



Artículos

Los tribunales internacionales y su multifuncionalidad como herramienta de legitimidad

Mg. Martin Cabrera Mirassou¹

1. Introducción.

En los últimos 25 años la labor de los tribunales internacionales no ha pasado desapercibida. Los medios de comunicación mencionan casi a diario noticias, hechos y eventos vinculados con decisiones judiciales provenientes del ámbito internacional. Si se presta un poco más de atención, es posible advertir la variedad de temas y actores presentes en cada caso ante un tribunal internacional. Quien estudie el derecho internacional podrá identificar o realizar un mapeo de los tribunales en funcionamiento y su diversa competencia, incluso especializándose en alguna de ellas o en algún tema que sea común a todas.² Pero he aquí donde comienzan las

¹ Martín Cabrera Mirassou, UNCOMA, CONICET, UCASAL, Neuquén, Argentina. Este trabajo está basado en la presentación realizada en el II Congreso del COFEI el día 23 de octubre de 2015.

² A lo largo del trabajo se hará referencia principalmente a los tribunales interestatales, las cuales son: la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) y el Órgano de Apelación de la OMC.

dificultades. Los tribunales internacionales entienden en cuestiones que trascienden las fronteras de los países, delimitaciones territoriales y marítimas, lidian con controversias medioambientales, protección y explotación de recursos naturales, reglas de comercio internacional, protección de inversiones extranjeras, violaciones a los derechos humanos, crímenes de guerra y lesa humanidad, actos de genocidio entre tantos otros asuntos.

Las decisiones de los tribunales internacionales pueden tener el efecto de modificar el accionar estatal, legitimar y validar el funcionamiento de instituciones internacionales, al tiempo de contribuir al desarrollo del derecho internacional. En suma, los tribunales realizan una variedad de funciones que tienen el potencial de afectar a todos los sujetos y actores internacionales, como también tiene implicancias en el ámbito interno de los Estados. Ante este panorama, radicalmente diferente al de gran parte del siglo pasado, la doctrina ha logrado mantenerse incólume y sigue, en general, empeñada en otorgarles a los tribunales internacionales un pequeño espacio dentro del principio de solución pacífica de controversias, y con un poco de suerte, recuerdan mencionar otros tribunales además de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Por otro lado, existe poco entendimiento respecto a los factores que explican o permiten comprender los cambios en la judicialización de las relaciones internacionales o el lugar que ocupan los tribunales en dicho ámbito.

El pensamiento tradicional académico reivindica que es exclusivamente el consentimiento estatal el cual otorga de competencia y legitimidad a un tribunal internacional para entender en una controversia y tornar vinculante sus decisiones. La cuestión a debatir se centra en si dicho fundamento es suficiente para explicar el actuar de los tribunales internacionales en la actualidad. Referentes doctrinarios (CANCADO TRINDADE, 2013:3) ponen en serio cuestionamiento este pensamiento tradicional, abogando por la humanización del derecho internacional, donde el último beneficiario del mismo es la persona humana.³

Los enfoques tradicionales de la legitimidad normativa de los tribunales internacionales se sostienen en presunciones anacrónicas sobre los limitados efectos de sus decisiones por fuera de las partes litigantes, como de los propósitos de la jurisdicción internacional. Así, puede aseverarse que los beneficiarios o afectados por una decisión de una corte incluyen a una multitud de actores, que no necesariamente son parte en un caso particular (GROSSMAN, 2013:64). Además, los tribunales internacionales ya no deben entenderse con la única función

³ Sostiene el jurista: “(...) the purely inter-State dimension of International Law has surely been overcome and belongs to the past; that international legal personality has expanded, so as to encompass nowadays, besides States and international organization, also individuals – the human person, - as true subjects (and not only “actors”) of International Law (...)”.

de solucionar controversias, sino que ellos adquieren legitimidad al desarrollar una variedad de funciones. Por ende, el esquema clásico no permite comprender el estado actual de la jurisdicción internacional, ya que ello requiere una lectura diferente de las sentencias de los tribunales (BOGDANDY-VENZKE, 2012:2). Justamente, el objetivo del presente trabajo es describir las funciones de los tribunales internacionales y su incidencia en la legitimidad de las mismas. A tal fin, utilizaremos casos de estudio con el fin de identificar en la jurisprudencia de los tribunales y las funciones que realizan.

El desarrollo del artículo es el siguiente: se comienza con la identificación de las características y funciones de los tribunales internacionales. Luego se describe el sustento de su legitimidad, continuando con una breve mención del panorama de la jurisdicción internacional en el presente siglo. A través de casos de estudio de los tres tribunales interestatales existentes, se indagará acerca de cómo han ejercido sus funciones y si estas tienen relación con su legitimación. Finalizamos con algunas consideraciones en base a lo analizado.

2. Los tribunales interestatales en el siglo XXI.

Debido al considerable número de tribunales existentes en el ámbito internacional, como sus diferentes características, la doctrina ha procedido a clasificar los mismos. En el presente, se toman los criterios utilizados por el profesor Romano (2011:253), quien distingue dentro de los órganos y procedimientos internacionales de imperio de la ley, a los medios jurisdiccionales de los medios no jurisdiccionales. La diferencia entre estos medios es que los primeros producen decisiones vinculantes y están compuestos por miembros que deben actuar con independencia, una vez elegidos.

