WTO Agreement is to liberalize trade on an integral, multilateral basis.<sup>93</sup> Additionally, the WTO system itself establishes the possibility of intensifying trade liberalization between the parties. It therefore seems unthinkable that such inter-se modifications according to article 41 VCLT would be permissible to the WTO agreement.

From all this it can be concluded that the VCLT is inappropriate for resolving inter-regime conflicts. Ultimately, the VCLT focuses too much on a temporal component based on the *lex posterior* rule. Additionally, if one consequently applies the Vienna Convention, article 18 VCLT regarding reservations must also be applied. This would result in a completely heterogeneous application of different legal regimes that could endanger the universality and coherence of the legal system of the WTO and other regimes.<sup>94</sup> It is ob-

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 216 and 221.

<sup>90</sup> WTO, *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, *cit.*, p. 18.

<sup>91</sup> WTO, *European Communities—Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, Add. 1 to Add. 9 and Corr. 1 / WT/DS292/R, Add. 1 to Add. 9 and Corr. 1 / WT/DS293/R, Add. 1 to Add. 9 and Corr. 1, Panel Report, adopted 21 November 2006, DSR 2006: III, p. 847.

<sup>92</sup> WTO, *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, Panel Report, adopted 13 June 2012, as modified by Appellate Body Report WT/DS381/AB/R, DSR 2012: IV, p. 2013.

<sup>93</sup> See, for example, the preamble to the WTO agreement, which sets as objectives of the WTO “to develop an integrated, more viable and durable multilateral trading system” and to “preserve the basic principles and to further the objectives underlying this multilateral trading system”.

<sup>94</sup> Böckenförde, Markus, *op. cit.*, p. 985.

vious that such a result was not intended by the parties when they founded the WTO.

It seems that the VCLT, which dates from 1969, does not have sufficient elements to deal with specialized regimes of modern international law. In other words: The VCLT still considers public international law as one homogenous legal system. This is, as Simma and Pulkowski also point out, a mistake.<sup>95</sup>

But what should effective coordination between different regimes look like? The WTO panel in *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry* has acknowledged that “[t]here is a presumption against conflicts in that parties do not normally intend to incur conflicting obligations”.<sup>96</sup> Accordingly, the WTO dispute settlement body uses external agreements to interpret its own legal provisions. In the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, Judge Weeramantry —with reference to the WTO— was also of the opinion that (economic) development must be carried out harmoniously with environmental law.<sup>97</sup> In those cases where external dispute settlement mechanisms referred to WTO law, coherence between the different regimes was one of the most decisive motivations.<sup>98</sup> This coherence is done without any legal basis, and even in cases when they have to balance their own legal system against the WTO. It seems that dispute mechanisms particularly try to avoid inconsistent and contradictory decisions.<sup>99</sup>

Apparently, a customary international law moving towards a coherent harmonious interpretation of international law between different regimes is emerging. However, one will have to wait until sufficient practice occurs for this emerging custom to become a generally recognized part of public international law. How such coordination between courts will work in practice still remains unclear in its main elements. The only concrete example in practice is the *MOX Plant Case*, which dealt with Irish worries about British nuclear activities on the Irish Sea coast in Sellafield. In order to resolve the issue, judicial proceedings were initiated at three different fora: The

---

<sup>95</sup> Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, no. 3, 2006, pp. 483-529.

<sup>96</sup> WTO, *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, Corr. 1 and Corr. 2, Panel Report, adopted 23 July 1998, Corr. 3 and Corr. 4, DSR 1998: VI, p. 2201.

<sup>97</sup> International Court of Justice, Case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry*, *op. cit.*

<sup>98</sup> Marceau, Gabrielle *et al.*, *op. cit.*, p. 490.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 492 and 493.

Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR), the UNCLOS (both via provisional measures at the ITLOS and an Annex VII Tribunal) and the European Court of Justice. The case is remarkable because of UNLCOS' Annex VII Tribunal procedural measures. While it decided to uphold provisional measures issued by ITLOS, it suspended its own proceedings until it had a clearer picture of the issue regarding European Union law.<sup>100</sup> According to the Annex VII Tribunal, the European Court of Justice had a better view of this subject matter and consequently the case was decided by the European Court.

This means that the Annex VII Tribunal suspended its jurisdiction voluntarily because another dispute settlement institution had a better view of the case. In the end, this is an application of the *lex specialis* principle, which seems to be more suitable for resolving inter-regime conflicts.

## VI. CONCLUDING REMARKS

The WTO dispute settlement system is characterized by its speed, flexibility, efficiency and acceptance. Proceedings before the WTO panels and the AB rarely last longer than a year, but can also be settled amicable at any stage of the process. The downside of this success story is that via its rules and procedures the WTO has developed a kind of hegemony: it does not allow states a choice of forums or recourse to other means of dispute settlement.

