

Colaboraciones

Los tribunales interestatales y su multifuncionalidad como herramienta de legitimidad

Algunas consideraciones en base a jurisprudencia reciente

Martín Cabrera Mirassou¹

Resumen

El presente ensayo aborda dos cuestiones de relevancia para la jurisdicción internacional contemporánea. Por un lado, su legitimidad y por el otro la multifuncionalidad de las cortes y tribunales internacionales, buscando determinar si estos conceptos se encuentran relacionados. Se comienza estableciendo cual es el panorama actual de la jurisdicción internacional, para luego poner en cuestionamiento la postura defensora del consentimiento estatal como única fuente de legitimidad de las cortes internacionales. Centrando el análisis en las cortes interestatales, se sostiene aquí que estas, a través de su jurisprudencia, actúan como autoridad pública y realizan una variedad de funciones, y no únicamente solucionar controversias bilaterales. Esto les permite a las cortes interestatales legitimarse ante los diversos actores de las relaciones internacionales, incrementando su capacidad de lidiar eficazmente con los escenarios propios del siglo XXI.

Palabras clave: jurisdicción internacional - legitimidad - multifuncionalidad - autoridad pública

Abstract

The present essay deals with two important issues deemed relevant to contemporary international adjudication. Its legitimacy, on the one hand, and the multifunctionality of international courts and tribunals, on the other, in an attempt to determine whether these concepts are related. First, the current state of international adjudication is described in order to argue, then, that the state consent-based system is not the only source of legitimacy of interstate courts. By focusing the analysis on interstate courts, it is held here that these courts, through

Citar: Cabrera Mirassou, Martín. «Los tribunales interestatales y su multifuncionalidad como herramienta de legitimidad. Algunas consideraciones en base a jurisprudencia reciente». *Cuadernos Universitarios* [Salta, Argentina], núm. 9, 2016: 37-51.

¹ Universidad Nacional del Comahue; Universidad Católica de Salta, Delegación Neuquén, Argentina; CONICET.

their decisions, act as public authority and exercise a variety of functions, beyond solving bilateral disputes. This allows them to legitimate themselves before several actors of the international arena. Therefore, they increase their capacity to deal adequately with the 21st century scenarios.

Keywords: international adjudication - legitimacy - multifunctionality - public authority

Introducción

En los últimos 25 años la labor de las cortes y 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 las cortes y tribunales en funcionamiento y su diversa competencia, incluso especializándose en alguna de ellas o en algún tema que sea común a todas². Pero he aquí donde comienzan las dificultades. Las cortes y tribunales internacionales entienden en cuestiones que trascienden las fronteras de los países, cuando se ocupan de delimitaciones territoriales y marítimas, 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, las cortes realizan una variedad de funciones que tienen el potencial de afectar a todos los sujetos y actores internacionales, como también poseer 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 que otorga competencia y legitimidad a un tribunal internacional para entender en una controversia y tornar vinculantes sus decisiones. La cuestión a debatir se centra en si dicho fundamento es suficiente para explicar el actuar de las cortes internacionales en la actualidad. Referentes doctrinarios (Cancado Trindade, 2013: 3) ponen en serio cuestionamiento este pensamiento tradicional,

² A lo largo del trabajo se utilizan los términos corte y tribunal de manera indistinta. Se hará referencia principalmente a las cortes 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.

abogando por la humanización del derecho internacional, siendo su último beneficiario la persona humana³.

Los enfoques tradicionales de la legitimidad normativa de las cortes internacionales se sostienen en presunciones anacrónicas sobre los limitados efectos de sus decisiones por fuera de las partes litigantes, como así también 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 de solucionar controversias; por el contrario, 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 esto requiere una lectura diferente de las sentencias de las cortes (Bogdandy-Venzke, 2012: 2). Justamente, el objetivo del presente trabajo es describir las funciones de las cortes internacionales y su incidencia en la legitimidad de estas. A tal fin, utilizaremos casos de estudio con el fin de identificar en la jurisprudencia de las cortes las funciones que realizan.

El desarrollo del artículo es el siguiente: se comienza con la identificación de las características y funciones de las cortes y tribunales internacionales. Luego se describe el sustento de su legitimidad, continuando con una breve mención del panorama de la jurisdicción in-

ternacional 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, lo que permite, a la vez, relacionar la jurisprudencia de estas cortes a fin de identificar si comparten estrategias de legitimación. Finalizamos con algunas consideraciones en base a lo analizado.