La clase de medios jurisdiccionales internacionales se puede dividir en tres órdenes: tribunales internacionales, tribunales arbitrales, y órganos de compensaciones y reclamos. Los tribunales internacionales tienen siete elementos fundamentales: (i) fueron establecidas por un instrumento legal internacional; (ii) aplican el derecho internacional; (iii) deciden casos en base a reglas de procedimiento pre-determinadas; (iv) están compuestas de miembros independientes; (v) solo entienden en casos donde al menos una de las partes es un Estado o una organización internacional; (vi) emite decisiones vinculantes y; (vii) son permanentes.

A su vez, el orden de tribunales internacionales se puede dividir en las siguientes cinco familias: (a) Tribunales de carácter interestatal; (b) Tribunales administrativos; (c) Tribunales de Derechos Humanos; (d) de integración regional económica o política; (e) Tribunales penales (ROMANO, 2011:264).

Bajo esta clasificación, los tres tribunales actualmente en existencia son la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. Como expresa Romano (2011:265), en estos tribunales la diplomacia y soberanía juegan papeles muy importantes, son tribunales donde la herencia arbitral y el *rationale* de solución de diferencias es evidente. Son, en una manera, tribunales *old style*, cargando en su estructura y competencia restos de los comienzos del desarrollo de la actual jurisdicción internacional. Si bien por varias décadas este tipo de tribunales eran las únicas existentes, en la actualidad existen instituciones judiciales con diversas competencias, propósitos y estructuras. En la actualidad, además de los tribunales interestatales existen, entre otros, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Europea de Justicia, la Corte Centroamericana de Justicia, la Corte de Justicia de la Comunidad Andina.

Se han identificado tres causas que permiten explicar esta diversificación de la jurisdicción internacional (ROMANO, 1999:729). Primero, el fin del bipolarismo y el surgimiento del multilateralismo tras la Guerra Fría, que ha impulsado la necesidad de rejuvenecer a varias organizaciones internacionales y abierto la vía para el establecimiento de nuevas formas de cooperación. Segundo, el abandono de las interpretaciones marxistas leninistas de las relaciones internacionales, que ha eliminado obstáculos políticos y filosóficos para recurrir a organismos judiciales internacionales. Tercero, que el capitalismo, las economías de mercado y el libre comercio se mantuvieron como las teorías viables para el desarrollo económico. Los acuerdos multilaterales de integración regional promovieron el comercio internacional, como el aumento de controversias de carácter comercial, estableciéndose al efecto fueros jurisdiccionales a nivel internacional.⁴

A fin de confrontar a los tribunales interestatales tradicionales con aquellos creados desde el fin de la guerra fría, se ha postulado el surgimiento de una nueva generación de tribunales con sus consecuentes ventajas (BORN, 2012), ya que los primeras están en desuso o se han vuelto anacrónicas. Argumentos estos que omiten considerar que todavía aún no hay debate en cuanto a que los Estados continúan siendo los principales sujetos del derecho internacional y, por ende, los tribunales tradicionales de carácter interestatal aún son esenciales. Los tribunales internacionales han cambiado no solo cuantitativamente, sino cualitativamente. Los tribunales de segunda generación cuentan con competencia obligatoria,

⁴ Otros cambios producto de estos son el surgimiento de nuevos sujetos, nuevas áreas bajo regulación del derecho internacional, el acentuamiento de las actividades transnacionales, evaporando las tajantes fronteras entre lo interno y lo internacional.

permiten el acceso a actores y sujetos que no son solo los Estados, e incluso poseen mecanismo para forzar el cumplimiento de sus sentencias (MADSEN, 2015:4). Si bien es innegable que los nuevos tribunales tienen una competencia personal más amplia, procedimientos más flexibles o incluso competencia obligatoria, los tribunales interestatales siguen existiendo y nada indica que se vayan a desvanecer, sino lo contrario, tienen una gran influencia en el accionar de los diversos actores y sujetos del ámbito internacional como interno.

3. Multifuncionalidad y legitimidad de los tribunales interestatales

En el derecho internacional, la legitimidad ha sido definida como "(...) the justification of the exercise of public authority, the latter being understood as equivalent to having the power to take binding decisions" (WOLFRUM, 2013: 2). Como ya se ha mencionado, el consentimiento estatal ha sido el enfoque tradicional a la legitimidad normativa de los tribunales interestatales. Pero tales son los cambios en el ámbito internacional, que cada tribunal debe tener presente que legitimarse solamente ante los Estados parte en una controversia, no es suficiente si espera tener éxito e influencia en el actuar de los diversos sujetos internacionales. Si no se contemplan los intereses de todos los posibles afectados por una decisión, la misma corre el riesgo de ser criticada, impopular e ineficaz.

La tesis predominante es que las instituciones internacionales, incluyendo los organismos judiciales, obtienen su legitimidad del consentimiento estatal a su competencia (GROSSMAN, 2013:65). Una corte que actúe por fuera del alcance de la autoridad delegada por los Estados, o *ultra vires*, no tiene legitimidad (GROSSMAN, 2013:66). Este enfoque descansa en dos presunciones defectuosas. La primera es que las decisiones de los tribunales internacionales solo afectan a las partes de un caso particular. La segunda es que el rol principal que tienen es solucionar controversias, y solo entre Estados. Estas presunciones son defectuosas ya que la influencia de un tribunal internacional se extiende claramente por fuera de las partes en un caso, impactando en el actuar de otros actores, Estados y en los valores de la comunidad internacional en su conjunto. También, y lejos de solo solucionar una controversia, los tribunales internacionales ejercen una variedad de funciones, las cuales se desarrollan en este apartado.