The application of external international law within the WTO has not been resolved in detail. Nevertheless, the WTO has developed a very reluctant position, recognizing procedural rules of interpretation and substantive provisions only for clarifying its own WTO legal terms. An important and decisive motive is to guarantee the harmonious application and interpretation of public international law.

So far, external dispute settlement institutions have made reference to WTO jurisprudence on about 150 occasions. Here too, a coherent harmonious interpretation of public international law between different regimes was one of the most important motivations. However, nearly all practice is limited to WTO-related regimes, references of environmental law cases are limited to separate and dissenting opinions, and the regime of international human rights protection has not yet made any reference to the WTO.

---

<sup>100</sup> Churchill, Robin R., "MOX Plant Arbitration and Cases", in Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, vol. 7, 2012, pp. 403-410.

However, based on general human rights practice we can assume that in a human rights forum, human rights would prevail over WTO law.

Neither the UN via the ICJ nor the VCLT are appropriate to effectively resolve conflicts between coexisting legal regimes. The VCLT considers public international law to be one homogenous legal system and does not contain sufficient elements to resolve conflicts between specialized regimes.

A possible solution could be the emerging customary international law regarding a harmonious interpretation of international law. The MOX Plant Case, still the only example of coordination between several dispute settlement systems, demonstrates how this could work in practice. Specialized regimes could be coordinated by dispute settlement institutions by applying the rules of *lex specialis*. As a backup and on a subsidiary basis, these rules could also be invoked in dispute settlement bodies of general international law like the ICJ.

## BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL, Duncan, “Hard and Soft Law un International Governance”, *International Organization*, núm. 54, 2000.
- ABRAMOVICH, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Aportes DPL, Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, año 5, vol. 6, núm. 16, diciembre de 2012.
- ACCIOLY, Hildebrando, *Tratado de derecho internacional público*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés, “Alcance de la competencia contenciosa de la CIDH a la luz del art. 23 de su reglamento”, *14 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009.
- ALARCÓN GARCÍA, Gloria, “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan Arrieta (dir.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje al profesor Álvaro Rodríguez Bereijo*, España, disponible en: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/El%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodríguezBereijo%20%20pre-print%2017%2002%202010.pdf>
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, “Orden público y derecho internacional: desarrollo normativo y déficit institucional”, en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Mariana y SALINAS DE FRÍAS, Ana, *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. 1, España, Universidad de Córdoba-Universidad de Sevilla-Universidad de Málaga, 2005.
- ALEXANDER ZAHAR, Göran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALFORD, Roger, “The Proliferation of International Courts and Tribunals. International Adjudication in Ascendance”, *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, citado en WEBB, Philippa, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford University Press, 2013.

- ALLARD, Julie, “Le dialogue des jurisprudences comme source du droit”, *Anthemis*.
- ALSTON, Philip, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La gobernanza del interés público global. Orden público europeo vs. orden público internacional de cada Estado”, expuesto en las *XXV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, celebradas en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, los días 19 y 20 de septiembre de 2013, disponible en: [https://www.academia.edu/6232084/\\_Orden\\_p%C3%BAblico\\_europeo\\_verus\\_orden\\_p%C3%BAblico\\_internacional\\_de\\_cada\\_Estado](https://www.academia.edu/6232084/_Orden_p%C3%BAblico_europeo_verus_orden_p%C3%BAblico_internacional_de_cada_Estado), consultado el 12 de septiembre de 2016.
- AMBOS, Kai, “General Principles of Criminal Law in the Rome Statute”, *10 Criminal Law Forum*, 1999.
- AMBRUS, Mónika, “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.
- ARAJÄRVI, Noora, “The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law”, *European Journal of Legal Studies*, 2007.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *El juicio de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Primer curso de derecho internacional público*, 7a. ed., México, Porrúa, 2013.
- ARMITAGE, Richard y NYE, Jr., Joseph, *CSIS Commission on Smart Power. A Smarter, More Secure America*, Nueva York, CSIS, 2007.
- ARRIGHI, Jean Michel, *La OEA y el derecho internacional*, México, Porrúa, 2015.
- ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- AYALA, Carlos, “Recepción de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por la jurisprudencia internacional”, *Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 7, 2004.
- BAKAN, Joel, “The Invisible Hand of Law: Private Regulation and the Rule of Law”, *Cornell International Law Journal*, vol. 48, 2015.
- 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.

- BALDWIN, Robert, *Rules and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- BARANDIARÁN, Javiera, “Researching Race in Chile”, *Latin American Research Review*, University of California, vol. 47, núm. 1, 2013.
- BARBERIS, Julio A., “Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 14, julio-diciembre de 1991, San José de Costa Rica, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vidh/cont/14/dtr/dtr1.pdf>, consultado el 28 de abril de 2015.
- BARBERIS, Julio, “La jurisprudencia internacional como fuente de derecho de gentes según la Corte de La Haya”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, Max-Planck-Institut, 1971.
- BARBERIS, Julio, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- BARTELS, Lorand, “Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings”, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 3, 2001.
- BAXTER, R., “International Law in her Infinite Variety”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1980.
- BAZÁN, Víctor, “Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XVIII, 2009.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MÜLLER UHLENBROCK, Klaus (coords.), *La juridificación de las relaciones internacionales. Un análisis plural*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Derecho internacional público*, México, McGraw-Hill.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Las fuentes del DPI”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, vol. II, UNAM, 2007.
- BENNOUNA, Mohamed, “The Statute’s Rules on Crimes and Existing or Developing International Law”, en CASSESE, Antonio *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, vol. I, Oxford, 2002.

