

SEGUNDA PARTE

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

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL ARREGLO JUDICIAL DE LOS LITIGIOS INTERNACIONALES

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO JUDICIAL INTERNACIONAL

Como se dijo con anterioridad, el proceso judicial y arbitral internacional se basa en una serie de principios generales del derecho, que son fundamentales para la correcta impartición de la justicia en el derecho internacional. Para los propósitos limitados de la presente investigación, se estudia la aplicación de los principios *compétence de la compétence*, el principio *iura novit curia*, el principio *nemo iudex in causa sua* y el principio *res iudicata* ante los órganos judiciales y arbitrales internacionales.

Como se mencionó anteriormente, en virtud del principio *compétence de la compétence*, un órgano judicial y/o arbitral (interno o internacional) es autorizado a pronunciarse, por su propia iniciativa, sobre su competencia para resolver los casos que le son sometidos.

El principio *compétence de la compétence* es reconocido tanto en las sentencias como en los estatutos constitutivos de la mayoría de los órganos judiciales internacionales.

Así, por ejemplo, dicho principio es expresado, entre otros, en el artículo 36-6 del Estatuto de la CIJ,¹ en el artículo 288-4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,² en el artículo 58 del Reglamen-

¹ En virtud de dicha disposición: “En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá”.

² Este artículo establece que “En caso de controversia en cuanto a la competencia de una corte o tribunal, la cuestión será dirimida por esa corte o tribunal”.

to del TIDM³ y en el artículo 32-2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁴

La CPJI aplicó el principio *compétence de la compétence* en el caso relativo a la *Administración del Príncipe Von Pless*.⁵ Además, la CPJI mencionó dicho principio en el caso *Fábrica de Chorzow*.⁶

Por su parte, el TIDM aplicó el principio *compétence de la compétence* en el asunto *Grand Prince*.⁷ El TIDM consideró que, de conformidad con una jurisprudencia bien establecida de los órganos judiciales internacionales, una jurisdicción tiene que cerciorarse, en todo tiempo, de su competencia para resolver el caso que le es sometido.⁸

En el asunto *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, la CIJ proclamó de manera muy solemne la importancia del principio general *compétence de la compétence*.⁹ En el célebre caso *Nottebohm*,¹⁰ la CIJ afirmó que desde el caso *Alabama*, y en antecedentes jurisprudenciales anteriores, ha sido generalmente aceptado que en ausencia de un acuerdo *a contrario*, un tribunal internacional tiene el derecho de decidir sobre su propia competencia.¹¹ La CIJ reiteró estos considerandos en el caso relativo a la *Interpretación de los tratados de paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania*.¹² En el mismo sentido, la Corte se refirió al principio *compétence de la compétence* en el caso *Pesquerías del Atlántico (Fisheries jurisdiction case)*.¹³

La CIDH aplicó ese principio en el reciente caso *Fleury y otros c. Panamá*.¹⁴ En dicho asunto, la Corte aplicó el principio *compétence de la compétence* en el caso de ausencia de una de las partes en las audiencias contenciosas.¹⁵

³ Dicho artículo retoma, casi literalmente, lo establecido en el artículo 288-4 de la Convención de Montego Bay. Según lo dispuesto en el artículo 58: "In the event of a dispute as to whether the Tribunal has jurisdiction, the matter shall be decided by the Tribunal".

⁴ En virtud de esta disposición: "2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma".

⁵ CPJI, *Administration of the Prince Von Pless*, 4 de febrero de 1933.

⁶ CPJI, *Chorzow Factory Case (Jurisdiction)*, 26 de julio de 1927, p. 32.

⁷ TIDM, *Grand Price, France vs Belize*, 20 de abril de 2001.

⁸ TIDM, *Grand Prince, cit.*, párr. 77.

⁹ CIJ, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Counsel, India vs. Pakistan*, 18 de agosto de 1972.

¹⁰ CIJ, *Nottebohm, Lichtenstein vs. Guatemala*, 18 de noviembre de 1953.

¹¹ *Ibidem*, pp. 119 y 120.

¹² CIJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, opinión consultativa, 18 de julio de 1950.

¹³ CIJ, *Fisheries Jurisdiction Case, Alemania c. Islandia*, 2 de febrero de 1973.

¹⁴ CIDH, *Fleury y otros c. Panamá*, 23 de noviembre de 2011.

¹⁵ CIDH, *Fleury y otros c. Panamá, cit.*, párr. 14 y 15.

En el mismo sentido, en el caso *Ivcher Bronstein c. Perú*,¹⁶ la CIDH consideró que “La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*)...”.¹⁷ La CIDH reafirmó lo establecido en la sentencia *Ivcher Bronstein* en el caso *Tribunal constitucional de Perú*¹⁸ y en otros casos similares de su jurisprudencia posterior.¹⁹

El principio *compétence de la compétence* es aplicado, en términos muy similares, en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Así, por ejemplo, en el caso *Tadić*,²⁰ el TPIY basó la aplicación del principio *compétence de la compétence* en varias “referencias cruzadas” a la jurisprudencia de la CIJ.²¹ Lo establecido por el TPIY en el caso *Tadić* fue reafirmado en el asunto *Blaskić*.²²

Iura novit curia (“el juez conoce el derecho”) constituye un adagio latín que reenvía a prácticas muy antiguas del derecho romano, relativas a la determinación de la función del juzgador y de las partes en la resolución de las controversias. Según este principio, el juzgador es el encargado de conocer o saber el derecho, y las partes son responsables de demostrarle los hechos.²³ Dicha repartición se expresa, además, en otro adagio del derecho romano: *damni factum, dabo tibi ius* (“dame los hechos y yo te daré el derecho”). Es necesario que los juzgadores conozcan el derecho, porque si no lo conocieran dependerían por completo de lo que las partes determinen como “derecho”. La ausencia de derecho determinado por las partes impediría a los jueces y árbitros ejercer su función; asimismo, las partes, de común acuerdo, podrían “deformar” el derecho para “hacerlo decir” lo que más les convenga.²⁴

En el caso de los jueces internacionales, el conocimiento del derecho concierne únicamente al derecho internacional —derecho del orden jurídico que le otorga su función judicial—. El juez internacional no puede ni

¹⁶ CIDH, *Ivcher Bronstein c. Perú*, 24 de septiembre de 1999.

¹⁷ *Ibidem*, párrs. 32 y 33.

¹⁸ CIDH, *caso del Tribunal Constitucional (Perú)*, competencia, 24 de septiembre de 1999.

¹⁹ CIDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009, párr. 44.

²⁰ TPIY, *Prosecutor vs. Dusko Tadić*, 2 de octubre de 1995.

²¹ En particular, el tribunal se refirió a lo establecido respecto al principio *compétence de la compétence* en los casos *Nottebohm* y *Effect of Awards of the United Nations Administrative Tribunal* (TPIY, *Tadić*, *cit.*, párrs. 16 y 18).

²² TPIY, *Prosecutor v. Blaskić*, 18 de julio de 1997.

²³ Verhoeven, Joe, “Juris novit curia et le juge international”, disponible en: http://untreaty.un.org/cod/avl/lr/Verhoeven_CT_video_1.html.

²⁴ *Idem*.

debe conocer el derecho interno de los Estados miembros de la comunidad internacional.

El principio *iura novit curia* no figura en los Estatutos constitutivos de los tribunales internacionales, pero su aplicación en el arreglo judicial de las controversias internacionales se comprueba en su práctica jurisprudencial respectiva.

Así, por ejemplo, en el caso *Río Oder (River Oder Case)*,²⁵ la CPJI afirmó que las partes deben aportar los hechos, pero la Corte puede calificarlos jurídicamente de manera autónoma. En el mismo sentido, en el caso *Lotus*,²⁶ la CPJI estimó que su tarea principal consiste en conocer, determinar y aplicar el derecho internacional para resolver las controversias que se le presentan. En el caso *Pesquerías del Atlántico*,²⁷ la CIJ señaló que “la Corte tiene por misión determinar y aplicar el derecho en las circunstancias de cada caso particular; la obligación de establecer o de probar sus reglas no puede ser impuesta a ninguna de las partes porque el derecho es del conocimiento judicial de la Corte”.²⁸

La CEDH, en el famoso caso *Handsyde c. Reino Unido*,²⁹ afirmó, en un *obiter dictum*, que es la única responsable de la caracterización jurídica de los hechos y, por lo tanto, es competente para examinar *ex officio* todas las cuestiones de derecho, incluso si éstas no fueron incluidas en los alegatos de las partes.³⁰ Los criterios establecidos por la CEDH en el caso *Handsyde* fueron reafirmados por la CIDH en los casos *Velásquez Rodrigues c. Honduras*³¹ y *Godínez Cruz c. Honduras*.³² Además, cabe señalar que la CIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos utilizan el principio *iura novit curia* para fundamentar la caracterización jurídica de los hechos en los recursos que se les presentan.³³

²⁵ CPJI, *River Oder Case*, 10 de septiembre de 1929.

²⁶ CPJI, *S.S. Lotus, France v. Turkey*, 7 de septiembre de 1927.

²⁷ Dicho asunto se originaba en una controversia de delimitación marítima entre Gran Bretaña, Alemania e Islandia. Durante la fase judicial de la controversia ante la CIJ, Islandia se negó a comparecer y no presentó demandas escritas para protestar contra lo que ella consideraba como invasión de sus aguas territoriales por parte de Gran Bretaña y Alemania.

²⁸ Verhoeven, Joe, *op. cit.*

²⁹ CEDH, *Handsyde vs. UK*, 7 de diciembre de 1976.

³⁰ CEDH, *De Wilde, Ooms and Versyp vs Belgium*, 18 June 1971, párr. 49.

³¹ CIDH, *Velásquez Rodrigues c. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988.

³² CIDH, *Godínez Cruz c. Honduras*, 20 de enero de 1989.

³³ Así, por ejemplo, en el caso *Andrés Mestre c. Colombia*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “Asimismo, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Comisión considera que los hechos podrían caracterizar violaciones al derecho a la personalidad jurídica previsto en el artículo 3 de la Convención Americana en concordancia con el

En virtud de lo señalado anteriormente, el principio general *nemo iudex in causa sua* fundamenta dos requerimientos imperativos, inherentes a la noción misma de derecho y de justicia: la independencia y la imparcialidad del juzgador. El derecho a un tribunal independiente e imparcial constituye, además, un derecho humano garantizado en todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.³⁴

Los estatutos constitutivos de los tribunales internacionales consagran expresamente el principio *nemo iudex in causa sua* con disposiciones que buscan garantizar la imparcialidad de los jueces internacionales, al establecer una serie de actividades incompatibles con el ejercicio de su función judicial.

Así, por ejemplo, los artículos 16, 17, y 24³⁵ del Estatuto de la CIJ, los artículos 7o.³⁶ y 8o.³⁷ del Estatuto del TIDM, el artículo 4o. del Reglamento

artículo 1.1 del mismo instrumento, respecto de la alegada desaparición forzada de Andrés Mestre Esquivel”. Informe No. 75/08, Petición 268-06, admisibilidad, Andrés Mestre Esquivel, Colombia, 17 de octubre de 2008.

³⁴ Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. De la misma manera, el artículo 6-1 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley...”. El mismo derecho protegido por el artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8o. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 7o. de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

³⁵ El artículo 16 establece que “1. Ningún miembro de la Corte podrá ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional. 2. En caso de duda, la Corte decidirá”. De conformidad con el artículo 17: “1. Los miembros de la Corte no podrán ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto. 2. No podrán tampoco participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad. 3. En caso de duda, la Corte decidirá”. Por su parte, el artículo 24 prevé la obligación de un juez de la Corte de recusarse si por algún motivo se estima incompetente para participar en los deliberados.

³⁶ En virtud de esta disposición: “1. Los miembros del Tribunal no podrán ejercer función política o administrativa alguna, ni tener una vinculación activa con ninguna empresa que intervenga en la exploración o la explotación de los recursos del mar o de los fondos marinos o en otra forma de aprovechamiento comercial del mar o de los fondos marinos, ni tener un interés financiero en dichas empresas. 2. Los miembros del Tribunal no podrán ejercer funciones de agente, consejero ni abogado en ningún asunto. 3. En caso de duda sobre estas cuestiones, el Tribunal decidirá por mayoría de los demás miembros presentes”.

³⁷ En términos del artículo 8: “1. Los miembros del Tribunal no podrán conocer de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados

de la Corte,³⁸ y el artículo 18 del Estatuto de la CIDH³⁹ garantizan la imparcialidad de los jueces que integran dichas jurisdicciones a través de una regulación de los cargos incompatibles con el ejercicio de su función judicial. Además, el Estatuto de la CIDH contiene una disposición original destinada a evitar los conflictos de interés que los jueces de la Corte pudieran tener con los miembros de su familia.⁴⁰ Los instrumentos convencionales que regulan la actividad judicial del TPIY, del TPIR y de la CPI contienen disposiciones muy similares respecto a la necesaria imparcialidad de los jueces que los componen. En el caso de las dos jurisdicciones penales *ad hoc* se trata de disposiciones casi idénticas.⁴¹

El primer aspecto del principio *nemo iudex in causa sua* —la imparcialidad de los jueces internacionales— ha sido invocado en varios casos de su jurisprudencia.

de cualquiera de las partes, como miembros de un tribunal nacional o internacional o en cualquier otra calidad. 2. Si, por alguna razón especial, un miembro del Tribunal considera que no debe conocer de un asunto determinado, lo hará saber al Presidente del Tribunal...”.

³⁸ Tras de su última modificación en febrero de 2012, el artículo 4o. del Reglamento de la CEDH establece que “...ningún juez debe ejercer una actividad política, administrativa o profesional, incompatible con su independencia e imparcialidad, o con las demandas del ejercicio del oficio judicial a tiempo completo. Asimismo, cada juez debe declarar al Presidente de la Corte cualquier actividad adicional. En caso de desacuerdo entre el Presidente y el juez, la cuestión será llevada al pleno de la Corte...”.

³⁹ En virtud de dicho artículo: “1. Es incompatible el ejercicio del cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el de los cargos y actividades siguientes: *a.* los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo; quedan exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros; *b.* los de funcionarios de organismos internacionales; *c.* cualesquiera otros cargos y actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo...”.