El tradicional argumento de legitimidad justifica a la jurisdicción internacional desde el consentimiento estatal y el de las partes en someter una controversia a un tribunal internacional. Su vigencia continúa imbuyendo al derecho internacional, más aún cuando los

tribunales fundamentan su competencia en una controversia, adoptan formalmente este punto de vista. Por ejemplo, el Órgano de Apelación de la OMC declaró: "The WTO agreement is a treaty-the international equivalent of a contract. It is self evident that in an exercise of their sovereignty, and in pursuit of their own respective national interests, the Members of the WTO have made a bargain." Los autores consultados no niegan que el consentimiento de los Estados continúa constituyendo un importante recurso de legitimidad, sin embargo, por sí sola no sostiene suficientemente muchas de las decisiones tomadas en décadas recientes (BOGDANDY-VENZKE, 2014:3).

Por ello, y como explicación alternativa, es posible reconocer tres paradigmas para explicar la legitimidad de la jurisdicción internacional. Una de ellos sostiene que los tribunales internacionales son instrumentos de los Estados y de las partes en una controversia, que solo pueden entender en ella si los Estados soberanos prestan su consentimiento. Luego los tribunales internacionales pueden tomarse como organismos de la comunidad internacional, con la tarea esencial de proteger los valores e intereses de la misma. Deciden en nombre de ella más que en nombre de los Estados, y además de solucionar la disputa, como los Estados son miembros de una comunidad, la jurisdicción internacional no debe solo considerar la relación bilateral entre las partes, sino tomar en cuenta los intereses de la misma. Por último, su legitimidad puede surgir de los regímenes internacionales, y en este sentido, los tribunales internacionales son instituciones de aquellos con el fin de regularlos y administrarlos (BOGDANDY-VENZKE: 2014:29).

El alcance del primer paradigma de esta base consensual puede cuestionarse a la luz de un análisis multifuncional de la práctica judicial, que muestra las maneras en que la jurisdicción de un tribunal tiene alcances más allá de la disputa concreta. La segunda comprensión es más abierta a esta mirada multifuncional y complementa el consentimiento estatal como fuente legitimadora con los intereses y valores de la comunidad internacional. Pero la referencia a intereses comunitarios fundamentales es también muy angosta y vaga para justificar plenamente la actual práctica de la jurisdicción en un mundo globalizado. Bajo el tercer paradigma, los tribunales estarían susceptibles de parcialidad, y su fuente legitimadora permanece sin resolverse. En definitiva, ninguna de estas comprensiones ve a los tribunales como actores, sino que las reduce a la voluntad de las partes, los intereses de la comunidad o agentes de un régimen (BOGDANDY-VENZKE, 2012:29).

Entonces, considerando a los tribunales como actores que ejercen una autoridad pública, se pueden identificar cuatro funciones principales que realizan: (a) solución de controversias en casos individuales, lo que nosotros avanzamos en denominar administración de conflictos; (b) la estabilización de expectativas normativas; (c) desarrollo normativo; y (d) el control y legitimación de la autoridad pública (BOGDANDY-VENZKE, 2014:8).

La administración de conflictos es un concepto superador de la solución de controversias, al contemplar no solo el aspecto bilateral de estas, sino que también la protección del medio ambiente, los derechos humanos, el patrimonio común de la humanidad el reconocimiento de otros sujetos en el derecho internacional, como los valores de la comunidad internacional sean tomados en cuenta al momento de solucionar cada controversia por los jueces. La corte en cuestión es consciente de los efectos de las sentencias en otros actores, situaciones y a mediano o largo plazo. Las soluciones propuestas por los tribunales no son lineales, sino ad hoc, específicas para cada cuestión presentada.

La estabilización de expectativas normativas se encuentra entre las contribuciones de una corte cuando declara lo que el derecho significa en un caso concreto, quien tiene razón y quién no. (BOGDANDY-VENZKE, 2014:10). Un ejemplo puede encontrarse en el art. 3, sección 2 del Anexo 2 del Acuerdo por el cual se establece la OMC, que dice: "The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system."

El desarrollo normativo del derecho internacional toma lugar en casos concretos, donde las decisiones judiciales resuelven un caso particular entre las partes. Aplican las normas del derecho internacional pertinentes. Pero al mismo tiempo, sería iluso pensar que esta práctica no llega más allá que al caso concreto. Cualquier sentencia puede ser la base de futuros argumentos y defensas en otros casos de cualquier otro tribunal. Consiste en la creación y desarrollo de las expectativas normativas de los actores, acerca de cómo deben actuar e interpretar el derecho.

La función de legitimación de las instituciones puede ser vertical u horizontal. La primera se vincula a como ejercen el poder por las instituciones estatales, que puede implicar la revisión de actos internos a la luz del derecho internacional. Los tribunales controlan la autoridad interna en función de los límites que impone del derecho internacional (BOGDANDY-VENZKE, 2014:12). Por otro lado, en la dimensión horizontal se puede controlar y legitimar a las instituciones en el ámbito internacional. Hasta ahora, los tribunales difícilmente tienen un rol dentro del orden institucional del derecho internacional en términos de un sistema de control y equilibrios. Pero algunos casos comienzan a mostrar un camino interesante.