Las cortes interestatales en el siglo XXI

Debido al considerable número de tribunales existentes en el ámbito internacional y a la diversidad de sus características, la doctrina ha procedido a elaborar una clasificación. En el presente trabajo, 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 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: cortes y tribunales internacionales, tribunales arbitrales, y órganos de compensaciones y reclamos. Las cortes y 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

³ Sostiene el jurista que la dimensión puramente interestatal del derecho internacional ha sido superada, y actualmente la personalidad legal internacional se ha expandido, para abarcar además de a los Estados y organismos internacionales, a la persona humana. «(...) 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 (...)» (p. 3).

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) emiten decisiones vinculantes; y (vii) son permanentes. A su vez, el orden de cortes y tribunales internacionales se puede dividir en las siguientes cinco familias: (a) Cortes de carácter interestatal; (b) Tribunales administrativos; (c) Cortes de Derechos Humanos; (d) Cortes de integración regional económica o política; (e) Cortes penales (Romano, 2011: 264).

Bajo esta clasificación, las tres cortes 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 estas cortes la diplomacia y soberanía juegan papeles muy importantes, son espacios donde la herencia arbitral y el *rationale* de solución de diferencias es evidente. Son, en una manera, cortes *old style* y carga en su estructura y competencia restos de los comienzos del desarrollo de la actual jurisdicción internacional. Si bien por varias décadas este tipo de cortes eran las únicas existentes, en la actualidad hay instituciones judiciales con diversas competencias, propósitos y estructuras. Así, además de las cortes interestatales están, 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 Centroame-

ricana 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, lo que ha impulsado la necesidad de rejuvenecer a varias organizaciones internacionales y se ha 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, así como el aumento de controversias de carácter comercial, estableciéndose al efecto fueros jurisdiccionales a nivel internacional⁴.

A fin de confrontar a las cortes interestatales tradicionales con los tribunales creados desde el fin de la Guerra Fría, se ha postulado el surgimiento de una nueva generación de cortes y tribunales con sus consecuentes ventajas (Born, 2012), ya que las 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, las cortes tradicionales de carácter interestatal aún son esenciales. Las cortes y tribunales internacionales han cambiado no solo cuantitativamente, sino cualitativamente. Las cortes de segunda gene-

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

ración cuentan con competencia obligatoria, permiten el acceso a actores y sujetos que no son solo los Estados, e incluso poseen mecanismos 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, las cortes 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 tanto del ámbito internacional como interno.

Multifuncionalidad y legitimidad de las cortes y tribunales interestatales

En el derecho internacional, la legitimidad ha sido definida como la justificación del ejercicio de autoridad pública, esta última entendida como el equivalente a tener el poder de tomar decisiones vinculantes (Wolfrum, 2013: 2). Como ya se ha mencionado, el consentimiento estatal ha sido el enfoque tradicional a la legitimidad normativa de las cortes 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 se 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, esta corre el riesgo de ser criticada, o ser considerada impopular e ineficaz.

La tesis predominante es que las institu-

ciones 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 las cortes internacionales solo afectan a las partes de un caso particular. La segunda es que el rol principal que tienen las cortes 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 o Estados y en los valores de la comunidad internacional en su conjunto. También, y lejos de solo solucionar una controversia, las cortes internacionales ejercen una variedad de funciones, que se desarrollan más adelante.

El tradicional argumento de legitimidad justifica a la jurisdicción internacional desde el consentimiento estatal y el de las partes para someter una controversia a un tribunal internacional. Su vigencia continúa imbuendo al derecho internacional, más aún, cuando las cortes fundamentan su competencia en una controversia, adoptan formalmente este punto de vista. Por ejemplo, el Órgano de Apelación de la OMC declaró⁵ que el Acuerdo que crea a la organización es el equivalente internacional de un contrato. Es evidente que, en el ejercicio de su soberanía y buscando atender sus respectivos intereses, los miembros de la OMC han hecho una concesión. Los autores consultados no niegan que el consentimiento de los

⁵ «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».

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. Uno 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, las cortes internacionales pueden tomarse como organismos de la comunidad internacional, con la tarea esencial de proteger sus valores e intereses. 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 aquella. Por último, su legitimidad puede surgir de los regímenes internacionales, y en este sentido, los tribunales internacionales son instituciones de ellos 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, las cortes serían suscepti-

bles de parcialidad, y su fuente legitimadora permanece sin resolverse. En definitiva, ninguna de estas comprensiones ve a las cortes como actores, sino que las reduce a la voluntad de las partes, a los intereses de la comunidad o las supone agentes de un régimen (Bogdandy-Venzke, 2012: 29).