⁴⁰ El artículo 18 establece que “1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieran interés directo o hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte. 2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente...”.

⁴¹ Según la regla 15 de las Reglas sobre Procedimiento y Pruebas del TPIY, un juez no puede comparecer en un juicio (de primera instancia o de apelación) en el que tiene un interés personal o algún otro tipo de relación que podría afectar su imparcialidad. En cualquier situación de este tipo el juez deberá recusarse, y el presidente del TPIY nombrará otro magistrado que lo sustituya en el cargo. En el mismo sentido, la regla 15 de las Reglas sobre Procedimiento y Pruebas del TPIR prevé un procedimiento de recusación idéntico al establecido en las Reglas del TPIY.

La CIJ aplicó el principio *nemo iudex in causa sua* en el caso *Anglo-Iranian Co.*⁴² En dicho asunto, el juez de nacionalidad india, sir Benegal Raw, declinó su competencia para participar en la resolución de la controversia porque había sido representante de la India en el Consejo de Seguridad de la ONU cuando éste adoptó una decisión que servía de antecedente para la resolución del caso en cuestión. Posteriormente, en el caso *Namibia*,⁴³ la CIJ rechazó la demanda de Sudáfrica de recusar a los jueces sir Zafrulla Khan, Padilla Nervo y Morozov debido a su previa participación en el caso en la calidad de representantes de sus gobiernos nacionales ante la ONU. En el mismo sentido, en el caso *Certain Phosphate Lands in Nauru*,⁴⁴ uno de los jueces se recusó debido a su involucración previa con el caso. Otro juez de la CIJ estimó que no podía participar en la resolución de la controversia en el caso *Arbitral Award of 31 July of 1989*⁴⁵ porque había sido árbitro en la sentencia arbitral que lo originó. *A contrario*, en el caso *Rights of Nationals of the United States in Morocco*,⁴⁶ participaron dos jueces que habían sido consejeros jurídicos de las partes en la controversia, en sus etapas anteriores.

La jurisprudencia de la CEDH respecto al principio *nemo iudex in causa sua* se refiere a los criterios de aplicación del artículo 6o. de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por lo tanto, se trata de la apreciación de la independencia e imparcialidad de los jueces internos y no internacionales. Uno de los casos en los que la CEDH estableció con claridad el doble test de imparcialidad de un magistrado es *Piersack c. Bélgica*.⁴⁷ La jurisprudencia de la CEDH respecto a la imparcialidad de los jueces internos es literalmente seguida por la CIDH. Así por ejemplo, en el caso *Herrera Ulloa*,⁴⁸ la

⁴² CIJ, *Anglo-Iranian Co.*, 22 de julio de 1952.

⁴³ CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, opinión consultativa, 21 de junio de 1971.

⁴⁴ CIJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Australia vs Nauru)*, 26 de junio de 1992.

⁴⁵ CIJ, *Arbitral Award of 31 July of 1989 (Guinea Bissau vs Senegal)*, 31 de julio de 1989.

⁴⁶ CIJ, *Rights of Nationals of the United States in Morocco (France vs USA)*, 27 de agosto de 1952.

⁴⁷ En este caso el señor Piersack alegaba la falta de imparcialidad de uno de los jueces del tribunal penal que lo condenó, en particular, porque este juez había ejercido el cargo previo de procurador. La CEDH estimó que la apreciación de la imparcialidad de un juez (interno) debe ser sujeta a un doble criterio. En primer lugar, se debe aplicar un criterio subjetivo, al determinar la convicción personal de un juez sobre un determinado caso y, en segundo lugar, se debe proceder a un examen objetivo para saber si las garantías a su imparcialidad son suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. CEDH, *Piersack C. Bélgica*, 1o. de octubre de 1982).

⁴⁸ CIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004.

CIDH citó lo establecido en las sentencias *Morris*⁴⁹ y *Pabla KY*⁵⁰ de la CEDH, recordando el doble test de imparcialidad que se debe aplicar a los jueces nacionales.⁵¹ La jurisprudencia de la CEDH sobre la imparcialidad de los miembros de un tribunal también fue retomada literalmente por el TPIY, en el caso *Furundzija*⁵² y en asuntos de la jurisprudencia posterior tanto del TPIY como del TPIR.⁵³

Como se dijo con anterioridad, el principio *res iudicata* (autoridad de la cosa juzgada) establece, por un lado, el carácter obligatorio y definitivo de las sentencias judiciales internacionales y, por el otro, la imposibilidad de volver a litigar un caso una vez que éste ha sido resuelto por un tribunal internacional. Dicho principio concierne únicamente al dispositivo (*dispositif*) y no a los considerandos de la resolución judicial.

El principio *res iudicata* se reconoce en la mayoría de los estatutos constitutivos de los tribunales internacionales.

Así, por ejemplo, los estatutos constitutivos de la CIJ y del TIDM contienen la expresión más fiel del efecto negativo y del efecto positivo del principio *res iudicata*.⁵⁴ Por su parte, los estatutos constitutivos de la CIDH y de la CEDH expresan únicamente el efecto negativo del principio *res iudicata*, al

⁴⁹ CEDH, *Steel and Morris vs the UK*, 15 de mayo de 2005.

⁵⁰ CEDH, *Pabla KY vs Finlandia*, 22 de junio de 2004.

⁵¹ En términos de la Corte: “Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso” (CIDH, *Herrera Ulloa*, *cit.*, párr. 170).

⁵² TPIY, *Prosecutor vs. Furundzija*, Cámara de Apelaciones, 21 de julio de 2000.

⁵³ TPIY, *Decision on the Application by Momir Talic for the Disqualification and Withdrawal of a Judge* (Trial Chamber II), 18 de mayo de 2000; TPIY, *Kordic y Cerkez* 17 de diciembre de 2004; TPIY, *Celebici*, 16 de noviembre de 1998; TPIR, *Tharcisse Renzaho vs. The Prosecutor*, Appeal Chamber, 1o. de abril del 2011; TPIR, *Bagosora et al. vs. The Prosecutor*, Trial Chamber, 18 de diciembre de 2008; TPIR, *Ildelphonse Hategekimana vs. Prosecutor*, 8 de mayo de 2012.

⁵⁴ En virtud del artículo 59 del Estatuto de la CIJ: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Según lo previsto en el artículo 60 del mismo Estatuto: “El fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”. Por su parte, el artículo 33 del Estatuto del TIDM establece que “1. El fallo del Tribunal será definitivo y obligatorio para las partes en la controversia. 2. El fallo sólo tendrá fuerza obligatoria para las partes y respecto de la controversia que haya sido decidida. 3. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, el Tribunal lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

proclamar el carácter definitivo y la fuerza obligatoria de las sentencias de dichos tribunales.⁵⁵ El efecto negativo del principio de *res iudicata* se reconoce también en los estatutos de las jurisdicciones penales internacionales, a través de la prohibición de juzgar dos veces a un individuo por los mismos hechos (*non bis in idem*).⁵⁶

Las primeras jurisdicciones internacionales que desarrollaron su doctrina judicial de *res iudicata* fueron la CPJI y la CIJ. Así, por ejemplo, en el caso relativo a los *Efectos de las sentencias de indemnización pronunciadas por el Tribunal administrativo de la ONU*,⁵⁷ la CIJ consideró que, “conforme con un principio bien establecido y generalmente reconocido, una sentencia pronunciada por un órgano judicial es cosa juzgada y tiene fuerza obligatoria para las partes en el diferendo”.⁵⁸ La Corte confirmó esta solución en el caso *Cameroun septentrional*.⁵⁹ Cabe señalar que la CIJ tuvo que aplicar el principio de *res iudicata* desde la primera sentencia que pronunció en el caso *Estrecho de Corfú*⁶⁰ y en el reciente caso *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio*.⁶¹

En el caso *Brumarescu c. Rumania*,⁶² la CEDH derivó el principio de *res iudicata* del principio de seguridad jurídica, expresado en el preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos como componente clave del “Estado de derecho” (*rule of law*).⁶³ La CEDH reafirmó lo establecido en el caso *Brumarescu c. Rumania* en la decisión *Ryabikh c. Rusia*.⁶⁴

⁵⁵ En ese sentido, en virtud del artículo 44 del Estatuto de la CEDH: “1. La sentencia de la Gran Sala será definitiva...”. De la misma manera, según el artículo 46 del Estatuto: “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité De Ministros, que velará por su ejecución”. Por su parte, el artículo 31 de dicho tratado establece que “3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación”.

⁵⁶ De conformidad con el artículo 10 del Estatuto del TPIY: “1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal...”.

⁵⁷ CIJ, *Effects of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal*, 13 de julio de 1954.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁹ *Cameroun septentrional*, Cameroun c. Royaume-Uni, 2 de diciembre de 1963, p. 38.

⁶⁰ CIJ, *Estrecho de Corfú*, 15 de diciembre de 1949.

⁶¹ CIJ, *Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina vs. Serbia*, 26 de febrero de 2007.

⁶² CEDH, *Brumarescu c. Rumania*, 28 de octubre de 1999.

⁶³ *Ibidem*, párr. 61.

⁶⁴ CEDH, *Ryabikh vs Russia*, CEDH, 3 de diciembre de 2003, disponible en http://sutyajnik.ru/rus/echr/judgments/ryabikh_eng.htm.

La CIDH tuvo que pronunciarse sobre una posible violación del principio *res iudicata* en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*.⁶⁵ La Corte definió la exigencia de triple identidad (personas, objeto, base legal) necesaria para la aplicación de dicho principio en el caso *Durand y Ugarte c. Perú*.⁶⁶ La Corte también aplicó el principio *res iudicata* en el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*.⁶⁷ En este asunto, la CIDH recordó que “a fin de que se configure *res iudicata* debe haber identidad entre los casos, esto es, las partes y el objeto del caso deben ser idénticos así como sus fundamentos legales”.⁶⁸

En el caso *Tadic*,⁶⁹ el TPIY se pronunció sobre el efecto negativo del principio *res iudicata*,⁷⁰ y en el caso *Karadzic*,⁷¹ el Tribunal reafirmó que el principio *non bis in idem* se aplica únicamente cuando existe una sentencia definitiva anterior que condena o absuelve un individuo, y que, posteriormente, el mismo individuo es juzgado una segunda vez por los mismos hechos.⁷² En el caso *Delalic et al.*,⁷³ el TPIY señaló que el principio de *res iudicata* sólo aplica *inter partes*. Dicho principio fue aplicado en términos idénticos por parte del TPIR.⁷⁴

Aunque el Reglamento del TJUE no “cristaliza” expresamente al principio *res iudicata*, este tribunal también lo ha aplicado e interpretado en numerosos casos de su jurisprudencia.⁷⁵

⁶⁵ CIDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, 18 de noviembre de 1999 (excepciones preliminares).

⁶⁶ CIDH, *Durand y Ugarte*, 28 de mayo de 1999.

⁶⁷ Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 de noviembre de 2007.

⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 55-58.

⁶⁹ TPIY, *Prosecutor vs. Tadic*, decisión *Non bis in idem*, 14 de noviembre de 1995.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 9.

⁷¹ TPIY, *Prosecutor vs. Radovan Karadzic*, 16 de noviembre de 2009, *Decision on the accused's motion for finding of non-bis-in-idem*.

⁷² *Ibidem*, párr. 13.

⁷³ TPIY, *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Judgment, 16 de noviembre de 1998.

⁷⁴ TPIR, *Laurent Semanza vs. The Prosecutor*, 31 de mayo de 2000; TPIR, *Jean Bosco Barayagwiza v The Prosecutor*, orden de 31 de marzo de 2000.

⁷⁵ TJUE, *Mrs Emilia Gualco (née Barge) v High Authority of the European Coal and Steel Community*, Case 14/64; TJUE, *Hoogovens Groep v Commission*, Cases 172 and 226/83; TJUE, *France v Parliament*, Cases 358/85 and 51/86; TJUE, *Jean Reynier and Piero Erba v Commission of the European Economic Community*, Cases 79/63 and 82/63; TJUE, *Rosemarie Kapferer v Schlank & Schick, GMBH*, Case C-243/04; TJUE, *Gerhard Köbler v Republik Österreich*, Case C-224/01.

II. LA PARTICIPACIÓN DE EXPERTOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES INTERNACIONALES

Como se mencionó anteriormente, los órganos judiciales internacionales suelen recurrir a expertos externos para cumplir con su función jurisdiccional.⁷⁶ No obstante, los expertos pueden pronunciarse únicamente sobre los problemas fácticos de una controversia internacional, los problemas jurídicos quedan reservados al conocimiento exclusivo del juzgador (*iura novit curia/arbiter*).

La competencia de los tribunales internacionales para nombrar expertos está expresamente prevista en sus estatutos constitutivos. Así, por ejemplo, dicha facultad se establece en los artículos 50 del Estatuto de la CIJ,⁷⁷ 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY,⁷⁸ artículo A1, 2, del anexo al Reglamento de la CEDH,⁷⁹ artículo 289 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁸⁰ y artículo 13 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.⁸¹

Los expertos ante los tribunales internacionales son designados directamente por los jueces. En general, se designa a un solo experto, pero la complejidad de algunas cuestiones sometidas a los tribunales internacio-

⁷⁶ Savadogo, Louis, “Le recours des juridictions internationales à des experts”, *Annuaire français de droit international*, 2004, vol. 50, p. 231.

⁷⁷ En virtud de dicha disposición: “La Corte podrá, en cualquier momento, comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial”.

⁷⁸ Según este artículo: “Notwithstanding the provisions of Rules 66 and 67, reports, memoranda, or other internal documents prepared by a party, its assistants or representatives in connection with the investigation or preparation of the case, are not subject to disclosure or notification under those Rules”.

⁷⁹ En virtud de esta regla: “The Contracting Party on whose territory on-site proceedings before a delegation take place shall extend to the delegation the facilities and co-operation necessary for the proper conduct of the proceedings...”.

⁸⁰ De conformidad con dicha disposición: “En toda controversia en que se planteen cuestiones científicas o técnicas, la corte o tribunal que ejerza su competencia conforme a esta sección podrá, a petición de una de las partes o por iniciativa propia, seleccionar en consulta con las partes por lo menos dos expertos en cuestiones científicas...”.