4. Las funciones de los tribunales interestatales en su jurisprudencia.

- a. La administración de conflictos.

En el ámbito del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, los jueces han actuado de manera de conciliar los intereses estatales, sin perder de vista el aspecto global del régimen oceánico, su administración y la protección del medio marino. Así, la solución de la controversia entre Malasia y Singapur,⁵ tiene explicación tanto dentro de la postura de la soberanía estatal, y de esta manera comprender y decidir el diferendo de acuerdo a los intereses estatales, como dentro de la postura de proteger los valores de la comunidad internacional, ya que la protección del medio marino no fue dejada de lado en detrimento de una solución satisfactoria para las partes. La disputa versaba sobre los efectos que podían tener los trabajos de recuperación de tierras por parte de Singapur con la finalidad de aumentar su superficie.

El TIDM dispuso que Malasia y Singapur debían cooperar y consultarse a fin de establecer un grupo independiente de expertos para realizar un estudio en los términos de referencia que acordaran las partes. Tenían que consultarse con vistas a llegar a un pronto acuerdo para asegurar que las operaciones de relleno pendientes de completarse del estudio referido con anterioridad, no perjudicaran la capacidad de Singapur de implementar los compromisos asumidos durante el procedimiento ante el TIDM. Además, este país no debía realizar la recuperación de tierras en formas que pudiera causar un perjuicio irreparable a los derechos de Malasia o graves daños al medio marino, tomando especialmente en cuenta los informes del grupo de expertos independientes. En una conferencia llevada a cabo en La Haya el 10 de enero de 2005, las partes informaron al tribunal arbitral constituido a fin de entender en el fondo de la controversia, que habían llegado a un acuerdo sobre un borrador de '*Settlement Agreement*', el 26 de abril de dicho año lo firmaron y entró en vigor.⁶

El mencionado acuerdo expresamente establece que su contenido se basa y fundamenta en la Orden del Tribunal. El 18 de mayo de 2005, ambas partes solicitaron conjuntamente al tribunal arbitral que diera un laudo final vinculante para las partes en los términos del '*Settlement Agreement*'. Por lo que el tribunal arbitral se consideró con competencia para dictar el laudo, y accedió al pedido de las partes. En otras palabras, no hizo sino ratificar el acuerdo, que se basa en la Orden del TIDM. Se puede aseverar que la mayor enseñanza que deja el TIDM, es haber claramente instado a Singapur y Malasia a negociar en base a criterios claros, flexibles, con margen para que los Estados pudieran adoptar decisiones, logrando directamente la solución de la controversia.

⁵ TIDM, "Caso concerniente a la recuperación de tierras de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur), medidas provisionales", orden del 8 de octubre de 2003.

⁶ "Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor (Malaysia v Singapore)", Settlement Agreement, 26 April 2005.

Si se refiere a la protección de recursos marinos, contamos con dos importantes casos, uno ante el TIDM y otro ante la CIJ. En el caso del Atún de Aleta Azul,⁷ relativo a la ejecución de un programa experimental de pesca (PEP) iniciado por Japón, que motivo por parte de Australia y Nueva Zelanda el pedido de consultas y negociaciones urgentes de acuerdo al Artículo 16, inciso 1 de la Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur. Como ningún acuerdo se logró entre las partes, Australia y Nueva Zelanda entregaron a Japón idénticas notas diplomáticas notificándolo de la existencia de una controversia, concerniendo la conservación y administración del Atún de Aleta Azul del Sur. Estando pendiente la constitución del tribunal arbitral para entender en el fondo del asunto, tanto Australia como Nueva Zelanda presentaron una solicitud de medidas provisionales al TIDM.

Las medidas que decretaron los jueces fueron prescribir que las partes se aseguraran que ninguna acción que tomaran pudiera agravar o extender la controversia, o pudiera perjudicar el cumplimiento de cualquier decisión a la que arribara el tribunal arbitral; además las capturas anuales de atún no podían exceder los niveles acordados por última vez ante la Comisión para la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur; las partes debían abstenerse de realizar PEP que involucrara la pesca de atún; debían retomar las negociaciones sin demora con la vista en llegar a un acuerdo sobre las medidas de conservación y administración del atún; realizar mayores esfuerzos para llegar a un acuerdo con otros Estados y entidades pesqueras involucradas en la pesca del atún, para asegurar la conservación y promover el objetivo de óptima utilización de la población.

Abordando el proceso ante el tribunal arbitral, el laudo resalta el impacto constructivo de los procedimientos en el TIDM no solo en la suspensión del PEP de Japón, sino también en las perspectivas y acciones de las partes. Durante los procedimientos, uno de los abogados de Australia remarcó como la Orden del Tribunal había tenido un papel significativo al alentar a las partes a progresar en la cuestión del '*third-party fishing*'.⁸ Las medidas del TIDM ayudaron a que las partes retomaran negociaciones prontamente dentro del ámbito de la Comisión. Por ejemplo, actualmente el TAC se fija en la Comisión en base a los datos existentes sobre la recuperación de la especie, a tal efecto, se adoptó un procedimiento de administración y un conjunto de reglas para fijar el TAC en base a datos científicos sobre el atún, que se negoció entre 2002 y 2011. Se toman en cuenta a los terceros Estados también, cuyos buques pesquen atún o la especie migre por su ZEE, al invitarlos a participar en la Comisión Extendida para

⁷ TIDM, "Casos del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón; Australia v. Japón)", medidas provisionales, orden del 27 de agosto de 1999.