- BETTATI, Mario, “Le «law-making power» de la Cour”, *Pouvoirs*, vol. 48, 1989.
- BIANCHI, A., “Ferrini v Federal Republic of Germany”, *American Journal of International Law*, 99, 2005.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia, J. B. Lippincott, 1893.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Markus, “Zwischen Sein und Wollen—Über den Einfluss umwelt Völkerrechtlicher Verträge im Rahmen eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens”, *Zeitschrift für allgemeines öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003.
- BOGDANDY, Armin von y VENZKE, Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, *German Law Journal*, vol. 12, 2010.
- BONELL, Michael Joachim, “Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005.
- BOSCHIERO, Nerina (ed.), *The International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, 2013.
- BOURDIEU, Pierre, “Habitus, code et codification”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, núm. 64, 1986.
- BOURDIEU, Pierre, “Le sens pratique”, *Revue Française de Sociologie*, Paris, Éditions de minuit, 1980.
- BOYLE, Alan, “Environmental Dispute Settlement”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, vol. 3, 2012.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.
- BUERGENTHAL, Thomas *et al.*, *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1994.
- CABAL, Luisa; ROA, Mónica y LEMAITRE, Julieta, *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Bogotá, Temis, 2001.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “La expansión de la jurisdicción internacional y su importancia para la realización de la justicia”, UN Audiovisual Library of International Law Lecture Series, video disponible en: [http://legal.un.org/avl/ls/Cancado-Trindade\\_HR\\_video\\_2.html](http://legal.un.org/avl/ls/Cancado-Trindade_HR_video_2.html)
- 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.

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “Separate Opinion in the Case Pulp Mills”, en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *The Construction of Humanized International Law. A Collection of Individual Opinion (1991-2013)*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, Augusto *et al.*, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana, derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2003.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Panorama y problemática de las fórmulas latinoamericanas para la atención de recomendaciones y ejecución de sentencias internacionales en materia de derechos humanos”, ponencia presentada en el *VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, diciembre de 2010.
- CARREAU, Dominique, *Droit international public*, París, Pédone, 2005.
- CASSESE, Antonio, “The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to Ascertain of General Principles of Law Recognized by the Community of Nations”, en YEE, Sienho y TIEYA, Wang (eds.), *International Law in the Post-Cold War World*, Routledge Studies in International Law, 2001.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.
- CASTAÑEDA, Jorge *et al.*, *Derecho económico internacional*, México, FCE, 1976.
- CEJIL, “El rol del Legislativo en la implementación de decisiones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, CEJIL, 2009.
- CETRA, Raísa y NASCIMENTO, Jefferson, “Contando monedas: el financiamiento del sistema interamericano de derechos humanos”, en BARRETO MAIA, Camila *et al.*, *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Colección de Justicia, 2015.
- CHENG, Bin, *General Principles of International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, New York, Cambridge University Press, 1951.
- CHINKIN, Christine, “Normative Development in the International Legal System”, en SHELTON, D. (ed.), *Commitment and Compliance. The roles of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- CIAMPI, A., “L’immunità de l’Etat responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes”, *Annuaire Français de Droit International*, LIV, 2008.
- CORTEN, Olivier y KLEIN, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: a commentary*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011.

- COVER, Robert M., *Justice Accused, Antislavery and the Judicial Process*, New Haven and London, Yale University, 1975.
- DAMGAARD, Ciara, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Springer, 2008.
- DAVIES, Howard y HOLDCROFT, David, *Jurisprudence. Texts and Commentary*, Buttherworths, London, Dublin Edinburgh, 1991.
- DE SENA, P. y DE VITTOR, F., “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, *European Journal of International Law*, vol. 16, núm. 1, 2005.
- DE VISCHERR, C., “Contribution à l’étude des sources du droit international”, *Mélanges Gény*, III, Paris, Sirey, 1934.
- DELLA MORTE, Gabriele, “Les tribunaux pénaux internationaux et les références à leur propre jurisprudence. *Auctoritas rerum similiter judicatarum?*”, en DELMAS-MARTY, Mireille *et al.* (dir.), *Les sources du droit pénal international*, París, Société de Législation Comparée.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 12a. ed., Madrid, Tecnos, 1999.
- DONDÉ MATUTE, Javier, *Principio de legalidad penal. Perspectivas de derecho nacional e internacional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.
- DULITZKY, Ariel E., *Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano*, disponible en: [www.bibliojuridica.org/libros/5/2061/10.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2061/10.pdf).
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- FAN, Mary, “Custom, General Principles and the Great Architect Cassese”, *Journal of International Criminal Justice*, 2012.
- FASSBENDER, Bardo, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Colum. J. Transnat’l L.*, vol. 36, núm. 3, 1998.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, en BASEDOW, Jürgen; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y MORENO RODRÍGUEZ, José A. (coords.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Biblioteca de Derecho de la Globalización, Asunción, La Ley Paraguaya CEDEP/Thomson Reuters, 2010.
- FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Gunther, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Mich. J. Int’l L.*, vol. 25, núm. 4, 2004.
- FRANCIONI, Francesco, “International «Soft Law»: a Contemporary Assessment”, en LOWE, Vaughan y FITZMAURICE, Malgosia (eds.), *Fifty Years of*