⁸¹ En virtud del apartado 2 del artículo 13: “Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia...”.

nales puede justificar el nombramiento de un comité compuesto por varios expertos. Las personas responsables de efectuar un peritaje a la demanda de un juez internacional no deben ser nacionales de los Estados parte en la controversia ni beneficiarse de algunos privilegios e inmunidades en el cumplimiento de sus funciones.⁸² Su misión es estrictamente determinada por el juez en cuanto a su objeto y a su finalidad.⁸³

Existen varios ejemplos concretos de la utilización del peritaje en la práctica de los tribunales internacionales.

Así, por ejemplo, la CPJI recurrió al dictamen de expertos en el caso *Fábrica de Chorzow*.⁸⁴ Por su parte, la CIJ aplicó la prerrogativa que le confiere el artículo 68 de su Estatuto en el caso *Estrecho de Corfú*.⁸⁵ La CIDH utilizó este procedimiento para solicitar un peritaje grafológico (caso *Brozicek c. Italia*),⁸⁶ hipotecario (caso *Papamichaopoulos c. Grecia*),⁸⁷ económico, artístico (caso *ex rey de Grecia y otros*)⁸⁸ o médico (*Balyemez c. Turquía*).⁸⁹ Los tribunales penales internacionales recurrieron al peritaje psicológico y psiquiátrico⁹⁰ en al menos diecinueve casos contenciosos.⁹¹ En el mismo sentido, desde 1994, el OSD de la OMC ha resuelto más de doce casos que han supuesto la intervención de peritos.⁹²

⁸² Covadogo, Louis, *op. cit.*, p. 243.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ CPJI, *Fábrica de Chorzow*, 13 de septiembre de 1928.

⁸⁵ CIJ, *Estrecho de Corfú*, *cit.*

⁸⁶ CEDH, *Brozicek c. Italia*, 19 de noviembre de 1989.

⁸⁷ CEDH, *Papamichaopoulos c. Grecia*, 25 de octubre de 1995.

⁸⁸ CEDH, *ex rey de Grecia y otros*, 28 de noviembre de 2002.

⁸⁹ CEDH, *Balyemez c. Turquía*, 6 de septiembre de 2004.

⁹⁰ En este sentido, en virtud del artículo 74 bis de las reglas de procedimiento y prueba, la Cámara de Primera Instancia puede solicitar el examen médico, psiquiátrico o psicológico del inculpado. Dicho peritaje es confiado a expertos, cuyos nombres figuran en una lista especial, establecida para este efecto en la Secretaría del Tribunal.

⁹¹ Por ejemplo: TPIY, 15 de julio de 2004, *Le Procureur c. Slobodan Milosevic, nouvelle ordonnance relative à l'examen médical de l'accusé*; 7 de junio de 2002, *Prosecutor v. Dusan Fustar*, Order of Defense Motion for Medical Examination; 31 de mayo de 2002, *Prosecutor v. Mile Mrksi*, Order on Mile Mrksi's Motion for Provisional Release; 28 de mayo de 2002, *Prosecutor v. Mladen Naletili*, alias 'Tuta', Order to the Registry; 7 de mayo de 2002, *Prosecutor v. Milomir Staki*, Order for Medical Examination Staki.

⁹² Así, por ejemplo, en el caso de *EC-Hormonas*, la determinación, por parte del panel de la OMS, de la existencia de riesgo para la salud humana del consumo de carne tratada con hormonas se hizo con base en la opinión de expertos, designados por las partes y por el propio panel.

III. EL *AMICUS CURIAE* ANTE LOS ÓRGANOS JUDICIALES INTERNACIONALES

Como se dijo con anterioridad, la institución del *amicus curiae* se aplica en los mecanismos de impartición de justicia tanto en el plano interno como en el internacional. El *amicus curiae* es un amigo de la Corte —un tercero (no parte) en la controversia— que ofrece presentar al tribunal sus argumentos, su perspectiva especial o su peritaje sobre la controversia en la forma de observaciones escritas (*briefs or submission*).⁹³

La posibilidad de admitir las observaciones de *amicus curiae* está prevista en los estatutos constitutivos de muchos tribunales internacionales.

Así por ejemplo, el Estatuto de la CIJ contiene disposiciones que podrían servir de base legal para la intervención de los Estados⁹⁴ y de las organizaciones internacionales intergubernamentales en la calidad de *amicus curiae* en los procesos iniciados ante la Corte.⁹⁵ No obstante, a pesar del interés directo que los individuos⁹⁶ o las organizaciones no gubernamentales⁹⁷ pudieran tener en la resolución de una determinada controversia ante la CIJ, la Corte siempre les ha negado la capacidad de presentar observaciones de *amicus curiae*. El TIDM es otra jurisdicción internacional permanente

⁹³ *Aguas Argentinas S.A and Others v. Petition Jbr Transparency and Participation as Amicus Curiae*, ICSID case No. ARB/03.

⁹⁴ La capacidad de los Estados de intervenir en el procedimiento en la calidad de *amicus curiae* podría basarse en los artículos 62 y 63 del Estatuto de la CIJ. En virtud del artículo 62: “1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir...”. En el mismo sentido, según lo establecido en el artículo 63: “1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados. 2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso...”.

⁹⁵ La posibilidad, para las organizaciones internacionales, de intervenir en los procesos ante la CIJ en la calidad de *amicus curiae*, podría deducirse de los artículos 34 y 50 del Estatuto de la Corte.

⁹⁶ Como se señaló anteriormente, los individuos no tienen un *locus standi* ante la CIJ. La Corte no ha aceptado incluirlos en la categoría de entes jurídicos autorizados a intervenir en el proceso en virtud del artículo 34 del Estatuto. Por lo tanto, los individuos están excluidos del campo de aplicación de dicho artículo y no disponen de una base legal que les permita presentar observaciones a la Corte en la calidad de *amicus curiae*.

⁹⁷ La Corte nunca ha aceptado la intervención de las ONG en la cualidad de *amicus curiae*. Así, por ejemplo, en el caso *Asylum*, la Liga Internacional para los Derechos del Hombre solicitó presentar información a la Corte en virtud del artículo 34 de su Estatuto. Dicha solicitud fue rechazada por la CIJ. Bartholomeusz, Lance, “The *amicus curiae* Before international Courts and Tribunals”, *Non-States Actors and International Law*, 2005, vol. 5, p. 215.

que se ha mostrado renuente en admitir la participación de *amicus curiae* en sus procedimientos contenciosos. Las reglas de su Estatuto, inspiradas en las de la CIJ, contienen varias disposiciones que podrían servir de base legal para la admisión de este tipo de observaciones,⁹⁸ pero el tribunal nunca las ha aceptado.

En cambio, la intervención de terceros a la instancia, en particular en la calidad de *amicus curiae*, es ampliamente reconocida en los procedimientos ante los tribunales regionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, la CEDH es competente para recibir observaciones escritas por parte de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos en todos los asuntos en los que intervienen nacionales de estos Estados en la calidad de demandantes. De igual modo, el comisario de derechos humanos del Consejo Europeo puede presentar estas observaciones en todos los casos llevados ante la Corte.⁹⁹ El Reglamento de la Corte establece que el presidente de la Cámara puede autorizar a todo Estado parte a la Convención Europea de Derechos Humanos que no tenga relación directa con el asunto, o todo particular que no sea parte en la controversia, a someter observaciones escritas o a participar en la audiencia si las participaciones benefician a la buena impartición de la justicia.¹⁰⁰ Además, el Reglamento fija condiciones muy precisas para la admisión de este tipo de observaciones escritas.¹⁰¹ La competencia de la CIDH para recibir observaciones escritas por parte de *amici curiae* está prevista en términos similares. En efecto, el Re-

⁹⁸ Así, por ejemplo, el artículo 84 del Reglamento del TIDM retoma casi literalmente lo establecido en el artículo 34 del Estatuto de la CIJ respecto a la posibilidad para las organizaciones internacionales intergubernamentales de intervenir en los procedimientos contenciosos para presentar información útil para la resolución del caso.

⁹⁹ En virtud del artículo 36 de la Convención Europea de Derechos Humanos: “1. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista. 2. En interés de una buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista. 3. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista”.

¹⁰⁰ Según la regla 44 de las Reglas de procedimiento de la CEDH: “2. (a) Once notice of an application has been given to the respondent Contracting Party under Rule 51 § 1 or Rule 54 § 2 (b), the President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, as provided in Article 36 § 2 of the Convention, invite, or grant leave to, any Contracting Party which is not a party to the proceedings, or any person concerned who is not the applicant, to submit written comments or, in exceptional cases, to take part in a hearing”.

¹⁰¹ En particular, la regla 44 fija los plazos y la forma en la cual deben ser presentadas dichas observaciones.

glamento de la CIDH¹⁰² establece que la Corte podrá oír a cualquier persona cuya opinión estime pertinente, y podrá solicitar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta, respectivamente.¹⁰³ Además, la intervención de *amicus curiae* en las instancias iniciadas ante la Corte es expresamente regulada por el artículo 44 de su Estatuto. La CIDH ha admitido muy frecuentemente comunicaciones escritas por parte de *amici curiae*.¹⁰⁴

La posibilidad de recibir observaciones escritas por parte de un *amicus curiae* está prevista en términos similares en los Estatuto de la CPI¹⁰⁵ del TPIY y del TPIR.¹⁰⁶ Todos los tribunales penales internacionales han recibido frecuentemente observaciones de *amici curiae*. En dicha calidad han intervenido tanto Estados miembros de la comunidad internacional,¹⁰⁷ como individuos¹⁰⁸ y organizaciones internacionales.¹⁰⁹

¹⁰² El artículo 64 del Reglamento de la CIDH (audiencias sobre peticiones o casos) establece el tiempo en el que las observaciones de *amicus curiae* deben ser presentadas, sus formas y requerimientos de admisión.

¹⁰³ Defensoría del Pueblo, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, la Corte recibió comunicaciones por parte de *amici curiae* en la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982; Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1989; Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983; Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, numeral 5; Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

¹⁰⁵ En virtud de la regla 103 (*Amicus curiae and other forms of submission*): “1. At any stage of the proceedings, a Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a State, organization or person to submit, in writing or orally, any observation on any issue that the Chamber deems appropriate. 2. The Prosecutor and the defense shall have the opportunity to respond to the observations submitted under sub-rule 1. 3. A written observation submitted under sub-rule 1 shall be filed with the Registrar, who shall provide copies to the Prosecutor and the defense. The Chamber shall determine what time limits shall apply to the filing of such observations”. Según la regla 149, el mismo procedimiento se aplica *mutatis mutandis* para los casos llevados ante la Cámara de Apelaciones.

¹⁰⁶ En virtud de las Reglas de Prueba y Procedimiento del TPIY, un Estado, una organización (gubernamental o no gubernamental) y cualquier persona (física o jurídica) pueden comparecer ante el Tribunal y presentarle observaciones escritas acerca de la resolución de un determinado caso contencioso. Las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR contienen una disposición idéntica respecto a la intervención de *amicus curiae* en las instancias.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, Alemania intervino como *amicus curiae* en el caso *Tadic*; Yugoslavia en el caso *Erdemovic*, y Bosnia y Herzegovina en el caso relativo al *Liderazgo serbio-bosnio*.

¹⁰⁸ Así, por ejemplo, la profesora de derecho del Reino Unido, Christine Chinkin, presentó observaciones al TPIY en la calidad de *amicus curiae* en el caso *Tadic*.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, el TPIR recibió observaciones de una coalición de ONG ruandesas e internacionales en el caso *Acyesu* respecto a algunos crímenes de índole sexual. En el mismo

Finalmente, el Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC autoriza a Estados y entes no estatales a presentar observaciones escritas de *amicus curiae* sobre la adopción de un informe por parte del OSD.¹¹⁰ En esta calidad han intervenido los Estados miembros de la OMC,¹¹¹ ONG o individuos.

La institución del *amicus curiae* se reconoce en algunos tratados¹¹² y en varios reglamentos de arbitraje.¹¹³

caso, el Tribunal también recibió las observaciones de *amicus curiae* del secretario general de la ONU (Bartholomeusz, Lance, *op. cit.*, p. 246).

¹¹⁰ Según el artículo 17.14 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC: “Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia... Este procedimiento de adopción se entenderá sin perjuicio del derecho de los Miembros a exponer sus opiniones sobre los informes del Órgano de Apelación”.

¹¹¹ Así, por ejemplo, Marruecos intervino como *amicus curiae* en el caso *Sardinas* (*European Communities Trade Description of Sardines*, 26 de septiembre de 2002. Bartholomeusz, Lance, *op. cit.*, p. 264).

¹¹² Así, por ejemplo, en virtud de los artículos 28-3 del TBI entre Estados Unidos y Uruguay: “3. El tribunal tendrá autoridad para aceptar y considerar presentaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente”. La admisibilidad de observaciones de *amicus curiae* por parte de un tribunal arbitral internacional se establece también en el artículo 39 del Modelo canadiense de TBI de 2004, en el artículo 9.16 del TLC entre Australia y China de 2015, en el artículo 10.26 del TBI entre Chile y Hong Kong de 2016 y en el artículo 18 del modelo de TBI de Noruega de 2015.