⁸ TIDM, "Caso del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón, Australia v. Japón)", 4 de agosto de 2000, párr. 69

cooperar, participar con voz sin voto, hacer propuestas, y asignarles una asignación del TAC si cumplen con los mandatos de la Comisión.⁹

En el caso de "Whaling",¹⁰ la discusión se centraba en el programa experimental iniciado por Japón a través del cual otorgaba licencias para caza de ballenas, con fines de investigación científica (conocido como JARPA II) y su legalidad en el marco de la "Convención Internacional para la regulación de la pesca de la ballena" (ICRW), firmada el 2 de diciembre de 1946. Australia, Japón y Nueva Zelanda son partes de la Comisión Ballenera Internacional, la cual desde 1982, estableció un límite cero para captura de ballenas, con dos excepciones: la caza aborigen y permisos especiales de carácter científico. En 1994, dicha Comisión estableció el "Southern Ocean Whale Sanctuary" en donde toda caza de ballena está prohibida. Japón fue un objetor de esta regla. Tras varios años de caza de ballenas por Japón fundada en que su objetivo era la investigación científica, Australia decidió llevar el caso a la CIJ, al diferir con Japón en la Comisión Ballenera respecto a la legalidad de la actividad ballenera japonesa.

La CIJ en la sentencia evitó pronunciarse sobre los temas controversiales que involucran la caza de ballenas, y todo el decisorio se realiza en base a la interpretación realizada sobre el artículo VIII de la ICRW. No resuelve el fondo de la discusión respecto a la caza de ballenas y su conformidad con el derecho internacional, pero vale destacar que, si bien la ratio decidendi es estrecha, no va en detrimento de los intereses colectivos en juego. La CIJ sostuvo que la interpretación de esta disposición -o sea decidir si es científico o no la caza de ballenas- no era un tema dejado a la discrecionalidad de un Estado (Payne, 2015:185). El estándar de revisión a aplicar debía consistir en una evaluación objetiva de la razonabilidad del programa JARPA II. Aplicando este criterio, encontraron los jueces que no debían considerar si la caza se realizaba por motivos comerciales. En cambio, la CIJ examinó si JARPA II involucraba métodos científicos y los objetivos del programa. Para este último punto, la CIJ consideró si, al usar métodos letales, el diseño del programa era razonable en relación a lograr sus objetivos (Payne, 2015:186).

La conclusión a la que arriban los jueces es que el programa japonés de JARPA II podía caracterizarse como investigación científica basado en sus objetivos, pero el diseño e implementación del mismo no eran razonables con dichos objetivos. La CIJ estableció que JARPA II no era un programa "for purposes of scientific research" y por lo tanto no calificaba como una excepción al art. VIII de la ICRW. Por ende, Japón debía revocar todo permiso y licencia para matar ballenas y no otorgar más. La CIJ declaró a su vez que Japón debía detener

⁹ A través de la 'Resolution to Establish the Status of Co-operating Non-Member of the Extended Commission and the Extended Scientific Committee', adoptada en la décima reunión anual de la Comisión, (octubre de 2003).

¹⁰ CIJ, "Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)", 31/03/2014.

su programa ballenero en el *Southern Ocean*. La decisión no se aplica directamente a la caza que realiza Japón en el Pacífico norte ni le prohíbe nuevos programas de caza, en cuanto sea realizado bajo las pautas fijadas en la ICRW, y su normativa tal como la interpretó la CIJ. La decisión tampoco afectó a otros países que realizar pesca comercial de ballenas o la realizan en base a la subsistencia aborígen.

La CIJ respecto a futuros programas de caza de ballenas dijo: “[i]t is to be expected that Japan will take account of the reasoning and conclusions contained in this judgment as it evaluates the possibility of granting any future permits under Article VIII, paragraph 1, of the Convention”¹¹. La CIJ afirmó que los objetivos y estructura de la ICRW se orientan a la conservación de las poblaciones de ballenas y la administración de la industria y –al no existir otra norma en el derecho internacional que prohíba la caza de ballenas– depende de las partes a la ICRW determinar el alcance de la caza. La CIJ solo examinó esta Convención, pero no desarrolló principios de derecho consuetudinario o derecho internacional del medio ambiente (Payne, 2015: 194).

Esta sentencia avanza en las controversias ambientales al utilizar método para abordar las cuestiones científicas presentes. Afirmó un estándar objetivo de revisión, descartando la doctrina del margen de apreciación. Aunque detuvo temporalmente las actividades balleneras de Japón, no se resuelve la cuestión de fondo: si la caza de ballenas se debe permitir o no. La sentencia solo interpreta el artículo VIII de la ICRW (Payne, 2015: 193). Es una sentencia que satisface a las partes, a la comunidad internacional, y pensada a largo plazo, y no solo resolver el caso particular.