- the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996.
- FRIEDMANN, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967.
- 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*, Bruselas, Bruylant, 2007.
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, Yale University, 1969.
- GABČÍKOVO-NAGYMAROS PROJECT, *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry*, Hungría-Eslovaquia, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>
- GADIROV, Erkin, “Elements of Crimes”, en TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2a. ed., C. H. Beck/Hart/Nomos, 2008.
- GAMA Jr., Lauro, “Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. XVI, núm. 3, 2011.
- GAMA Jr., Lauro, *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004. Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Río de Janeiro, Renovar, 2006.
- GANTZ, David A., “Dispute Settlement under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, vol. 14, núm. 4, 1999.
- GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7005>.
- GARIBIAN, S. y PUPPO, A., “Acerca de la existencia del *ius cogens* internacional: una perspectiva analítica y positivista”, *Isonomía*, núm. 36, 2012.
- GARIBIAN, S., *Le crime contre l’humanité au regard des principes fondateurs de l’Etat moderne. Naissance et consécration d’un concept*, Universidad de Génova, LGDJ, 2009.
- GARIBIAN, Sévane y PUPPO, Alberto, *Normas, valores y poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, México, ITAM-Fontamara, 2010.
- GINGSBURG, Tom, “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 45, 2005.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1073>, ISBN 970-32-0813-4.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana, “Límites a la construcción de un «orden público europeo» en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, julio-diciembre, 2000, disponible en: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC\\_008\\_217.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_008_217.pdf), consultado el 28 de abril de 2015.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Private International Law in Latin America: from Hard to Soft Law”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011.
- 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.
- GRIECO, Joseph, “Anarchy and the Limits of Cooperation. A Realist Critique of the Newest Liberal Institutionalism”, en KEGLEY, Charles, *Controversies in International Relations Theory. Realism and the Neoliberal Challenge*, University of South Carolina, 1995.
- GUASTINI, R., “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, núm. 43, 2015.
- GUILLAUME Gilbert, *Separate Opinion in the Case Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, CIJ, 1996.
- GUILLAUME, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, 2011.
- GUILLAUME, Gilbert, *Les grandes crises internationales et le droit*, Le Seuil, 1994.
- HARRISON, James, *The Human Rights Impact of the World Trade Organisation*, Oxford, Portland, Or., Hart, 2007.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- HENRY DEEB, Gabriel, “The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: the Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, núm. 3, 2009.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho económico internacional*, México, Universidad del Rosario-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.
- HESTERMEYER, Holger, *Human Rights and the WTO: the Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007.
- JACOB, Marc, “Lawmaking through International Adjudication”, *German Law Journal*, vol. 12, 2010.
- JESTAZ, Philippe, *La jurisprudence, ombre portée du contentieux*, Dalloz-Sirey, 1989.

- JESTAZ, Philippe, *Les sources du droit*, 2a. ed., París, Dalloz, 2015.
- JOHNSON, Vanessa M., “Codification of the *Lex Mercatoria*: Friend or Foe?”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 21, núm. 2, 2015.
- JOSEPH, Sarah, *Blame it on the WTO? : a Human Rights Critique*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011.
- KAMMERHOFER, J., *Uncertainty in International Law. A Kelsenian perspective*, Oxon-New York, Routledge, 2010.
- KAMTO, Maurice, *Volonté de l'État et ordre public international*. Recueil des cours de droit international, t. 310, París, 2004.
- KAPLAN MORTON, A. y KATZENBACH, Nicholas, *Fundamentos políticos del derecho internacional*, México, Limusa-Willey, 1965.
- KARMEL, Robert S. y KELLY, Claire R., “The Hardening of Soft Law in Securities Regulation”, *Brooj. Internat. Law*, vol. 34, 2009.
- KELSEN, H., “Teoría del derecho internacional consuetudinario (1939)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 21, 1974.
- KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Porrúa, 1995.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM, 1982.
- KEOHANE, Robert O., “Cooperation and International Regimes”, en LITTLE, Richard y SMITH, Michael (eds.), *Perspectives on World Politics*, 2a. ed., Routledge, 1991.
- KESSEDJIAN, Cathérine, “The Codification of International Trade Law and Private International Law. Normative Governance through Transnational Economic Relations”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 300, 2002.
- KINGSBURY, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, 2005.
- KLABBERS, Jan, “The Redundancy of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, núm. 65, Netherlands, Kluwer Law International, 1996.
- KLEIN, Eckart, “Self-contained Regime”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- KLETZEL, Gabriela y BARRETO MAIA, Camila, “El desafío de complementariedad en la nueva arquitectura institucional en derechos humanos de América Latina”, en BARRETO MAIA, Camila *et al.*, *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Colección de Justicia, 2015.