¹¹³ Así, por ejemplo, en virtud de la regla 37-2 del Reglamento de Arbitraje del CIADI: “Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla ‘parte no contendiente’) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia; (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente”. De igual forma, de conformidad con el artículo 4-1 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado: “1. Tras consultar con las partes litigantes, el tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado no litigante (‘tercero’) presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio”. Inicialmente, el Reglamento de Arbitraje del Comercio Internacional de Estocolmo no incluía la posibilidad de presentar observaciones de *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales que se llevan a cabo bajo los auspicios de dicha institución. No obstante, después de una revisión de dicho reglamento en 2017, se

Estos instrumentos contienen una serie de condiciones comunes con las que deben cumplir las observaciones de *amicus curiae* para ser admisibles ante los órganos arbitrales internacionales. En primer lugar, se establece que las partes en los procedimientos arbitrales deben ser autorizadas a presentar sus opiniones acerca de dichas observaciones. En segundo lugar, las intervenciones de *amicus curiae* deben tener una relación directa con la materia objeto de la controversia. En tercer lugar, el tribunal arbitral internacional es competente para apreciar la utilidad de dichas intervenciones para el análisis de los elementos fácticos y jurídicos de la controversia.¹¹⁴ En cuarto lugar, los árbitros deben asegurarse de que el ente que pretende actuar en la cualidad de *amicus curiae* tiene un interés directo o significativo en la resolución de la controversia.¹¹⁵ Dichos criterios no son exhaustivos, y los árbitros gozan de una gran libertad para determinar la admisibilidad de las observaciones de *amicus curiae* y para establecer condiciones adicionales *motu proprio*.¹¹⁶

IV. LA PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL INTERNACIONAL

Como se dijo con anterioridad, el estándar de prueba consiste en indicar los criterios de valoración de las pruebas presentadas ante un juez y la importancia que se atribuye a cada uno de los indicios probatorios. Se distinguen tres principales estándares de prueba que dependen del grado de evidencia requerida: “equilibrio de probabilidades” (*balance of probabilities*), “prueba clara y convincente” (*clear and convincing*) y “prueba más allá de cualquier duda razonable” (*beyond a reasonable doubt*). En contraste, el estándar de prueba en los sistemas de *civil law* es un concepto muy poco desarrollado. En dichos

incluyó, en el anexo III del Reglamento, un nuevo artículo 3o., que permite la presentación de este tipo de observaciones.

¹¹⁴ Así, por ejemplo, en el caso *Infinito Gold v Costa Rica* (ICSID, *Infinito Gold v. Costa Rica*, 2016), el tribunal arbitral admitió las observaciones de *amicus curiae* porque consideró que aportaban elementos útiles para la resolución de la controversia.

¹¹⁵ Así, por ejemplo, en el caso *Apotex vs. USA* (*Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America* ICSID Case No.), el tribunal arbitral no aceptó la solicitud de presentar observaciones de *amicus curiae* que había formulado un abogado especialista en materia de arbitraje internacional de inversiones. El abogado alegaba tener un interés directo en que todas las empresas cumplan con las disposiciones del TLCAN en materia de inversiones.

¹¹⁶ Brabandere, Eric de, “*Amicus Curiae* (Investment Arbitration)”, en Ruiz-Fabri, Hélène y Planck, Max, *Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford University Press, 2019.

países, las pruebas buscan convencer la “conciencia personal o íntima” del juzgador acerca de la veracidad de los indicios fácticos.

Los órganos judiciales internacionales se inscriben en la tradición de la familia jurídica romano-germánica, al considerar que el estándar de prueba depende de la convicción del juez (*conviction intime du juge, freie richterliche Überzeugung*).¹¹⁷ La prueba en el proceso judicial internacional debe presentar un grado suficiente, o razonablemente fundamentado, susceptible de convencer al juzgador sobre la veracidad de los elementos fácticos que fundamentan el caso.¹¹⁸ Como lo señaló el OSD de la OMC en el caso *US-Shrimp*: “Tenemos que apreciar las pruebas aportadas a la luz de las circunstancias de cada caso particular. Esto significa que debemos tomar en cuenta todo tipo de prueba y que podemos llegar a conclusiones sobre un alegato particular, basándonos en el grado de evidencia que consideremos suficiente”.¹¹⁹

La Convención Europea de Derechos Humanos y el Reglamento de la CEDH guardan silencio respecto al estándar de prueba, aplicado por la Corte. La jurisprudencia de la CEDH demuestra que ésta ha tomado en cuenta el estándar de prueba convincente y lo ha aplicado a través de un análisis *case by case*. En términos de la Corte, las pruebas deben ser esclarecidas “más allá de cualquier duda razonable”.¹²⁰ El criterio de razonabilidad ha sido definido por la CEDH como “No una duda basada en una mera posibilidad teórica, sino una duda para la cual pueden ser encontradas razones suficientes en los hechos presentados”.¹²¹ Se ha criticado a la CEDH por mantener un estándar de prueba demasiado alto, que beneficia más al Estado autor de la violación de derechos humanos que a las víctimas de dichas violaciones.

¹¹⁷ Foster, Caroline, “Burden of Proof in International Courts and Tribunals”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 29, p. 32.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹¹⁹ *Panel Report, United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WTO Doc WT/DS58/R, 6 de noviembre de 1998.

¹²⁰ CEDH, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece (the Greek case)*, 31 de mayo de 1968, párr. 30; CEDH, *Ireland, v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, párr. 61; CEDH, *Aydin v. Turkey*, 3 de junio de 2016, párr. 72; CEDH, *Mentes and Others v. Turkey*, 12 de noviembre de 2013, párr. 66; CEDH, *Kaya v. Turkey*, 8 de septiembre de 2014, párr. 38; CEDH, *Veznedaroglu v. Turkey*, 23 de abril de 2000, párr. 30; CEDH, *Cakici v. Turkey*, 8 de julio de 1999, párr. 92; CEDH, *Kilic v. Turkey*, 28 de marzo de 2000, párr. 64.

¹²¹ CEDH, *Ribitsch v. Austria*, 4 de diciembre de 1995, párr. 104.

La CIDH no ha definido claramente los estándares probatorios que utiliza y se limita a afirmar su libertad para determinar¹²² “el quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo”.¹²³ Desde una perspectiva general, el estándar de la prueba ante la Corte ha variado en función de las circunstancias de cada caso particular. Así, en algunos asuntos, la CIDH ha utilizado estándares de prueba relativamente bajos, mientras que en otros se ha referido a una prueba “más allá de cualquier duda razonable”.¹²⁴ Así por ejemplo, en el caso *Apitz Barbera vs. Venezuela*,¹²⁵ la CIDH utilizó un estándar de prueba “clara y convincente”, y en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, la Corte consideró que un hecho no podía ser probado “con entera certeza” (o “más allá de cualquier duda razonable”), pero que existía “un alto grado de probabilidad” de que había ocurrido y, por ende, podría considerarse como comprobado.¹²⁶

El Estatuto de la CIJ tampoco contiene disposiciones específicas respecto al estándar de prueba aplicado por la Corte. En el caso *Estrecho de Corfú*,¹²⁷ la CIJ mencionó la existencia de tres distintos estándares de prueba. En otros asuntos, la Corte se ha referido a “equilibrio de las evidencias”,¹²⁸ “equilibrio de probabilidades”,¹²⁹ “en toda probabilidad”,¹³⁰ “consistente con las probabilidades”,¹³¹ “prueba suficiente para la Corte”,¹³² “con un alto grado de probabilidad”,¹³³ “más allá de cualquier duda razonable”,¹³⁴

¹²² Díaz, Álvaro Paúl, “La Corte Interamericana *in vitro*: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a Propósito del Caso Artavia”, *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 2, abril de 2013, p. 318, disponible en: <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Dialnet-LaCorteInteramericanaInVitro-5639003.pdf>.

¹²³ CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 29 de marzo de 2016, párr. 32.

¹²⁴ En particular, en el caso *Gangaram vs. Surinam* (CIDH, 21 de enero de 1994).

¹²⁵ CIDH, *Apitz-Barbera et al. vs. Venezuela*, 5 de agosto de 2008.

¹²⁶ CIDH, *Escher vs. Brasil*, 6 de julio de 2009, párr. 128.

¹²⁷ CIJ, *Corfu Channel*, Albania vs. UK, 9 de abril de 1949.

¹²⁸ CIJ, *Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America*, 6 de noviembre de 2003, párr. 57.

¹²⁹ CIJ, *Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute, El Salvador vs. Honduras and Nicaragua Intervening*, 11 de septiembre de 1992, párr. 248.

¹³⁰ CIJ, *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan, Indonesia vs. Malaysia*, 17 September 2002, 27 de junio de 1985, párr. 121.

¹³¹ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *cit.*, párr. 158.

¹³² CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of Congo v. Uganda*, 19 de diciembre de 2005, párr. 62.

¹³³ CIJ, *Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, *cit.*, párr. 155.

¹³⁴ CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Cameroon v. Nigeria*; *Equatorial Guinea intervening*, 11 de junio de 1998, p. 40; CIJ, *South West Africa, Ethiopia v. South Africa and Liberia v. South Africa*, 21 de diciembre de 1962, p. 319.

“sin duda razonable”¹³⁵ y “evidencia concluyente”.¹³⁶ En general, el estándar que utiliza la CIJ depende, en buena medida, de las circunstancias de cada caso. Así, por ejemplo, tratándose de casos de delimitación territorial o marítima, la Corte tiende a usar un estándar de prueba más alto.¹³⁷

El TPIY ha aplicado un estándar de prueba, definido por el propio tribunal como “prueba más allá de cualquier duda razonable”. Dicho estándar se establece expresamente en la regla 87 A de las Reglas de Procedimiento y Prueba del tribunal.¹³⁸ El estándar de prueba que ha aplicado el TPIR es sustancialmente el mismo que el desarrollado por el TPIY, y la regla 87 A de las Reglas de Prueba y Procedimiento del Tribunal retoma casi literalmente lo previsto en el Estatuto del TPIY. Los tribunales penales híbridos también aplican el estándar de prueba “más allá de cualquier duda razonable”. La redacción de la regla 87 A de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Especial para Sierra Leona es idéntica a la de la regla 87 A del Estatuto del TPIY. La Corte aplicó dicho estándar probatorio, entre otros, en el caso *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondeway*.¹³⁹ De igual modo, la regla 148 A del Tribunal Especial para el Líbano retoma expresamente lo establecido en el artículo 87 A del Estatuto del TPIY. El estándar de prueba “más allá de cualquier duda razonable” se aplica en los mismos términos en los procedimientos ante la CPI.¹⁴⁰

Los estatutos constitutivos de los tribunales que operan en el ámbito de integraciones regionales de Estados no establecen reglas claras respecto al estándar de prueba.¹⁴¹

¹³⁵ CIJ, *Temple of Preah Vihear*, Cambodia v. Thailand, 15 de junio de 1962, p. 6; CIJ, *Aerial Incident of July 27, 1955*, Israel v. Bulgaria, 26 de mayo de 1969, p. 127.

¹³⁶ CIJ, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, 15 de febrero de 1995, Separate Opinion of Judge Oda, p. 244.

¹³⁷ Wilkinson, Stephen, “Standards of Proof in International Humanitarian and Human Rights Fact-Finding and Inquiry Missions”, *Geneva Academy of International Humanitarian Law*, p. 20, disponible en: <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Standards%20of%20Proof%20in%20Fact-Finding.pdf>.

¹³⁸ De conformidad con esta disposición: “cuando ambas partes han terminado sus exposiciones sobre el caso, el juez presidente declarará cerrada la sesión. Una sentencia condenatoria puede ser adoptada solo cuando la mayoría de los jueces esté convencida que la culpa ha sido probada más allá de cualquier duda razonable”.

¹³⁹ Judgment, Special Court for Sierra Leona (04-14-A), Appeal Chamber, 28 de mayo de 2008, at 25, párrs. 61-63.

¹⁴⁰ De conformidad con el artículo 66-3 del Estatuto de Roma: “3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”.

¹⁴¹ Así, por ejemplo, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea guarda silencio respecto al estándar de prueba en los procedimientos iniciados ante

La ausencia de estándares de prueba claramente definidos en la mayoría de los estatutos constitutivos, reglamentos o reglas de procedimiento y prueba de los tribunales internacionales obstaculiza la transparencia en la valoración de las pruebas por parte de dichos órganos judiciales. Por lo tanto, resulta necesario incluir reglas más claras y previsibles al respecto.

La determinación de la carga de la prueba en el proceso judicial internacional se realiza de conformidad con el principio general *actori incumbit probatio*.¹⁴² En virtud de dicho principio, la parte que alega un determinado hecho debe comprobarlo ante el jugador. La atribución de la carga de la prueba según este principio responde a criterios de equidad y garantiza la previsibilidad y certeza en el arreglo judicial y arbitral de las controversias internacionales.¹⁴³

El principio *actori incumbit probatio* ha sido aplicado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

Así, por ejemplo, en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua*, la CIJ determinó que “cualquier sentencia sobre el fondo en el presente caso se adoptará con base en aquellas alegaciones de las partes que han sido apoyadas con suficientes pruebas de los hechos relevantes... el litigante que pretende establecer un hecho, tiene la carga de la prueba”.¹⁴⁴ De igual modo, en el caso *Avena*, la CIJ señaló que “en virtud de un principio bien establecido del derecho internacional, el litigante que pretende establecer la existencia de un hecho, tiene la carga de la prueba”.¹⁴⁵ En el caso *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay*, la Corte consideró que en virtud del principio *onus probandi incumbit actori*, la parte que alega determinados hechos tiene la

este órgano judicial internacional. Otros instrumentos dejan una gran margen de apreciación a los juzgadores internacionales. Así, por ejemplo, en virtud del artículo 15 de las Reglas Modelo de Procedimiento para los Tribunales Arbitrales Ad Doc del Mercosur: “El Tribunal resolverá sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas presentadas o pedidas y determinará, si fuera el caso, el diligenciamiento de las pruebas admitidas, fijando para esto un plazo razonable”. Es de señalarse que los tribunales internacionales que funcionan en integraciones regionales en América Latina suelen valorar las pruebas de acuerdo con las “reglas de la sana crítica”. Se trata de un sistema en el que los jueces deben apreciar las pruebas según las reglas de la lógica y la experiencia. Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 78 del Estatuto de la Corte de Justicia de la CAN: “El Tribunal apreciará las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

¹⁴² Aimoré Carreteiro, Mateus, *op. cit.*, p. 84.

¹⁴³ Si el juez debiera designar, en función de otros criterios subjetivos, cuál de las dos partes debe aportar la prueba de los hechos litigios, se correría el riesgo de que el juez perdiera su necesaria imparcialidad e independencia.