En el ámbito de la OMC, los miembros del Órgano de Apelación eran conscientes del posible cuestionamiento que podían llegar a tener las decisiones en las cuales no se aceptaran las medidas impuestas por un país cuya justificación estaba dada por la protección del medio ambiente.¹² En su primer informe, el Órgano de Apelación, en un claro mensaje a los miembros de la OMC, expresó que a pesar de haber arribado a la conclusión de que las medidas tomadas por un Estado miembro de la OMC eran incompatibles con sus obligaciones ante ella, esto no significaba, ni implicaba, que se cuestionara la capacidad de ningún país para adoptar medidas para proteger el medio ambiente. Se estableció que los países tienen amplia autonomía para fijar sus políticas comerciales, estando limitada únicamente por la necesidad de respetar las disposiciones del marco normativo de la organización.¹³

¹¹ Párrafo 246 de la sentencia en el caso “Whaling”.

¹² Téngase en cuenta que tanto en la diferencia “Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional” como en “Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón”, no se aceptan los fundamentos de EE.UU. respecto a la adopción de determinadas medidas con el fin de proteger el medio ambiente.

¹³ “Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional”, punto V.

b. La función de control y legitimación.

Un claro ejemplo de legitimación horizontal se aprecia en el caso de Bangladesh y Myanmar,¹⁴ al considerar el TIDM si debía ejercer dicha competencia, tuvo que tener en cuenta los objetivos de la Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental (CPLEC). Así, un Estado puede extender su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, si se configuran ciertos requisitos geológicos y geomorfológicos, de acuerdo al Artículo 76 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. El Estado que quiera fijar dichos límites, debe realizar una presentación ante la CPLEC, y he aquí el punto a considerar. Esta Comisión puede realizar recomendaciones a los Estados para fijar los límites, basado en temas geológicos y relacionados, pero no estuvo nunca claro cómo se iba a relacionar con la posibilidad de que se delimitara este espacio marítimo por un órgano jurisdiccional, y en caso de plataformas superpuestas. Además, como esta cuestión involucra a la Zona, el TIDM observó que era evidente que -según surgía de las presentaciones de las partes a la CPLEC- la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas sujeta a delimitación en el caso, se sitúa lejos de la Zona. Por lo tanto, encontró el TIDM, que el dibujar una línea de delimitación no perjudicaría los derechos que le corresponden a la comunidad internacional, de acuerdo al régimen aplicable a la Zona.

Con respecto al control vertical que realizan los tribunales internacionales sobre las instituciones internas de los Estados, interpretando la sentencia recaída en el caso entre Senegal y Bélgica¹⁵ puede extraerse el apoyo y a la vez control ejercido sobre las instituciones de Senegal, en cuanto a la obligación de estas de juzgar al ex dictador de Chad, Hissene Habre. Tras los reclamos por parte de Bélgica en cuanto a que Senegal no tenía intenciones de someter a Habre a un proceso judicial, basado en las demoras para reformar su sistema procesal y penal, la CIJ claramente estableció que Senegal violó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, al no juzgar o extraditar al ex dictador. Impuso además un claro mandato a Senegal para que inicie de inmediato el juzgamiento de Habré. Ilustra la importancia de este tipo de control, que el juzgamiento del ex dictador comenzara en julio de 2015 en un tribunal creado a tal efecto.

¹⁴ TIDM, "Delimitación Marítima en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar)", sentencia del 14 de marzo de 2012

¹⁵ CIJ, "Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)", 20 de julio de 2012.

Pero también la CIJ confió en las instituciones senegalesas durante el procedimiento de solicitud de medidas provisionales. Si bien la Orden denegó el pedido de Bélgica para que se adopten medidas de seguridad para evitar una posible fuga de Habré, fue un voto de confianza a las autoridades del país, al valorar el compromiso asumido durante las audiencias por las autoridades del país africano de que el ex dictador no se iba a fugar ni eludir su juzgamiento.¹⁶

c. Estabilización de expectativas normativas.

Las críticas llovieron hacia la CIJ por parte de los juristas luego de conocerse la Opinión Consultiva sobre la legalidad de la declaración de independencia Kosovo.¹⁷ Las opiniones consultivas de la CIJ son en respuesta a una solicitud que le pueden realizar determinados organismos autorizados a tal efecto, y los jueces deben atenerse a evacuar las cuestiones jurídicas presentes en la pregunta sometida. Si actúan *ultra vires*, es posible que los Estados hagan caso omiso a la opinión consultiva, en especial si la opinión es sobre alguna cuestión que puede tener efectos en la soberanía estatal. En este caso particular, la misma fue pobre a nivel de desarrollo del derecho internacional, pero políticamente correcta, ya que poca respuesta dio a interrogantes directamente vinculados con la pregunta realizada por la Asamblea General, así evitando opinar sobre los grandes temas legales y políticos vinculados al tema del acto de secesión, si existe tal derecho de manera unilateral y a quien le corresponde.