- KOPELMANAS, L., “Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3o. du Statut de la Cour permanente de justice internationale”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1936.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, Report of the Study Group of the International Law Commission, ONU, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti, “The Fate of Public International Law: between Technique and Politics”, *The Modern Law Review*, vol. 70, núm. 1, 2007.
- KOSKENNIEMI, Martti, “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990.
- KRAJEWSKI, Markus, *Wirtschaftsvölkerrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2012.
- KUO, Ming-Sung, “Between Fragmentation and Unity: the Uneasy Relationship between Global Administrative Law and Global Constitutionalism”, *San Diego Int'l LJ*, vol. 10, 2009.
- LAUTERPACHT, Hersch, “Some Observations on the Prohibition of Non Liqueur and the Completeness of the Law”, en *Symbolae Verzijl*, Martinus Nijhoff, 1958.
- LAUTERPACHT, Hersch, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, Londres, The Lawbook Exchange, 2002.
- LAUTERPACHT, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, New York, Cambridge University Press, 1958.
- LE FLOCH, Guillaume, *L'urgence devant les juridictions internationales*, París, Pédone, 2008.
- LINDE PANIAGUA, Enrique *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, 2a. ed., Madrid, Colex, 2005.
- LÓPEZ HURTADO, Carlos, “¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del derecho internacional?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/10>.
- LOQUIN, Éric, “Les règles matérielles internationales”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 322, 2006.
- MAGALLÓN, Jorge Mario, “El orden público como sistema de solución al conflicto de leyes”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, julio-septiembre de 1965, t. XV, núm. 59, México, UNAM, 1966, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/59/dtr/dtr4.pdf>, consultado el 28 de abril de 2015.

- MARCEAU, Gabrielle *et al.*, “The WTO’s Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation”, *Journal of World Trade*, vol. 47, núm. 3, 2013.
- MARCEAU, Gabrielle, “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 4, 2002.
- MARIÑO, Fernando M., *Derecho internacional público. Parte general*, 3a. ed., Madrid, Trotta.
- MAROCHKIN, Sergey y NELAIEVA, Galina, “Law Making Capacity of International Tribunals”, *Tyumen State University Herald*, núm. 3, 2013.
- MARTÍN ARRIBAS, Juan José, “Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20052/pr/pr13.pdf>.
- MAYEDA, Graham, “Has Public Protest Gone to the Dogs? A Social Rights Approach to Social Protest Law in Canada”, 2014, disponible en: <http://socialrightscura.ca/documents/book/GM-protest.pdf>
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, “Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, REEI, 2004.
- MCAULIFFE DE GUZMÁN, Margaret, “Applicable Law-Article 21”, en TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2a. ed., C. H. Beck/Hart/Nomos, 2008.
- MEADOW, Alastair, “An Examination of the European Court of Human Rights Approach to Overruling Its Previous Cases”, *Human Rights Law Review*, vol. 9, 2006.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, “The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretations”, *The Oxford Handbook on International Human Rights*, 2013.
- MÉNDEZ SILVA, Ricardo, “La soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales”, en GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso (comp.), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1980.
- MERON, Theodor, “The Normative Impact on International Law”, en DINSTEIN, Yoram y TABORG, Mala (eds.), *War Crimes in International Law*, Martinus Nijhoff, 1996.
- METTRAUX, Guénaél, *International Crimes and Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005.
- MEZGRAVIS, Andrés A., “El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: especial

- referencia a Venezuela y otros países de América Latina”, en *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión, la Convención de NY 50 años después*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, disponible en: <http://www.mezgravis.com/El-orden-pub-uf-rev-07-08.pdf>.
- MICHAELS, Ralf, “The UNIDROIT Principles as Global Background Law”, *Uniform Law Review*, vol. 19, 2014.
- MILLS, Alex, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- MONROY CABRA, M. G., *Tratado de derecho internacional privado*, 6a. ed., Bogotá, Temis, 2006.
- MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, 1758, disponible en: [http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de\\_esprit\\_des\\_lois/de\\_esprit\\_des\\_lois\\_tdm.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html)
- MONZÓN, Luz Marina, “Reflexiones para el debate: las medidas cautelares”, *Aportes DPL, Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, año 5, núm. 16, marzo de 2012.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “Orden público y arbitraje. Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur”, *Lima Arbitration, Revista virtual del Círculo Peruano de Arbitraje*, Lima, núm. 2, 2007, disponible en: [http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose\\_antonio\\_moreno\\_rodriguez.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf).
- MUIR WATT, Horatia, “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 2, núm. 3, 2011.
- NASH ROJAS, Claudio, *La protección internacional de los derechos humanos*, Santiago, publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2006, versión corregida de las conferencias dictadas en el marco del Seminario Internacional, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales”, organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México, dirigida a funcionarios de la Suprema Corte, México, 1 y 2 de febrero de 2006.
- NIEDRIST, Gerhard, “Las cláusulas de los derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.
- NOLLKAEMPER, André, *National Courts and the International Rule of Law*, UK, Cambridge University Press, 2011.

- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros. Caso de los productos exportados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1976.
- ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho internacional público*, 3a. ed., Oxford, 2006.
- PALMETER, David y MAVROIDIS, Petros C., “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998.
- PALOU LOVERDOS, Jordi, “Crímenes de guerra contra españoles, ruandeses y congolese en África central (1990-2006): El conflicto de los grandes lagos desde la perspectiva de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, disponible en: [www.rei.org](http://www.rei.org)
- PAMBOUKIS, Charalambos P., “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 330, 2007.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2016.
- PAUWELYN, Joost, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *The American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 3, 2001.
- PELLET, Alan, “Applicable Law”, en CASSESE, Antonio *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- PEÑA NEIRA, Sergio, “Las fuentes del derecho internacional público, diversidad de tribunales internacionales y generación del Estado de derecho internacional público”, *Revista de Derecho Público*, Santiago, vol. 77, 2011.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del Estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, núm. 13, España, Universidad Complutense de Madrid, 2008.
- PÉREZ VERA, Elisa, “El concepto de orden público en el derecho internacional”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 7, España, 1984.
- PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Procès-verbaux of the proceedings of the Committee*, Advisory Committee of Jurists, June 16th – July 24th, 1920.
- PETERSMANN, Ernst Ulrich, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, núm. 2, 2003.

- PETERSMANN, Ernst Ulrich, “International Law and Constitutional Justice in International Investment Law and Arbitration”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2.
- PETERSMANN, Ernst Ulrich, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, UK, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- PEYRÓ LLOPIS, Ana, “Los mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Protocolo de Kioto”, en BROTONS, Antonio y FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María (eds.), *El cambio climático en el derecho internacional y comunitario*, España, Fundación BBVA, 2009.
- PIERRE Pescatore, “Aspects judiciaires de l’acquis communautaire”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981.
- PIKIS, George Michael, *The Rome Statute for the International Criminal Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- POSTNER, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- PUPPO, A., “El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2015.
- RAIMONDO Fabián, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff publishers, 2008.
- RASMUSSEN, Hjalte, *The European Community Constitution: Summaries of Leading EC Court Cases*, Handelshøjskolens Forlag, 1989.
- RAZ, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, Ediciones Coyoacán, 2011.
- RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, núm. 5, 1972.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmerán, México, UNAM, 1986.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- ROBLES DE LA ROSA, Leticia, “Crece hasta 400% agresión a mujeres reporta la Secretaría de Gobernación”, *Excelsior*, disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2013/02/14/884242>, consultado el 8 de enero de 2015.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y KAUFFMAN, Celeste, “De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos”, en BARRETO MAIA, Camila et al., *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Colección de Justicia, 2015.

- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1997.
- ROSAS, Pablo Enrique de, “Orden público internacional. Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 22, España, UNED, 2003, disponible en: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-2003-22-e63cc2cd&dsid=pdf>.
- ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Steven and Sons, 1956.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social. Ou principes du droit politique*, Metatlibri, 2007, disponible en: [http://www.ibiblio.org/ml/libri/r/Rousseau77\\_ContratSocial\\_p.pdf](http://www.ibiblio.org/ml/libri/r/Rousseau77_ContratSocial_p.pdf).
- RULE, Colin; DEL DUCA, Louis F. y NAGEL, Daniel, “Online Claim Dispute Resolution Developments—Progress on a Soft Law for Cross-Border Consumer Sales”, *Penn State International Law Review*, vol. 29, núm. 3, 2010-2011.
- RUSSELL, Diana, *Feminicidio. Una perspectiva global*, New York, Teachers College Press-Columbia University, 2006.
- SALAZAR, Katya y CERQUEIRA, Daniel, “Las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos antes, durante y después del proceso de fortalecimiento: por un balance entre lo deseable y lo posible”, en BARRETO MAIA, Camila *et al.*, *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Colección de Justicia, 2015.
- SALVIOLI, Fabián, “La judicialización del derecho internacional de la persona humana”, *Anuario Asociación Argentina de Derecho Internacional XVI 2007* Córdoba, Argentina, 2008.
- SÁNCHEZ, Nelson Camilo y LYONS CERÓN, Laura, “El elefante de la sala, el retraso procesal en el sistema de peticiones individuales del sistema interamericano”, en BARRETO MAIA, Camila *et al.*, *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Colección de Justicia, 2015.
- SCELLE, G., “Essai sur les sources formelles du droit international”, *Mélanges Gény*, III, Paris, Sirey, 1934.
- SCHABUDDEEN, Mohammed, “Precedent and the World Court”, *Cambridge Law Journal*, vol. 57, 1997.
- SCHAUER, F., “Pitfalls in the Interpretation of Customary Law”, en PERRÉAU-SAUSSINE, Amanda y BERNARD MURPHY, James (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford at the Clarendon Press, 1946.

- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho internacional público*, 23a. ed., México, Porrúa, 1999.
- SECRETARY GENERAL'S REPORT, "Rule of Law and Transnational Justice in Conflict and Post-Conflict Societies", UN doc. S/2004/616, ONU, Consejo de Seguridad, 2004.
- SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2010.
- SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional público*, 25a. ed., México. Porrúa, 2006.
- SHAFFER, Gregory C. y POLLACK, Mark A., "Hard vs. Soft Law. Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance", *Minnesota Law Review*, vol. 94, núm. 3, 2010.
- SHAFFER, Gregory, "United States Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products", *American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 1, 2013.
- SHAPIRO, Martin, "Judges as Liars", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, 1994.
- SHAPIRO, Martin, "A Theory of Stare Decisis", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, 5a. ed., Cambridge, 2003.
- SILVA MEZA, Juan N., "El diálogo jurisprudencial en la internacionalización de los derechos humanos: el turno de la justicia mexicana", *Un diálogo entre jueces. Trabajos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas Constitucionales y Regionales 2012*, México, SCJN-Alto Comisionado de la ONU en México para los Derechos Humanos, 2012.
- SIMMA, Bruno y PULKOWSKI, Dirk, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, 2006.
- SINDICO, Francesco, "Soft Law and the Elusive Question for Sustainable Global Governance", *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006.
- SORENSEN, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1973.
- STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana de Derechos Humanos*, México, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- STEINMANN, Arthur, "Article 23: Strengthening of the Multilateral System", en WOLFRUM, Rüdiger *et al.* (comps.), *WTO-Institutions and Dispute Settlement. Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

- 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.
- 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.
- SWART, Mia, *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for Former Yugoslavia and Rwanda*, PhD Research, University of Amsterdam, 2006.
- TAMANAH, Brian T., *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- THÜRER, D., “Soft Law”, en BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, 2000.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.
- TRACHTMAN, Joel P, “The Domain of WTO Dispute Resolution”, *Harvard International Law Journal*, vol. 40, núm. 1999.
- TREBILCOCK, Michael J. y DANIELS, Ronald J., *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Press, 2008.
- VAN DAMME, Isabelle, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009.
- VARÓN MEJÍA, Antonio, “Orden público internacional y normas *«ius cogens»*: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969”, *Diálogos de Saberes. Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales*, Bogotá, Universidad Libre, núm. 32, 2010, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3295808>.
- VAUCHEZ, Antoine, “Integration through Law, Contribution to a Socio-History of the European Political Commonsense”, *EUI Working Papers*, RSCAS, 2008.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, “Avances del derecho internacional público en tres vertientes significativas: la economía, el desarrollo y la negociación”, *Estudios Avanzados de Derecho Internacional Público en Ciencias Políticas y Sociales*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2008.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, “Construyendo una teoría internacional general de los actos jurídicos unilaterales del Estado”, *Estudios*

- avanzados de derecho internacional público en ciencias políticas y sociales*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2008.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *El derecho internacional público en la agenda política de las relaciones internacionales*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2005.
- 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.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *Temas selectos del nuevo derecho internacional*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 1994.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *Teorías, temas y propuestas para el estudio crítico de la organización internacional. Hegemonías, dependencia y cooperación en el sistema político mundial*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2011.
- VENZKE, Ingo, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Juris-generative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011.
- VERESCHCHTETIN, V., “Is Deceptive Clarity Better than Apparent Indecision”, *Liber Amicorum: Judge Mohammed Bedjaoui*, Martinus Nijhoff, 1999.
- VERHOEVEN, J., “Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, XXXIII, 2002.
- VIGO, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villy a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003.
- VIRALLY, Michel, “Fuentes del derecho internacional”, en SORENSEN, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1994.
- VITANYI, B., “Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de ‘principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées’”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1982.
- VOGENAUER, Stefan, “Sources of Law and Legal Method in Comparative Law”, en REIMAN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- WEISS, Wolfgang *et al.*, *Welthandelsrecht*, München, C. H. Beck, 2007.
- WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, TMC-Asser Press, 2005.
- ZEMANEK, Karl, “Is the Term «Soft Law» Convenient?”, *Lieber Amicorum Professor Seidl-Hohewaldern*, Kluwer Law International, 1998.