¹⁴⁴ CIJ, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, *cit.*

¹⁴⁵ CIJ, *Avena and other Mexican Nationals, Mexico v United States of America*, 9 de enero de 2003.

obligación de comprobarlos, independientemente si se trata del demandante o del demandado.¹⁴⁶ En el caso *Frontera Marítima y Terrestre entre Camerún y Nigeria*, la CIJ estimó que el litigante que pretende demostrar un hecho tiene la carga de su prueba.¹⁴⁷ La misma consideración fue reafirmada en el caso *Aplicación de la Convención sobre el Genocidio*.¹⁴⁸

El OSD de la OMC, en el caso *US-Wool Shirts*, estimó que muchos tribunales internacionales, incluyendo a la CIJ, han aplicado la regla en virtud de la cual una parte que alega determinado hecho, independientemente si se trata del demandante o del demandado, es responsable de comprobarlo.¹⁴⁹

La CIDH, en los casos *Godínez vs. Honduras*,¹⁵⁰ *Kawas vs. Honduras*,¹⁵¹ *Escher et al. vs. Brasil*¹⁵² y *Fernández vs. México*,¹⁵³ también se ha referido a la vigencia del principio *actori incumbit probatio* en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Es de señalarse que la CIDH, en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*,¹⁵⁴ fue el primer tribunal regional de derechos humanos en considerar que en casos de desaparición forzada procede una inversión de la carga de la prueba. Dicho razonamiento fue posteriormente adoptado por la CEDH a partir del caso *Kurt vs. Turkey*.¹⁵⁵

El principio *actori incumbit probatio* también se aplica ante la CADH. Adicionalmente, la Corte ha desarrollado un concepto novedoso en lo relativo a la atribución de la carga de la prueba. En el caso *Konaté vs. Burkina Faso*,¹⁵⁶

¹⁴⁶ En dicho asunto, Argentina alegaba que en virtud del principio de precaución y de lo establecido en el Estatuto de 1975, incumbía a Uruguay demostrar que una de las plantas de celulosa construida en su territorio no provocaba un daño ambiental transfronterizo. Por su parte, Uruguay invocaba la aplicación del principio general del derecho *actori incumbit probatio* para sostener que, Argentina, en su cualidad de demandante en la instancia debía soportar la carga de la prueba. La Corte rechazó los argumentos de Argentina sobre este punto y señaló que el principio de precaución puede ser tomado en cuenta en la interpretación del Estatuto de 1975, pero no implica una inversión de la carga de la prueba. CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina v Uruguay, 30 de abril de 2005.

¹⁴⁷ CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Cameroon v Nigeria, Preliminary Objections, 11 de junio de 1998.

¹⁴⁸ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro, 26 de febrero de 2007, párr. 204.

¹⁴⁹ Appellate Body Report, United States—Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, WTO Doc WT/DS33/AB/R, 23 de mayo de 1997.

¹⁵⁰ CIDH, *Godínez vs. Honduras*, 20 de enero de 1989.

¹⁵¹ CIDH, *Kawas vs. Honduras*, 3 de abril de 2009.

¹⁵² CIDH, *Escher et al. vs. Brasil*, 6 de julio de 2009.

¹⁵³ CIDH, *Fernández vs. México*, 30 de agosto de 2010.

¹⁵⁴ CIDH, *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1998.

¹⁵⁵ CEDH, *Kurt vs. Turkey*, cit.

¹⁵⁶ CADH, *Konaté vs. Burkina Faso*, Application No. 004/2013, 5 de diciembre de 2014.

la CADH consideró que se debe lograr una “distribución equitativa de la carga de la prueba” cuando las partes encuentran dificultades por comprobar determinados hechos.

Es de señalarse que en casos que implican la demostración de la responsabilidad internacional del Estado es frecuente que la parte que alega la responsabilidad tenga que probarla (*actori incumbit probatio*), mientras que la parte presuntamente responsable tiene mejor acceso a la información y está en mejores condiciones para aportar pruebas de su propia responsabilidad o no responsabilidad. En este caso, es importante recordar el deber de las partes de cooperar con los órganos judiciales internacionales para aportar todas las pruebas necesarias para la resolución de un caso.¹⁵⁷

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO JUDICIAL INTERNACIONAL

Como se mencionó anteriormente, las medidas provisionales o cautelares constituyen un mecanismo destinado a preservar la efectividad de la resolución final de un órgano judicial o arbitral internacional y evitar que durante el curso de los procedimientos ocurran eventos que causen un perjuicio grave e irreparable para los derechos e intereses de las partes en los litigios internacionales.

Todos los tribunales internacionales son competentes para dictar medidas cautelares. La facultad de la CIJ para pronunciar medidas de esta naturaleza se reconoce en el artículo 41 de su Estatuto.¹⁵⁸ La redacción imprecisa de dicha disposición ha creado numerosas dudas respecto al alcance de la competencia de la Corte en la materia.¹⁵⁹ Las partes en las controversias ante la CIJ pueden solicitar que se otorguen dichas medidas en cualquier etapa del procedimiento.¹⁶⁰ La solicitud debe indicar los motivos en los cua-

¹⁵⁷ Foster, Caroline, *op. cit.*, p. 48.

¹⁵⁸ De conformidad con dicha disposición: “1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas”.

¹⁵⁹ Reiter, Eva, *Preventing Irreparable Harm. Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Intersentia, 2010, p. 5.

¹⁶⁰ De conformidad con el artículo 73-1 del Reglamento de la Corte: “Una demanda escrita solicitando que se indiquen medidas provisionales de resguardo puede ser presentada por una de las partes en cualquier momento en el curso del procedimiento concerniente al asunto con relación al cual se formula tal demanda”.

les se fundamenta¹⁶¹ y adquiere prioridad sobre cualquier otro asunto relacionado con la resolución de la controversia, y la Corte puede reunirse con urgencia para examinarla.¹⁶²

El procedimiento para el otorgamiento de las medidas cautelares es oral, y las partes tienen la oportunidad de presentar sus observaciones y ser representadas en el mismo.¹⁶³ Mientras dura el procedimiento, la Corte “podrá invitar a las partes a actuar de manera que cualquier providencia de la Corte sobre la demanda de indicación de medidas provisionales pueda surtir los efectos deseados”.¹⁶⁴ De conformidad con el artículo 75-1 del Reglamento de la CIJ, las medidas también pueden ser ordenadas *motu proprio* por parte de este tribunal internacional, es decir, sin que esto sea solicitado expresamente por alguna de las partes en la controversia.¹⁶⁵ Hasta la fecha, la Corte ha ordenado medidas cautelares de oficio solamente en el caso *LaGrand*.¹⁶⁶ En todos los demás asuntos, la CIJ ha pronunciado medidas de esta naturaleza a demanda de una de las partes en la controversia.¹⁶⁷ Si la CIJ rechaza una demanda de medidas cautelares, “la parte que las haya solicitado pueda presentar en el mismo asunto una nueva demanda basada en hechos nuevos”.¹⁶⁸ Las medidas cautelares indicadas por la Corte pueden ser modificadas o revocadas en cualquier momento anterior a la adopción de una sentencia resolutoria del fondo del asunto,¹⁶⁹ si una de las partes demuestra

¹⁶¹ Según el artículo 73-2 del Reglamento de la Corte: “La demanda indicará los motivos en que se funda, las posibles consecuencias en caso de que se rechace y las medidas que se solicitan. El Secretario transmitirá inmediatamente a la otra parte copia certificada conforme de la demanda”.

¹⁶² En términos del artículo 74 del Reglamento de la Corte: “1. La demanda de indicación de medidas provisionales tendrá prioridad con respecto a todos los demás asuntos. 2. Si la Corte no estuviese reunida cuando se presente la demanda, será convocada sin tardanza para que, con carácter de urgencia, tome una decisión sobre la demanda”.

¹⁶³ Artículo 74-3 del Reglamento de la CIJ.

¹⁶⁴ Artículo 74-4 del Reglamento de la CIJ.

¹⁶⁵ Según este artículo: “1. La Corte podrá en todo momento decidir examinar de oficio si las circunstancias del asunto exigen la indicación de medidas provisionales que deban adoptar o cumplir las partes o una de ellas”.

¹⁶⁶ CIJ, *LaGrand*, Germany v. United States, Order of 3 March 1999.

¹⁶⁷ CIJ, *Land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria*, Cameroon v. Nigeria, Order of 15 de marzo de 1996, párrs. 44-48.

¹⁶⁸ Artículo 75-3 del Reglamento de la Corte.

¹⁶⁹ Según el artículo 76-1 del Reglamento de la Corte: “La Corte, a instancia de parte, podrá revocar o modificar en todo momento antes del fallo definitivo en el asunto, cualquier decisión relativa a medidas provisionales si un cambio en la situación justifica, a su juicio, esa revocación o modificación”.

que existe un cambio en la situación que justificó su otorgamiento.¹⁷⁰ Por su carácter urgente, las medidas cautelares deben ser ordenadas en un tiempo muy breve desde su solicitud por una de las partes en la controversia. Dicho periodo ha variado en la práctica de la Corte: desde veintiocho días en el caso *Avena*, hasta un día en el caso *LaGrand*, y seis días en el caso *Beard*.¹⁷¹ Los plazos han sido particularmente cortos cuando se ha tratado de proteger vidas¹⁷² o derechos humanos fundamentales.¹⁷³

En muchos casos de su jurisprudencia, la CIJ ha insistido en que la orden de medidas cautelares se justifica por la existencia de un peligro de perjuicio grave e irreparable para los derechos e intereses de una de las partes en la controversia sometida ante su foro. Así, por ejemplo, en el caso *Fisheries Jurisdiction*,¹⁷⁴ la Corte adoptó medidas cautelares para evitar que se produjera un perjuicio irreparable para los derechos de Islandia. En algunos asuntos se ha tratado no sólo de proteger los intereses de las partes, sino también de preservar el medio ambiente de un daño grave e irreparable.¹⁷⁵ En otros asuntos, las medidas cautelares dictadas por la CIJ tuvieron por objetivo evitar que se agrave la controversia entre las partes.¹⁷⁶

La competencia del TIDM para pronunciar medidas cautelares se funda en el artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.¹⁷⁷ Dichas medidas deben ser comunicadas a las partes en la

¹⁷⁰ Artículo 76-2 del Reglamento de la Corte.

¹⁷¹ Reiter, Eva, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷² La CIJ ha pronunciado medidas cautelares consistentes en obligar a Estados Unidos a detener la aplicación de la pena de muerte a individuos (casos *LaGrand* y *Avena*, *cit.*), a ordenar a Irán a liberar miembros del personal diplomático y consular de Estados Unidos, tomados como rehenes en Teherán (CIJ, *Personal diplomático y consular de Estados Unidos a Teherán*), muertes de personal militar y de civiles ocasionados por un conflicto territorial entre Camerún y Nigeria (CIJ, *Land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria*, Order of 15 March 1996) y entre Burkina Faso y Mali (CIJ, *Frontier Dispute case*, Burkina Faso v. Mali, Order of 10 January 1986).

¹⁷³ Así, por ejemplo, en el caso *Armed Activities on the Territory of the Congo*, la CIJ ordenó medidas cautelares que obligaban a las partes a proteger los derechos humanos y a respetar las normas del derecho internacional humanitario en las zonas de conflicto (CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, Congo v. Uganda, Order of 1 July 2000).

¹⁷⁴ CIJ, *Fisheries Jurisdiction cases*, Orders of 17 August 1972.

¹⁷⁵ CIJ, *Nuclear Tests case*, New Zealand v. France, Order of 22 June 1973, §28.

¹⁷⁶ CIJ, *Certain criminal proceedings in France*, Congo v. France, Order of 17 June 2003.

¹⁷⁷ De conformidad con dicha disposición: "Si una controversia se ha sometido en la forma debida a una corte o tribunal que, en principio, se estime competente conforme a esta Parte o a la sección 5 de la Parte XI, esa corte o tribunal podrá decretar las medidas provisionales que estime apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva. Dichas medidas podrán ser

controversia y aplicarse sin demora.¹⁷⁸ El Reglamento del Tribunal se inspira sustancialmente en el Reglamento de la CIJ para precisar el régimen de otorgamiento de medidas cautelares en este mecanismo para la solución de las controversias internacionales.¹⁷⁹ A diferencia del Reglamento de la CIJ, el del TIDM establece requisitos más estrictos respecto al cumplimiento, por las partes, de las medidas cautelares, ordenadas por el Tribunal.¹⁸⁰

El TIDM ha tenido la ocasión de aplicar las reglas de su Estatuto y de su Reglamento en lo relativo al otorgamiento de medidas cautelares en numerosos casos de su jurisprudencia. En el caso *M/V Saiga*,¹⁸¹ el TIDM consideró que podía ordenar medidas cautelares *motu proprio*, sin que éstas hayan sido solicitadas por las partes. En el asunto *MOX Plant*,¹⁸² el TIDM otorgó medidas cautelares distintas a las solicitadas por las partes. En otros casos, el TIDM ha ordenado medidas cautelares, con el fin de evitar la producción de graves daños ambientales en los ecosistemas marinos.¹⁸³ En el asunto *Southern Bluefin Tuna*, el TIDM pronunció medidas cautelares, cuyo fin consistía en preservar los estoques de atún de aleta amarilla y evitar, a través de la aplicación del principio de prevención, que su sobreexplotación

modificadas o revocadas, a demanda de una de las partes, si las circunstancias que exigieron su adopción hayan cambiado y si el Tribunal haya dado la posibilidad a las partes de que sus observaciones sean oídas". El TIDM tiene competencia para ordenar medidas cautelares distintas, en todo o en parte, de las solicitadas por las partes. Las solicitudes de medidas cautelares tienen prioridad sobre cualquier otro asunto del procedimiento llevado a cabo ante el Tribunal y pueden exigir que éste se reúna de urgencia. Si el tribunal rechaza una solicitud de medidas cautelares, una de las partes en la controversia puede volver a solicitar dichas medidas, sobre la base de los mismos hechos. Una parte puede solicitar que se modifiquen o revoquen las medidas cautelares ordenadas por el Tribunal, siempre que haya ocurrido un cambio en las circunstancias que justificaron su adopción; en este caso, el TIDM debe garantizar que sean oídos los argumentos y observaciones de ambas partes en la controversia.