Tampoco tuvo que responder si Serbia u otro Estado deben reconocer a Kosovo como un Estado independiente (Howse y Teitel, 2010:841). La CIJ dijo que no hay una prohibición general del derecho internacional a las declaraciones de independencia, a menos que se conecte con la violación de alguna norma del derecho internacional. Pero al mantener el *status quo* por decir, desarticuló posibles conflictos internos o intraestatales respecto a secesiones o el rol del Consejo de Seguridad, y todas las partes entendieron que era una opinión favorable a sus intereses. Para sortear los aspectos controversiales del tema, la CIJ razonó que, si bien la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad respecto a la administración de Kosovo tiene vigencia legal con respecto al estatus de Kosovo con respecto a todos los actores obligados por ella, incluidos por supuesto los miembros de Naciones Unidas. Pero los autores de la declaración de independencia no lo están, ya que no actuaron como órganos o agentes del orden constitucional establecido por la administración de Naciones Unidas (Bothe, 2010:838).

¹⁶ CIJ, "Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)", Orden de medidas provisionales del 28 de mayo de 2009.

¹⁷ "Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo", del 22 de julio de 2010.

Así, no consideró a la declaración de independencia como un acto de secesión: "the authors of that declaration did not act, or intend to act, in the capacity of an institution created by and empowered to act within that legal order but, rather, set out to adopt a measure the significance and effects of which would lie outside that order."¹⁸ La implicancia de esta afirmación es clara: la declaración debe leerse como teniendo ningún efecto legal o administrativo dentro del marco gubernamental en Kosovo, mientras este exista (Howse y Teitel, 2010:843). El juez Simma sostuvo en su Declaración a la Opinión Consultiva que al leer "in accordance with international law" como significando exclusivamente si la declaración violaba una regla prohibitiva, la CIJ adoptó una visión anacrónica y consensualista del derecho internacional.¹⁹ La pregunta formulada fue en definitiva producto de negociaciones entre Estados, mientras que las minorías cuyos intereses y derechos están en juego, no tienen legitimación ante la CIJ (Howse y Teitel, 2010:844).

d. Desarrollo normativo.

En este apartado es apropiado abordar el desarrollo en el alcance del concepto de Patrimonio Común de la Humanidad realizado por la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos del TIDM (la Sala). Analizando las conclusiones de los jueces de la Sala desde una perspectiva ambiental, las mismas han permitido clarificar y delimitar la aplicación del régimen de patrocinio con sus respectivas obligaciones, y ampliar el contexto de protección al medio marino, ya que actividades que en principio podrían parecer fuera del concepto, la Sala las incluye en vistas de la protección del medio marino. A pesar de referirse al sistema de patrocinio, se cree que lo resuelto por la Sala del TIDM se aplicará a otros contextos y, en especial, a la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos (la Zona) en su totalidad.²⁰

Desde la postura donde la protagonista es la comunidad internacional, es digno de resaltar como los jueces lo expresan claramente, al establecer que cualquier intervención o actividad sobre este espacio marítimo, debe valorarse, antes que nada, desde la óptica que mejor resguarde los derechos de la comunidad internacional en su conjunto. Otros puntos positivos son incluir a las actividades conexas como actividades en la Zona, con el fin de que queden amparadas por las normas protectorias del medio marino. Asimismo, al considerar las

¹⁸ Párrafo. 105 de la Opinión Consultiva.

¹⁹ Párrafo 3 de la Declaración del Juez Simma a la Opinión Consultiva.

²⁰ Hacemos referencia a la Opinión Consultiva de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos, 1 de febrero de 2011.

exigencias impuestas por la obligación de asegurar y su relación con el enfoque precautorio, el solo hecho de explicitar los elementos de esta obligación, constituye un claro aporte desde una perspectiva ambiental. Además, reconoce la obligación de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental y aplicar las mejores prácticas ambientales. Todo esto enmarcado en la obligación general de debida diligencia que reposa sobre los Estados patrocinantes.

En cuanto al desarrollo de las normas ambientales en relación con el comercio, es en el famoso caso relativo a la importación de Camarones,²¹ que se dirimió en el sistema de solución de controversias de la OMC, donde se dan las principales pautas respecto al concepto de recurso natural agotable. Entiende que este término debe ser considerado en forma evolutiva, o sea, ser leído a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la comunidad internacional sobre la protección y conservación del medio ambiente, no adoptar el significado que tenía en 1947, sino el actual. Los instrumentos apropiados donde encontrar el concepto contemporáneo de recurso natural agotable son aquellos referidos al medio ambiente. Por ello, el Órgano de Apelación pudo utilizar estos instrumentos para determinar el contenido del inciso "g". Entonces, recurso natural comprende tanto a los minerales, como a los recursos vivos. Incluso éstos pueden estar en situación de "agotable". Ya que, aun cuando pueden reproducirse, diferentes causas, humanas y naturales, pueden tener el efecto de que una especie se extinga o se agote. Los recursos vivos son tan "finitos" como el petróleo, el mineral de hierro y otros recursos inertes.²²

Entre los instrumentos que utiliza el Órgano de Apelación para llegar a un concepto de recurso natural agotable, están la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, donde se habla de "recursos vivos", la Convención sobre la Diversidad Biológica que utiliza el concepto de "recursos biológicos", el Programa 21 en el cual se habla de "recursos naturales" y formula declaraciones sobre los "recursos marinos vivos" y la Resolución sobre el apoyo a los países en desarrollo, adoptada conjuntamente con la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres. En palabras de los miembros del Órgano de Apelación: "creemos que ya es demasiado tarde suponer que el párrafo g) del artículo XX del GATT de 1994 puede interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a la conservación de recursos minerales o de otros recursos naturales inertes agotables."²³

Contextualizado el concepto de recurso natural agotable, se necesita determinar cuándo una medida es "relativa a" como expresa el inciso "g". Para ello, debe haber una "relación

²¹ "Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón". Ab-1998-4, Informe del Órgano de Apelación (12 de octubre de 1998), WT/DS58/AB/R.