## AUTORES

ALBERTO PUPPO. Licenciado en derecho por la Universidad de Génova, Italia; doctor en filosofía analítica y teoría general del derecho por la Universidad de Milán, Italia.

ELBA JIMÉNEZ SOLARES. Doctora en derechos humanos por la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Madrid, España; y maestra en Derecho por la UNAM con vertiente en el área internacional.

GERHARD NIEDRIST. Doctor en ciencias jurídicas por la Universidad de Salzburgo, Austria, con especialidad en derecho internacional público, derechos humanos internacionales y derecho de la Unión Europea.

ILIANA RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ. Doctora en derecho por la UNAM, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II, de Conacyt. Profesora-investigadora internacionalista del Tecnológico de Monterrey campus Ciudad de México. Correo electrónico: *ilrodrig@itesm.mx*.

JAVIER DONDÉ MATUTE. Doctor en derecho penal internacional y comparado por la Universidad de Aberdeen, Gran Bretaña. Profesor-investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México; y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II.

JUAN CARLOS VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS. Profesor titular “C” de carrera por oposición en el área de derecho internacional, adscrito al Centro de Relaciones Internacionales (CRI) de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, y coordinador del Seminario Permanente de Derecho Internacional del mismo centro; profesor del posgrado de derecho de la UNAM. Doctor en relaciones internacionales y en ciencias políticas y sociales por la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Miembro de la International Law American Society (ILAS), de la International Studies Association (ISA), de la Academia de Ciencia Política de los Estados Unidos de América, y de la Academia Mexicana de Ciencias.

LAURA ALICIA CAMARILLO GOVEA. Doctora en derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España; cuenta con maestría en asuntos internacionales, diploma de estudios avanzados y título de especialista en derechos fundamentales por la UCLM, España. Actualmente es profesora de tiempo completo por oposición en la Facultad de Derecho campus Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California, donde imparte derecho internacional público y derecho internacional de los derechos humanos. Correo electrónico: [govea@uabc.edu.mx](mailto:govea@uabc.edu.mx).

LAURA ARACELI AGUZIN. Abogada, especialista en docencia universitaria, derecho de la integración y derecho administrativo, doctorando en derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Rosario. Profesora titular por concurso de la materia de derecho internacional público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Directora de la Sección de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional; investigadora de la UNL y asesora letrada de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe.

MARÍA MERCEDES ALBORNOZ. Profesora-investigadora del Centro de Investigación y Docencia Económicas, CIDE. Doctora en derecho por la Université de París II, Francia.

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN. Doctora en derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

PIERRE-GILLES BÉLANGER. Doctor en filosofía a cargo de un campo de estudio en el Centro de Derechos Humanos en América Latina. Estudiante de la Facultad de Derecho del Centro de Investigación y Educación de Derechos Humanos, Universidad de Ottawa.

SERGIO PEÑA NEIRA. Profesor de Derecho internacional público e investigador en el Centro Sociedad y Salud de la Universidad Mayor de Chile; Brandon Research Fellow, Lauterpacht Research Center (2017-2018), Universidad de Cambridge; Research Fellow, TLI, KCL. Doctor en Derecho por la Universidad Internacional de Andalucía, España y Ex. M.A. ASIR, Universidad de Ámsterdam, Países Bajos.

VIRGINIA PETROVA GEORGIEVA Doctora en derecho internacional por la UNAM, experta en derecho internacional público. Profesora de carrera asociado ordinario nivel "C" de tiempo completo de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM.

*Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 26 de noviembre de 2018 en los talleres de Litográfica Dorantes, S. A. de C. V., Oriente 241-A 29, colonia Agrícola Oriental, Iztacalco, 08500 Ciudad de México, tel. 5700 3534. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 300 gramos para los forros. Consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

La doctrina del derecho internacional tradicional considera que las fuentes del derecho internacional son los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho y, como fuentes subsidiarias, la doctrina, las decisiones jurisprudenciales y la equidad; es decir, remite a la lectura del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Esta postura dominó durante el siglo XX; sin embargo, de un examen detenido, sobre todo de la práctica internacional, es posible advertir que la normatividad internacional tiene formas de manifestación mucho más amplias y, en algunos casos, más complejas.

Precisamente a partir de esta complejidad, en esta obra, un grupo de destacados juristas latinoamericanos analiza las fuentes del derecho internacional en sus diferentes aspectos.

Para la exposición de las pesquisas realizadas por el grupo de investigación, en este libro se ha escogido un orden que va de los trabajos generales a los más específicos. Así, el lector puede leer sobre los aspectos filosóficos que animan las fuentes, temas de gran trascendencia en la doctrina como el orden público internacional, el *ius cogens*, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, el *soft law*, las fuentes del derecho internacional penal y las fuentes en el derecho internacional del medio ambiente.

Con estos trabajos se intenta realizar investigación desde una óptica latinoamericana, con juristas que si bien están insertos en el debate de la doctrina contemporánea de derecho internacional, tienen su especial punto de vista desde esta región de América.