¹⁷⁸ Artículo 290-4 y 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

¹⁷⁹ De conformidad con el artículo 89 de dicho Reglamento, las partes pueden solicitar, por escrito, que se ordenen medidas cautelares en cualquier parte del procedimiento ante el Tribunal, siempre que expongan los motivos que justifican su otorgamiento. En particular, las partes deben demostrar que existe un peligro grave e irreversible para la preservación de los derechos de una de las partes o para la prevención de un daño serio al medio marino (artículo 89-3 del Reglamento del TIDM).

¹⁸⁰ Según el artículo 95-1 de dicho Reglamento, las partes deben someter al TIDM un informe respecto a las medidas que han adoptado para cumplirlas. En el mismo sentido, el TIDM puede solicitar información adicional respecto a la ejecución de dichas medidas por las partes (artículo 95-2 del Reglamento del TIDM).

¹⁸¹ TIDM, *M/V Saiga*, Order of 11 March 1998.

¹⁸² TIDM, *MOX Plant*, Ireland v. UK, Order of 3 December 2001, párr. 83.

¹⁸³ TIDM, *MOX Plant*, Ireland v. UK, Order of 3 December 2001, párrs. 77-89.

causara un daño ambiental al medio marino.¹⁸⁴ Es de resaltarse, además, que la mayor parte de las medidas cautelares ordenadas por el TIDM conciernen casos de pronta liberación de buques y de sus tripulaciones.

La competencia de la CIDH para adoptar medidas cautelares se establece en el artículo 62-3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸⁵ Por su parte, las condiciones para el otorgamiento de dichas medidas se fijan en el artículo 27 del Reglamento de la Corte.¹⁸⁶ Las medidas cautelares pueden ser solicitadas por las víctimas de violaciones de derechos humanos y comunicadas a la presidencia de la Corte.¹⁸⁷ La CIDH, igual que el TIDM, es competente para exigir a los Estados parte en las controversias sometidas ante su foro que presenten un informe sobre el cumplimiento de las medidas cautelares ordenadas por la Corte.¹⁸⁸ La Corte podrá requerir a las partes información adicional que justifique el otorgamiento de medidas cautelares¹⁸⁹ y convocar a una reunión pública sobre éstas a todas las partes involucradas.¹⁹⁰

En algunos casos de la jurisprudencia de la CIDH, las medidas cautelares han sido utilizadas para detener la aplicación de la pena de muerte a individuos.¹⁹¹ Así, por ejemplo, en 1998, el asunto *James et al.*, la CIDH pronunció medidas cautelares consistentes en solicitar a Trinidad y Tobago la adopción de todas las medidas necesarias para preservar la vida de seis

¹⁸⁴ TIDM, *Southern Bluefin Tuna*, Order of 27 August 1999.

¹⁸⁵ De conformidad con dicha disposición: “2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

¹⁸⁶ De conformidad con dicha disposición, la Corte puede ordenar medidas de esta naturaleza “en cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas”.

¹⁸⁷ Artículo 27-4 del Reglamento de la CIDH.

¹⁸⁸ Artículo 27-7 del Reglamento de la CIDH.

¹⁸⁹ Según el artículo 27-8 del Reglamento de la CIDH: “En las circunstancias que estime pertinente, la Corte podrá requerir de otras fuentes de información datos relevantes sobre el asunto, que permitan apreciar la gravedad y urgencia de la situación y la eficacia de las medidas. Para los mismos efectos, podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos”.

¹⁹⁰ De conformidad con el artículo 27-9 del Reglamento de la CIDH: “La Corte, o su Presidencia si ésta no estuviere reunida, podrá convocar a la Comisión, a los beneficiarios de las medidas, o sus representantes, y al Estado a una audiencia pública o privada sobre las medidas provisionales”.

¹⁹¹ Es de señalarse que aparte de Guatemala y Barbados, ningún otro Estado miembro de la OEA que aplica la pena de muerte (en particular, Estados Unidos) ha aceptado la competencia contenciosa de la CIDH.

personas condenadas a la pena de muerte, de conformidad con la legislación interna de este Estado.¹⁹² Un año después, Trinidad y Tobago se retiró del Estatuto la Corte. En el caso *Boyce et al. v. Barbados*,¹⁹³ la Corte pronunció medidas cautelares para ordenar a este país la conmutación de la pena de muerte impuesta al demandante. De igual modo, en los casos *Raxcacó et al. v. Guatemala*,¹⁹⁴ la CIDH ordenó a Ecuador suspender la pena de muerte pronunciada en contra del demandante en violación de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. La CIDH también ordenó medidas cautelares en el caso *Bustíos Rojas*.¹⁹⁵

Según el artículo 27 del Protocolo adicional al instrumento constitutivo de la CADH: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y, cuando se requiera evitar daño irreparable a las personas, la Corte podrá adoptar las medidas cautelares que estime pertinentes”. Dicho artículo deja una gran margen de libertad a la Corte para decidir el otorgamiento de medidas de esta naturaleza.¹⁹⁶ Hasta la fecha, la CADH ha pronunciado medidas cautelares en 41 casos de su jurisprudencia.¹⁹⁷ Así por ejemplo, en el caso *Commission vs. Libya*, la Corte indicó medidas cautelares consistentes en ordenar a Libia a no adoptar acción alguna que podría resultar en la pérdida de vidas humanas o en un menoscabo de la integridad física de personas durante el conflicto armado que tuvo lugar en dicho país a partir de 2011.¹⁹⁸ En el caso *Konate vs. Burkina Faso*, la CADH indicó medidas cautelares para obligar al Estado a proveer asistencia médica y medicinas a un individuo, en estado de salud delicado, después de haber sido encarcelado durante un proceso penal.¹⁹⁹ En el caso *Ally Rajabu vs. Tanzania*, la Corte dictó medidas cautelares para ordenar la suspensión de la pena de muerte en contra de un individuo

¹⁹² CIDH, *James et al. vs. Guatemala*, orden de medidas cautelares, 29 de junio de 1998.

¹⁹³ CIDH, *Boyce et al. v. Barbados*, 20 de noviembre de 2007.

¹⁹⁴ CIDH, *Raxcacó et al. v. Guatemala*, rden de medidas cautelares, 30 de agosto de 2004.

¹⁹⁵ CIDH, *Bustíos Rojas*, Orden de medidas cautelares, 8 de agosto de 1990.

¹⁹⁶ Dicha libertad se confirma en el artículo 35 del Protocolo adicional al Estatuto de la Corte. De conformidad con dicha disposición: “La Corte será competente, por su propia iniciativa o a demanda de las partes, de indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, cualquier medida provisional que debe ser adoptada para preservar los derechos respectivos de las partes”.

¹⁹⁷ List of cases where orders of provisional measures have been issued, disponible en: <https://en.african-court.org/index.php/59-list-of-cases-with-provisional-measures/1037-list-of-cases-where-orders-for-provisional-measures-have-been-issued>.

¹⁹⁸ CADH, *African Commission on Human and People's Rights vs. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, orden del 25 de marzo de 2011, párr. 25.

¹⁹⁹ CADH, *Lohe Issa Koné vs. Burkina Faso*, orden del 4 de octubre de 2013, párr. 23.

antes de que se resuelva el fondo del litigio sometido ante su foro.²⁰⁰ Es de señalarse que veinte de los 41 casos en los que la CADH ha ordenado medidas cautelares se refieren a la suspensión de la pena de muerte, impuesta a individuos en casos que implicaban alegaciones de violaciones de derechos humanos cometidas precisamente por el gobierno de Tanzania.²⁰¹

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, la competencia de la CEDH para otorgar medidas cautelares se establece en la regla 39 del Reglamento de Procedimiento de la Corte.²⁰² La CEDH ha ordenado medidas de esta naturaleza en numerosos casos de su jurisprudencia. Es de señalarse que las solicitudes de medidas cautelares presentadas sobre la base de la regla 39 del Reglamento de Procedimiento de la Corte han aumentado exponencialmente.²⁰³ En la mayoría de los casos, las medidas cautelares son solicitadas a la Corte por las víctimas de violaciones de derechos humanos y, en casos excepcionales, por Estados, tratándose de la resolución de controversias interestatales.²⁰⁴ La CEDH también ha indicado medidas cautelares para detener la aplicación de la pena de muerte a individuos. Así, por ejemplo, en el caso *Öcalan v. Turkey*, la Corte ordenó a Turquía suspender la pena de muerte pronunciada en contra del demandante. Pocos años después, Turquía definitivamente abolió la aplicación de la pena de muerte en su ordenamiento jurídico interno.²⁰⁵ En el caso *Soering*, la CEDH adoptó medidas cautelares consistentes a ordenar al Reino Unido a no extraditar a un individuo hacia Estados Unidos porque en este país se le iba a aplicar

²⁰⁰ CADH, *Ally Rajabú and others vs. Tanzania*, orden del 18 de marzo de 2016, párr. 23.

²⁰¹ Disponible en: <https://en.african-court.org/index.php/59-list-of-cases-with-provisional-measures/1037-list-of-cases-where-orders-for-provisional-measures-have-been-issued>.

²⁰² Según esta disposición: “1. La Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de acuerdo con el apartado 4 del presente artículo podrán, ya sea a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento. 2. Cuando así se considere oportuno, el Comité de Ministros será inmediatamente informado de las medidas adoptadas en un asunto. 3. La Sala, o en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de acuerdo con el apartado 4 del presente artículo podrán solicitar a las partes que aporten información sobre cualquier cuestión relativa a la puesta en práctica de las medidas cautelares indicadas. 4. El presidente del TEDH podrá designar como Jueces de guardia a los Vicepresidentes de Sección para resolver sobre la solicitud de medidas cautelares”.

²⁰³ Así, por ejemplo, entre 2006 y 2010, dichas solicitudes aumentaron en un 4000% (*ECtHR, Statement issued by the President of the European Court of Human Rights concerning requests for interim measures, Rule 39 of the Rules of the Court*) issued 11 February 2011.

²⁰⁴ CEDH, *Georgia v. Russia*, 13 de diciembre de 2011, párr. 5.

²⁰⁵ CEDH, *Öcalan v. Turkey*, 12 de mayo 2005.

la pena de muerte.²⁰⁶ En el caso *AlSaadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, la Corte pronunció medidas cautelares y solicitó al Reino Unido a no permitir que su ejército entregue individuos a las autoridades iraquíes debido a la existencia de un peligro fundado de que éstos fueran ejecutados.²⁰⁷ La Corte ha ordenado medidas cautelares para evitar el retorno a individuos a países donde enfrentaban el peligro de explotación sexual,²⁰⁸ mutilación genital femenina,²⁰⁹ venganza familiar,²¹⁰ riesgos para la salud²¹¹ o riesgos de detención arbitraria.²¹² En otros casos, la CEDH dictó medidas cautelares para proteger el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes²¹³ y, en general, para proteger la integridad física y corporal de individuos.²¹⁴ En la actualidad, muchas de las medidas cautelares ordenadas por la CEDH tienen que ver con la protección de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el continente europeo.²¹⁵

Hace aproximadamente una década surgió un importante debate en torno a la obligatoriedad de las medidas pronunciadas por los órganos judiciales internacionales.

La mayoría de los estatutos constitutivos o reglamentos de los tribunales internacionales guardan silencio o contienen reglas poco precisas respecto a esta importante cuestión.²¹⁶ El reconocimiento de la obligatoriedad de las medidas cautelares en el derecho internacional resultó de una verdadera “revolución pretoriana” en la que se unieron prácticamente todas las jurisdicciones internacionales. El primer órgano judicial internacional en reconocer el carácter vinculante de dichas medidas fue la CIJ en el importante

²⁰⁶ CEDH, *Soering v. United Kingdom*, 7 de julio de 1989.

²⁰⁷ CEDH, *Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, 2 de marzo de 2010, párr. 137.

²⁰⁸ CEDH, *M. v. the United Kingdom*, 1o. de diciembre de 2009.

²⁰⁹ CEDH, *Abraham Lunguli v. Sweden*, 1o. de julio de 2003.

²¹⁰ CEDH, *H.N. v. the Netherlands*, 31 de marzo de 2011.

²¹¹ CEDH, *Ahmed v. Sweden*, 22 de febrero de 2007, párr. 20.

²¹² CEDH, *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, 17 de enero de 2012, párr. 3.

²¹³ CEDH, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, párr. 104.

²¹⁴ CEDH, *Savridin Dzshurayev v. Russia*, 25 de abril de 2013, párr. 213.

²¹⁵ Entre otros, en los casos CEDH, *Saadi v. Italy*, 28 de febrero de 2008, párr. 124-133 y CEDH, *Salah Sheekh v. the Netherlands*, 11 de enero de 2007.

²¹⁶ Así, por ejemplo, el artículo 41 del Estatuto de la CIJ mencionaba las medidas “que deban tomarse” (*ought to be taken*, en la versión en inglés del artículo), lo que sugería que éstas no gozan de un carácter obligatorio. En cambio, el artículo 290 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece que el TIDM “podrá decretar las medidas provisionales...”, lo que implicaría un mayor grado de obligatoriedad, pero sin que dicha obligatoriedad se reconociera en forma expresa.

caso *LaGrand*.²¹⁷ La Corte confirmó lo establecido en el caso *LaGrand* en el posterior caso *Avena*.²¹⁸ Poco tiempo después, en el caso *Mamatkulov y Askarov*, la CEDH también proclamó, de manera solemne, el carácter obligatorio de las medidas cautelares.²¹⁹ Por su parte, la CIDH declaró la obligatoriedad de dichas medidas en el caso *Gutiérrez Soler*.²²⁰ En el caso *Victor Pey Casado*,²²¹ un tribunal arbitral del CIADI determinó, en un *obiter dictum*, la obligatoriedad de las medidas cautelares en este sistema de resolución de las controversias.²²²

VI. LA (NO) APLICACIÓN DE LA REGLA DEL PRECEDENTE ANTE LOS ÓRGANOS JUDICIALES INTERNACIONALES²²³

La cuestión del valor de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional se discutió desde la adopción del Estatuto de la CPJI. Durante los *travaux préparatoires* de dicho instrumento, Lapradelle declaró que sería útil especificar que la “Corte no podría actuar como legislador”, y lord Phillimore añadió que “las sentencias judiciales declaran, pero no crean el derecho”.²²⁴

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.²²⁵

Así adoptados, los textos de los artículos 38 y 59 del Estatuto de la CPJI fueron insertados en el Estatuto de la CIJ sin mayores cambios. En virtud del artículo 38:

²¹⁷ CIJ, *LaGrand*, Germany v. United States, 27 de junio de 2001, párr. 102.