²² "Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón", párrafo 128.

²³ *Ibidem*, párrafo 131.

sustancial” con la conservación de los recursos naturales agotables y no estar simplemente destinada “de forma accidental o por inadvertencia” a la conservación de los mismos (OMC, 2004:59). La medida en cuestión no debe ser genérica, sino que tiene que tener en cuenta las posibles consecuencias de su aplicación. A su vez, no debe ser desproporcionada, tiene que existir una relación razonable entre los medios, el contenido de la medida, y los fines, la protección ambiental. Por último, el inciso “g” exige que las medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o consumo de productos nacionales. Esta frase se refiere a la necesidad de que las medidas del Gobierno, como las normas para el establecimiento de líneas de base, sean promulgadas o puestas en vigor conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional de recursos naturales.²⁴

5. Conclusiones.

A fin de realizar un análisis contemporáneo de la jurisdicción internacional, del cual se puedan extraer conclusiones válidas, deben considerarse algunos puntos. Los tribunales internacionales ya no pueden presentarse únicamente como instrumentos de las partes (Estados únicamente), las cuales se han congraciado con ellas al prestar su consentimiento para que resuelvan una controversia. Asimismo, la decisión en un caso particular tiene inevitablemente efectos y consecuencias por fuera de ese reducido universo procesal. Buscar explicaciones a fenómenos actuales utilizando teorías y enfoques basados en el pensamiento dominante a mediados del siglo pasado, probablemente lleve a interpretaciones erróneas sobre el rol de los tribunales internacionales en un mundo sustancialmente diferente.

Pensar en los tribunales internacionales desde la multifuncionalidad es un marco apropiado que permite estudiarlas con mayor profundidad, otorgando una visión distinta de los organismos judiciales internacionales, y su papel en las relaciones internacionales. A su vez, es relevante apreciar qué relación existe entre las funciones de los tribunales interestatales y su legitimidad. En la jurisprudencia de estos tribunales se puede observar como al momento de decidir un caso, realizan otras funciones además de solucionar la controversia. En aquellos casos donde los tribunales adoptan una postura unidimensional y estatocéntrica, las mismas pueden llegar a perder legitimidad y estas decisiones suelen ser criticadas por los actores, ocasionando a su vez problemas de efectividad de las decisiones. En los casos que los jueces hicieron primar la administración del conflicto respetando los valores de la comunidad

²⁴ “Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional”, punto III, C.

internacional, las decisiones de los tribunales fueron efectivas y con una favorable recepción de los Estados y la doctrina. En definitiva, las decisiones de los tribunales internacionales pueden lograr mayor aceptación si contemplan valores de la comunidad internacional, a la persona humana y legitiman tanto a las instituciones internacionales como a las internas de cada Estado.

6. Bibliografía.

- BOGDANDY Armin Von y VENZKE Igor (2014), "In whose name? A public law theory of international adjudication", Oxford University Press, United Kingdom, pp. 304.
- BOGDANDY Armin Von y VENZKE Igor (2012), "On the Functions of International Courts: an Appraisal in Light of their Burgeoning Public Authority", Amsterdam Center for International Law, No. 2012-10, pp. 31. Disponible en <http://papers.ssrn.com>, último acceso el 20 de junio de 2012.
- BORN Gary (2012), "A New Generation of International Adjudication", Duke Law Journal, Vol. 61, Number 4, p. 775-879.
- BOTHE Michael (2010), "Kosovo – So What? The Holding of the International Court of Justice is not the Last Word on Kosovo's Independence", German Law Journal, Vol. 11 No. 08, p. 837-840.
- CANCADO TRINDADE A.A. (2013), "International Law for Humankind. Towards a new jus gentium", Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, pp. 756.
- DAVIS Christina L. (2015), "The political logic of dispute settlement: Introduction to the special issue", Review of International Organization, Vol. 10, p. 107–117.
- GROSSMAN Nienke (2013), "The normative legitimacy of international courts", Temple Law Review, Vol. 86, p. 61-106.
- HOWSE Robert & TEITEL Ruti (2010), "Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?", German Law Journal, Vol. 11 No. 08, p. 841-846.
- MADSEN Mikael (2015), "Judicial Globalization and Global Administrative Law: The Particularity of the Proliferation of International Courts", University of Copenhagen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2015-1, pp. 24
- PAYNE Cymie (2015), "ICJ Halts Antarctic Whaling – Japan Starts Again", Transnational Environmental Law, Vol 4 (1), pp. 181-194.
- ROMANO Cesare (1999) "The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle", New York Journal of International Law and Politics, vol. 31 no 4, pp. 709-751.

ROMANO, Cesare (2011), "A Taxonomy of International Rule of Law Institutions", Journal of International Dispute Settlement, vol 2 no 1, pp. 241-277.

WOLFRUM Rudiger (2013), "Legitimacy in International Law", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 8 pp. From: Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>), último acceso el 10/07/2015.