²¹⁸ CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos*, México c. Estados Unidos, 31 de marzo de 2004.

²¹⁹ CEDH, *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, 4 de febrero de 2005.

²²⁰ CIDH, *Gutiérrez Soler c. Colombia*, 30 de junio de 2011.

²²¹ *Victor Pey Casado c. Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2.

²²² *Ibidem*, párr. 10, 19.

²²³ Para un análisis más exhaustivo de algunos de los argumentos expuestos en esta parte del trabajo, véase Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional”, en Becerra, Manuel (comp.), *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional desde una visión latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

²²⁴ Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920, with Annexes* (1920), p. 584.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 592 y 593.

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:... *d.* las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

Por su parte, el artículo 59 del Estatuto de la CIJ establece que “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. En virtud de estos artículos, las sentencias de los tribunales internacionales no pueden constituir una fuente formal del derecho internacional. Dichas decisiones desempeñan una función meramente “auxiliar” o “indirecta” en la determinación de las reglas del derecho internacional.²²⁶ 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.²²⁷

Los estatutos constitutivos de las demás jurisdicciones internacionales no contienen una disposición similar a la del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Así, por ejemplo, las disposiciones que prevén la “ley aplicable” ante el TIDM,²²⁸ la CEDH²²⁹ o la CIDH²³⁰ se refieren únicamente a las normas específicas que estos tribunales internacionales podrán utilizar para resolver las controversias que se les someten, pero no contienen ninguna referencia explícita al valor de la jurisprudencia como fuente formal del derecho internacional. Las únicas excepciones notables se encuentran en el Estatuto de la CPI y en el Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.²³¹ En cambio, la mayoría de los estatutos constitutivos de tribunales internacionales contienen una disposición similar a la del artículo 59 del Estatuto

²²⁶ Guillaume, Gilbert, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2, p. 8.

²²⁷ Gingsburg, Tom, “Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking”, *Virginia Journal of International Law*, 2005, vol. 45, p. 6.

²²⁸ Artículo 293-1 (de la parte XV: Solución de controversias) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

²²⁹ La principal “ley aplicable” ante la CEDH se establece en el artículo 32 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

²³⁰ Artículo 62 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

²³¹ Según el artículo 21. 1 del Estatuto de la CPI: “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. El Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC, en su artículo 3.2, establece que “...el ORD no puede adicionar o disminuir los derechos u obligaciones previstos en los acuerdos abarcados”.

de la CIJ. Así, por ejemplo, los estatutos del TIDM,²³² de la CEDH,²³³ de la CIDH,²³⁴ del TPIY²³⁵ y de la CPI²³⁶ establecen la obligatoriedad de las sentencias de dichos órganos judiciales únicamente para las partes en el litigio concreto.

Existen, además, muchos casos de la jurisprudencia concreta de los tribunales internacionales que confirman que sus sentencias no constituyen precedentes judiciales obligatorios.

Así, por ejemplo, en el caso *Fisheries Jurisdiction*, la CIJ estimó que no puede dictar sentencias *sub specie legis ferendae* o anticipar el derecho antes de que el legislador lo haya adoptado.²³⁷ 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.²³⁸ El TPIY, en el caso *Kupreskic*, consideró que la jurisprudencia sólo puede utilizarse como “un medio auxiliar para la determinación de las reglas jurídicas”, conforme con lo establecido en el artículo 38-1 d) del Estatuto de la CIJ, que “expresa el derecho internacional consuetudinario”.²³⁹ Por lo tanto, el Tribunal concluyó que “no puede adherirse a la doctrina de la fuerza obligatoria del precedente judicial (regla del *stare decisis*) aplicada en los países de *Common Law*”,²⁴⁰ y subrayó que “el precedente judicial no es una fuente... del de-

²³² La “cristalización” del principio *res iudicata* en el Estatuto del TIDM se establece en términos casi idénticos. En este sentido, en virtud del artículo 33 de dicho tratado: “1. El fallo del Tribunal será definitivo y obligatorio para las partes en la controversia. 2. El fallo sólo tendrá fuerza obligatoria para las partes y respecto de la controversia que haya sido decidida. 3. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, el Tribunal lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

²³³ En este sentido, el artículo 44 del Estatuto de la CEDH prevé que “1. La sentencia de la Gran Sala será definitiva...”.

²³⁴ Por su parte, el artículo 31 referente a las “resoluciones” de la CIDH establece que “3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación”.

²³⁵ Según el artículo 10 del Estatuto del TPIY: “1. No person shall be tried before a national court for acts constituting serious violations of international humanitarian law under the present Statute, for which he or she has already been tried by the International Tribunal...”.

²³⁶ De conformidad con el artículo 20 del Estatuto de la CPI: “1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte...”.

²³⁷ CIJ, *Fisheries Jurisdiction*, *cit.*, párr. 53.

²³⁸ CIJ, *Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares*, *cit.*, párr. 105.

²³⁹ TPIY, *Kupreskic et al.*, 14 de enero de 2000, párr. 537.

²⁴⁰ *Ibidem*, párr. 540.

recho penal internacional”.²⁴¹ 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.²⁴²

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

Es de considerarse que la redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ se inscribe en la cultura jurídica romano-germánica.²⁴³ En dicha cultura, la función del juez consiste en descubrir o determinar el derecho aplicable al caso, aclarar su significado, si es necesario, y deducir una serie de consecuencias de su aplicación, con el objetivo de resolver el litigio que se le somete. La sentencia judicial constituye una extensión deductiva evidente del derecho preexistente,²⁴⁴ pero no una obra creadora de nuevo derecho.²⁴⁵

La idea de que los tribunales internacionales no crean derecho, sino que se limitan a aplicar un derecho preexistente se basa también en la presunción de que el derecho internacional es creado por alguien más.²⁴⁶ Desde esta perspectiva, la principal oposición por considerar a la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional es teóricamente fundada en la doctrina del positivismo jurídico. En la visión del positivismo, las únicas normas internacionales válidas son las que expresan la voluntad de los Estados. Consecuentemente, las únicas fuentes formales del derecho internacional son las expresadas en los primeros apartados del artículo 38 del Estatuto de la CIJ: los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho.²⁴⁷ En cuanto a la jurisprudencia, el consentimiento

²⁴¹ *Idem.*

²⁴² CEDH, *Johnston and others v. Ireland*, 18 de diciembre de 1986, párr. 53.

²⁴³ Barberis, Julio, “La Jurisprudencia Internacional como fuente de Derecho de Gentes según la Corte de La Haya”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Max-Planck-Institut, 1971, vol. 31, p. 643.

²⁴⁴ Shapiro, Martin, “A Theory of Stare Decisis”, *Journal of Legal Studies*, 1972, vol. 1, p. 125; Stone Sweet, Alec, “Judicial Authority and Market Integration in Europe”, en Ginsburg, Tom y Kagan, Robert (eds.), *Institutions and Public Law. Comparative Approaches*, Peter Lang, 2005, pp. 93-99.

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ Venzke, Ingo, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2011, vol. 34, p. 8.

²⁴⁷ En los dos primeros casos, el consentimiento de los Estados al valor creador de las fuentes del derecho internacional es más fácil de comprobar. Los tratados son la expresión directa de la voluntad de los sujetos del orden jurídico internacional a vincularse jurídicamente y a crear una norma jurídica convencional, de carácter obligatorio, que establezca derechos y obligaciones recíprocos para sus partes. El consentimiento estatal también es pre-

de los Estados a la creación de derecho internacional por las sentencias de los jueces internacionales es claramente ausente. *A fortiori*, con la redacción de los artículos 38 y 59 del Estatuto de la CIJ, los Estados parecen haber negado explícitamente cualquier voluntad por considerar que dichas sentencias constituyen precedentes obligatorios.

No obstante, esto no significa que la jurisprudencia de los tribunales internacionales no sea susceptible de producir una influencia que va más allá de la simple resolución de un litigio particular. A pesar de no constituir precedentes obligatorios, las sentencias de los órganos judiciales internacionales sin duda ejercen una función muy importante para el desarrollo del derecho internacional.

Siempre ha resultado difícil determinar lo que se entiende por “desarrollo” del derecho (internacional). Para algunos, este “desarrollo” equivale a la “aclaración” del sentido de las normas internacionales²⁴⁸ y constituye un elemento “esencial” del ejercicio de la función judicial internacional.²⁴⁹ No obstante, el desarrollo del derecho internacional por parte de los jueces internacionales puede ir más allá de la simple aclaración de significados.²⁵⁰ En términos del juez Álvarez, “en muchos casos es imposible decir dónde termina el desarrollo del derecho y dónde comienza su creación”.²⁵¹ Existen (por lo menos) tres hipótesis en las que los jueces internacionales desarrollan de manera muy extensiva las normas del derecho internacional. El primero de estos casos se presenta cuando los jueces internacionales determinan la existencia de una norma internacional consuetudinaria, y el segundo atañe a los asuntos en los que los tribunales internacionales están llevados a llenar las lagunas o los silencios del derecho existente. Finalmente, la interpretación judicial de una determinada norma o principio internacional también suele confundirse con una obra creadora de derecho internacional.

sente, aunque de manera más indirecta, en la creación de derecho por parte de la costumbre: segunda fuente formal del derecho internacional según el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. En virtud de esta disposición, la costumbre se constituye por una práctica generalizada de los Estados, aceptada por ellos como derecho. En la definición de la tercera fuente del derecho internacional —los principios generales del derecho— también se prevé la necesidad de reconocimiento (por parte de las “naciones civilizadas”), pero no se exige una práctica común.

²⁴⁸ Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 8.

²⁴⁹ Lauterpacht, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, Oxford-Clarendon Press, 1933, p. 249.

²⁵⁰ Pescatore, Pierre, “Aspects judiciaires de l’«acquis communautaire»”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, pp. 617-651.

²⁵¹ CIJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Individual Opinion of Judge Alvarez, 11 de abril de 1949, p. 190.

En efecto, las sentencias judiciales internacionales constituyen el primer paso y el paso decisivo en el proceso de formación de una nueva norma internacional consuetudinaria.²⁵² Si un Estado no está de acuerdo con la declaración judicial de la existencia de una norma consuetudinaria, podría objetar persistentemente o convertirse en *persistent objector*, pero la sentencia judicial declaratoria de la costumbre le atribuye la carga de la prueba de que efectivamente lo es; un Estado que guarda silencio en relación con la sentencia judicial se considera vinculado por la costumbre “cristalizada” en la misma. En relación con esto, el juez Shabuddeen señala que las sentencias judiciales pueden crear derecho únicamente a través del proceso en el que se desarrolla el derecho internacional consuetudinario.²⁵³

La línea de demarcación entre el desarrollo y creación del derecho internacional es aún más delgada tratándose de las sentencias judiciales en las que los jueces internacionales se enfrentan a lagunas o silencios en el derecho aplicable al caso sometido ante su foro.²⁵⁴ Según la presunción de completitud del ordenamiento jurídico internacional, éste contiene lo necesario para llenar las lagunas, y el juez no tiene que crear nuevas normas, sino simplemente “descubrir” o “hallar” las ya provistas por el derecho existente. No obstante, aun cuando los jueces proceden de este modo, puede resultar que, contrariamente al método antes señalado, se ha creado nuevo derecho.²⁵⁵ Existen muchos casos concretos en los que los tribunales internacionales han desarrollado el derecho internacional de manera muy extensiva al llenar lagunas de las normas aplicables al caso.²⁵⁶

La creación de derecho en estos supuestos se relaciona muy estrechamente con los métodos de interpretación que utilizan los tribunales internacionales. En principio, la interpretación del derecho por parte del juez debe

²⁵² Boschiero, Nerina, *The International Courts and the Development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves*, Asser Press, 2013.

²⁵³ Schabuddeen, Mohammad, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1997, pp. 69-73.

²⁵⁴ Vereschtetin, V., “Is Deceptive Clarity Better than «Apparent Indecision»”, *Liber amicorum: Judge Mohammed Bedjaoui*, Martinus Nijhoff, 1999, p. 534.

²⁵⁵ Shabuddeen, Mohammed, *op. cit.*, p. 91.

²⁵⁶ El muy comentado caso *Tadic* es considerado como un ejemplo de creación de derecho (penal) internacional por parte del TPIY. De la misma manera, en los casos *Acayesu* y *Furundzija* los jueces del TPIR y del TPIY, respectivamente, llenaron varias lagunas del derecho penal internacional, al determinar que la violación constituye un crimen de lesa humanidad. Lo decidido por los tribunales penales *ad hoc* en dichos asuntos sirvió de inspiración para la redacción de los artículos del Estatuto de la CPI en esta materia y se considera como un ejemplo de la formación de nuevas normas de derecho internacional por el efecto de la adopción de sentencias judiciales.

limitarse a “descubrir” el sentido correcto de una norma —necesariamente precontenido en esta última—. ²⁵⁷ No obstante, la interpretación va más allá de la simple indagación o cognición del sentido ya contenido en una determinada norma jurídica. Como lo señala Cecilia Medina, la “interpretación normativa” muchas veces se convierte en “interpretación creativa”. ²⁵⁸ En términos de Venzke, la interpretación sería una “práctica creadora de derecho” (*jurisgenerative practice*). ²⁵⁹ Se pueden citar varios casos en los que los órganos judiciales internacionales han desarrollado “interpretaciones creativas de las normas internacionales”. ²⁶⁰

Además de desempeñar importantes funciones para el desarrollo del derecho internacional, las sentencias de los tribunales internacionales son esenciales para preservar la coherencia en la interpretación y aplicación de las normas de este conjunto normativo. En efecto, el respeto, por parte de los tribunales internacionales, de lo resuelto en sus sentencias anteriores contribuye indudablemente a preservar la coherencia del derecho internacional. ²⁶¹ 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. ²⁶² Algunos autores incluso consideran que si un juez internacional no cita casos anteriores en el texto de su sentencia es porque no los hay. ²⁶³ Así, por ejemplo, la CIJ se ha referido a su propia jurisprudencia en el 36% de los casos resueltos entre

²⁵⁷ Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 3.

²⁵⁸ Medina Quiroga, Cecilia, “The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretations”, *The Oxford Handbook on International Human Rights*, 2013, p. 650.

²⁵⁹ Venzke, Ingo, *op. cit.*, p. 13.

²⁶⁰ Así, por ejemplo, en el caso *Furundžija*, el TPIY interpretó la noción de “violación” a la luz de uno de los fines y objetivos de las normas del derecho penal internacional: la protección de la dignidad humana, y, en consecuencia, consideró que este acto constituía un crimen de lesa humanidad. En los comentarios de este caso se señaló que los jueces del Tribunal procedieron a “una creación del derecho, disfrazada de interpretación teleológica”. En el mismo sentido, en el caso *Van Gend en Loos*, el TJUE utilizó el método teleológico para establecer, por su propia autoridad, el principio de efecto directo del derecho de la UE. De igual modo, la CIJ recurrió a dicho método para establecer solemnemente la obligatoriedad de las medidas cautelares en el derecho internacional. Este mismo método fue utilizado por la CEDH en el importante caso *Mamatkulov* para desviarse de la jurisprudencia anterior en la materia y para proclamar, de manera solemne, el carácter obligatorio de las medidas cautelares en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

²⁶¹ Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 6.

²⁶² Jacob, Marc, “Lawmaking Through International Adjudication”, *German Law Journal*, 2010, vol. 12, p. 1009.

²⁶³ *Idem*.

1948 y 2002.²⁶⁴ 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.²⁶⁵ Los otros tribunales internacionales también citan con mucha frecuencia tanto sus propias sentencias como las sentencias de otras jurisdicciones internacionales.²⁶⁶ 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.²⁶⁷

Esta citación constante de la jurisprudencia anterior podría fácilmente confundirse con el desarrollo de una doctrina de precedentes en el plano internacional. No obstante, las referencias no traducen la aplicación estricta de la regla de *stare decisis*. Los tribunales internacionales no están obligados a basar sus sentencias en lo ya decidido previamente en su propia jurisprudencia o en la de otros órganos judiciales. Los jueces internacionales pueden seguir, pero también cambiar con completa libertad la solución adoptada en un caso anterior.²⁶⁸ Debido a la ausencia de jerarquía entre los tribunales internacionales, lo dispuesto en sus sentencias anteriores no posee una fuerza jurídica vinculante para la resolución de los casos futuros, y no prefigura precedentes obligatorios.²⁶⁹ Lejos de ser un “argumento de autoridad” que imponga una solución jurídica u otra, la citación de una sentencia internacional previa constituye un “argumento de persuasión”, dotado de una autoridad informativa y meramente orientadora.

Para determinar si la doctrina de *stare decisis* se aplica en el derecho internacional también es necesario aclarar por qué las sentencias de los tribu-

²⁶⁴ Gingsburg, Tom, *op. cit.*, p. 8.

²⁶⁵ *Idem*.

²⁶⁶ Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 5.

²⁶⁷ En un estudio muy amplio sobre la citación de jurisprudencia anterior en las sentencias de los tribunales internacionales, Nathan Miller constata que de un margen de 173 referencias a casos anteriores, sólo once fueron utilizadas para deslindarse o pronunciarse de otra manera (*ouerrule*), las restantes 162 fueron utilizadas de manera positiva o neutral. Miller, Nathan, “An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» Across International Tribunals”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 483-495.

²⁶⁸ La problemática relativa a la facultad y no obligación para los tribunales internacionales de referirse a casos de jurisprudencia anterior es resumida por el artículo 21. 2 del Estatuto de la CPI. Como se mencionó anteriormente, según dicha disposición: “La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”. Dicho en otros términos, la Corte podrá seguir lo establecido en decisiones anteriores, pero no está obligada a hacerlo. Della Morte, Gabriele, “Les Tribunaux pénaux Internationaux et les références à leur propre jurisprudence: *auctoritas rerum similiter judicatarum?*”, en Delmas-Marty, Mireille *et al.* (coord.), *Les sources du droit pénal international*, Société de Législation Comparée, p. 211.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 216.

nales internacionales no constituyen precedentes obligatorios para los tribunales internos. En este sentido, es necesario distinguir entre la ejecución del dispositivo de las sentencias de los órganos judiciales internacionales y el otorgamiento de fuerza jurídica vinculante a los considerandos de dichas sentencias.

La mayoría de los estatutos constitutivos de los tribunales internacionales contienen una disposición expresa en torno a la obligación de los Estados de respetar lo establecido en sus sentencias.²⁷⁰ El reconocimiento de la obligatoriedad de las sentencias de los tribunales internacionales no constituye más que la “cristalización” del principio *res iudicata*. Si el estatuto de un tribunal internacional “cristaliza” el principio *res iudicata*, al establecer la obligatoriedad de las sentencias de dicho órgano judicial para los Estados parte en las controversias presentadas ante su foro, por aplicación del principio *pacta sunt servanda*, los países que han ratificado este tratado tienen que ejecutar lo dispuesto en dichas resoluciones. Como se dijo con anterioridad, el principio *res iudicata* concierne únicamente al dispositivo y no a los considerandos de una sentencia judicial internacional. Por ende, los Estados parte en una controversia resuelta por la sentencia de un tribunal internacional tienen la obligación jurídicamente vinculante de ejecutar el dispositivo de la resolución.

En cambio, para determinar si las sentencias de los tribunales internacionales constituyen precedentes obligatorios para los tribunales internos no se requiere apreciar la obligatoriedad de la parte resolutive de las sentencias de los tribunales internacionales, sino la fuerza jurídica de sus considerandos. No existen reglas escritas o no escritas, en el derecho interno y en el internacional, que establezcan el valor de las sentencias de los jueces internacionales para la jurisprudencia de los órganos judiciales internos. Por lo tanto, dicha determinación ha sido dejada por completo en manos de los propios jueces.

La CIDH ha sido, hasta la fecha, el único tribunal internacional que ha afirmado, por su propia autoridad, que sus sentencias son susceptibles de constituir precedentes judiciales obligatorios para los tribunales internos de los

²⁷⁰ Así, por ejemplo, la obligación de los Estados de ejecutar las sentencias de la CIJ está prevista no sólo en el Estatuto de la Corte, sino también en el artículo 94 de la Carta de la ONU. En virtud de dicha disposición: “1. Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. 2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

Estados que forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En el caso *Amonacid Arellano*, la CIDH consideró que los jueces internos de los Estados miembros de la Convención Interamericana de Derechos Humanos deben controlar la conformidad del derecho interno con dicho tratado internacional. Pero, además, de manera novedosa y apartándose del diseño tradicional del control de convencionalidad en el derecho internacional, la Corte estimó que al desarrollar dicho control, los jueces deben tomar en cuenta no sólo la letra de la Convención, sino también las sentencias de la propia Corte, en cuanto constituyen la interpretación “última” del tratado.²⁷¹ Esas interpretaciones se exponen en los considerandos de las sentencias de la CIDH. Por lo tanto, al enunciar que las mismas son obligatorias para los jueces internos, en términos del control de convencionalidad, la Corte, en realidad, consideró que los considerandos de sus sentencias tienen una fuerza jurídica vinculante para los tribunales internos. La CIDH reafirmó esta solución en el caso *Gelman*.²⁷²

Los jueces internos de los Estados pertenecientes al sistema interamericano de protección de los derechos humanos respondieron positivamente a esta obra pretoriana de la CIDH y consagraron, en su propia jurisprudencia, el valor obligatorio de los precedentes judiciales emanados de este tribunal internacional.²⁷³

Ningún otro tribunal internacional ha afirmado que sus sentencias constituyen precedentes obligatorios para los tribunales internos, y la postura de las jurisdicciones internas respecto al valor de las sentencias de los órganos judiciales internacionales ha sido divergente.

Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Sánchez Llamas*,²⁷⁴ determinó que los considerandos de las sentencias

²⁷¹ CIDH, *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

²⁷² En dicho asunto, la CIDH reiteró que “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. CIDH, *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr. 193.

²⁷³ Para una lista de casos de cortes supremas de dichos Estados que afirman la obligatoriedad de los precedentes judiciales de la CIDH, véase CIDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párr. 226-232.

²⁷⁴ US Supreme Court, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

de la CIJ merecían “una consideración respetuosa” (*respectful consideration*), pero no constituían precedentes obligatorios para los tribunales internos de Estados Unidos.²⁷⁵ Es de enfatizarse que los tribunales estadounidenses también han negado la fuerza jurídica obligatoria de las sentencias de otros órganos judiciales o casijudiciales internacionales.²⁷⁶

Jueces internos de otros Estados también se han mostrado renuentes a reconocer la obligatoriedad de los considerandos de las sentencias de la CIJ para los casos futuros resueltos por tribunales internos. Así, por ejemplo, en la *saga Ferrini*, la *Corte di cassazione* italiana consideró que la interpretación de la CIJ en el caso *Jurisdictional Immunities of the State*²⁷⁷ acerca del alcance de la inmunidad de jurisdicción de los Estados en el derecho internacional no era obligatoria para los jueces italianos, porque contradecía las garantías de acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de los derechos humanos, previstas en la Constitución italiana.

Existen, *a contrario sensu*, tribunales internos que han aceptado entender a los considerandos de las sentencias de la CIJ como precedentes obligatorios para su propia jurisprudencia. Así por ejemplo, el tribunal constitucional de Alemania que se pronunció después de la sentencia *LaGrand* de la CIJ²⁷⁸ consideró que el derecho al debido proceso, previsto en la Constitución alemana, debía ser garantizado de conformidad con las exigencias del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, tal como fue interpretado por la CIJ en el caso *LaGrand*.²⁷⁹ No obstante, en este caso, el Tribunal Constitucional consideró que las sentencias de la CIJ no eran “incondicionalmente” obligatorias, y que los jueces internos tenían siempre la posibilidad de no respetarlas si las sentencias comprometían principios fundamentales de derecho interno.²⁸⁰

²⁷⁵ *Ibidem*, párrs. 2677 y 2678.

²⁷⁶ Así, por ejemplo, en el caso *Corus Staal BV vs. Department of Commerce*, la Corte de Comercio Internacional de Estados Unidos (*Court of International Trade*), tuvo que resolver una demanda presentada en contra de una investigación *antidumping*. Los argumentos de la demanda se referían al caso *Bed Linen*, resuelto por un panel de la OMC. La Corte concluyó que “cuando se enfrenta con una interpretación oscura de una norma o acuerdo internacional, la Corte deberá referirse a la interpretación del Departamento de Comercio de Estados Unidos” (*Corus Staal, op. cit.*, párr. 1265) *Corus Staal BV v. U.S. Dep't of Commerce*, 259 F. Supp. 2d 1253 (Ct. Int'l Trade 2003).

²⁷⁷ CIJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, Germany vs. Italy, 3 de febrero de 2012.

²⁷⁸ BvR 2115/01.

²⁷⁹ BGH, *NSI 22 (2002)*, 168, 7 de noviembre de 2011.

²⁸⁰ *BvR 2115/01*, párrafos 59 y ss. Para un comentario de la sentencia véase Heinlein, P., “The U.S. and German Interpretations of the Vienna Convention on Consular Relations: Is

En el mismo sentido, en una sentencia de 2012, la Corte Constitucional de Italia enfatizó su obligación de tomar en consideración la jurisprudencia de la CEDH, pero, al mismo tiempo afirmó su capacidad de desviarse de ésta para preservar el respeto de un principio constitucional fundamental.²⁸¹ El Tribunal Constitucional de Alemania, en una sentencia de 2004, en el caso *Görgülü*²⁸² manifestó que las sentencias de la CEDH deben ser “tomadas en cuenta” en el ámbito interno.²⁸³ En términos del Tribunal, la “toma en consideración” implica “tomar noticia” de la manera en la que la CEDH ha interpretado las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos y aplicarlas al caso, asegurándose de que dicha aplicación no viola el derecho constitucional alemán.²⁸⁴

Es de estimarse que este tipo de sentencias parecen introducir el concepto de “orden público” del derecho internacional privado en la regulación de las relaciones entre tribunales internos y tribunales internacionales.²⁸⁵

Desde una perspectiva general, la postura de los tribunales internos respecto a la fuerza jurídica de las sentencias de los tribunales internacionales en los ordenamientos jurídicos internos ha variado en función del alcance de la competencia territorial de las jurisdicciones internacionales. En particular, se observa una mayor tendencia de los órganos judiciales internos de aceptar que las sentencias de tribunales que operan en esquemas de integración regional sean susceptibles de constituir precedentes obligatorios; en cambio, se denota la reticencia de los tribunales internos de aplicar la doctrina de *stare decisis* respecto a las sentencias de órganos judiciales internacionales con competencia universal.²⁸⁶

Any Constitutional Court Really Cosmopolitan?”, *Maryland Journal of International Law*, 2010, vol. 25, pp. 317-334.

²⁸¹ Corte Costituzionale, sentencia núm. 264, del 28 de noviembre de 2012, disponible en: www.cortecostituzionale.it. Conforti, B., “La Corte costituzionale applica la teoria dei controlli”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, vol. 96, pp. 527 y ss.

²⁸² *2BvR 1481/04*, Judgment of 14 November 2004.

²⁸³ *Ibidem*, párrafo 50.

²⁸⁴ *Ibidem*, párrafo 58.

²⁸⁵ Al considerar que las sentencias de los tribunales internacionales no podrán ser ejecutadas ni consideradas como precedentes obligatorios para los jueces internos si contradicen principios fundamentales del derecho del foro, los tribunales internos están imponiendo el mismo tipo de frenos a la entrada, en el ordenamiento jurídico interno de sentencias adoptadas con base en el derecho internacional (extranjero), que los que aplican en el ámbito de su cooperación judicial con tribunales de otros Estados miembros de la comunidad internacional.

²⁸⁶ Petrova Georgieva, Virzhiniya, *Tribunales mexicanos y tribunales internacionales: ¿complementariedad o competencia?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.