Entonces, considerando a las cortes 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) estabilización de expectativas normativas; (c) desarrollo normativo; y (d) 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 también la protección del medio ambiente, los derechos humanos, el patrimonio común de la humanidad el reconocimiento de otros sujetos en el derecho internacional, cómo 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 y situaciones, 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, quién 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 que el sistema de solución de diferencias es un elemento central en dar seguridad y predictibilidad al sistema

multilateral de comercio⁶.

El desarrollo normativo del derecho internacional tiene 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 del 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 cómo ejercen el poder las instituciones estatales, lo que puede implicar la revisión de actos internos a la luz del derecho internacional. Las cortes controlan la autoridad interna en función de los límites que impone el 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.

Las funciones de las cortes interestatales en su jurisprudencia

a. 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 Singapur⁷ tiene explicación tanto dentro de la postura de la soberanía estatal, y de esta manera permite comprender y decidir el diferendo de acuerdo a los intereses estatales, como dentro de la postura de preservar 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 pudieran 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 ha-

⁶ «The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system».

⁷ 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.

bían llegado a un acuerdo sobre un borrador de «Acuerdo de Solución» (*Settlement Agreement*), el 26 de abril de dicho año lo firmaron y entró en vigor inmediatamente⁸.

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 Acuerdo de Solución. 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.

En relación con 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 Azul⁹, relativo a la ejecución de un programa experimental de pesca (PEP) iniciado por Japón, que motivó 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, concerniente a 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 de 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 vistas a 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 cómo la Orden del Tribunal había tenido un papel significativo al alentar a las partes a progresar en la cuestión de la pesca por terceras partes¹⁰. Las medidas del TIDM ayudaron a que las partes retomaran negociaciones prontamente dentro del ámbito

⁸ «Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor (Malaysia v Singapore)», *Settlement Agreement*, 26 April 2005.

⁹ TIDM, «Casos del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda vs. Japón; Australia vs. Japón)», medidas provisionales, orden del 27 de agosto de 1999.

¹⁰ TIDM, «Caso del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda vs. Japón, Australia vs. Japón)», 4 de agosto de 2000, párr. 69.

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 toma 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 cooperar, participar con voz sin voto, hacer propuestas, y concederles una asignación del TAC si cumplen con los mandatos de la Comisión¹¹.

En el caso de «Whaling»¹², la discusión se centraba en el programa experimental iniciado por Japón a través del cual otorgaba licencias para la 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 Santuario de Ballenas del Océano Antártico (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 involucra 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* se encuentra limitada, no va en detrimento de los intereses colectivos en juego. La CIJ sostuvo que la interpretación de esta disposición —o sea determinar si es científico o no el motivo de 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 su diseño e implementación no eran consecuentes con dichos objetivos. La CIJ estableció que JARPA II no era un programa con fines de investigación científica 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 su

¹¹ 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).

¹² CIJ, «Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)», 31/03/2014.

programa ballenero en el Océano Antártico. 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 sean realizados bajo las pautas fijadas en la ICRW y su normativa, tal como la interpretó la CIJ. La decisión tampoco afectó a otros países que realizan pesca comercial de ballenas o la practican en base a la subsistencia aborígen.

La CIJ, respecto a futuros programas de caza de ballenas, dijo que es de esperar que Japón tomará en cuenta el razonamiento y las conclusiones de la sentencia, al evaluar la posibilidad de otorgar permisos en el futuro bajo el Artículo VIII, párrafo I de la ICRW¹³. 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 un 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 y a la comunidad internacional, y pensada a largo plazo, y no se limita solo a 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 aceptarían las medidas impuestas por un país cuya justificación estaba dada por la protección del medio ambiente¹⁴. 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 organización¹⁵.

b. La función de control y legitimación

Un claro ejemplo de legitimación horizontal se aprecia en el caso de Bangladesh y Myanmar¹⁶. Al considerar el TIDM si debía

¹³ Párrafo 246 de la sentencia en el caso «Whaling»: «[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».

¹⁴ 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.

¹⁵ «Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional», punto V.

¹⁶ TIDM, «Delimitación Marítima en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar)», sentencia del 14 de marzo de 2012.

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, basándose en temas geológicos y cuestiones afines, 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 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 las cortes internacionales sobre las instituciones internas de los Estados, interpretando la sentencia recaída en el caso entre Senegal y Bélgica¹⁷ 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 Habré. Tras los reclamos por parte de Bélgica en cuanto a que Senegal no tenía intenciones de someter a Habré a un proceso judicial, lo que se hacía evidente 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 Crueles, 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.

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 a fin de 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 en cuanto a que el ex dictador no se iba a fugar ni eludir su juzgamiento¹⁸.

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 de Kosovo¹⁹. Las opiniones consultivas de la CIJ son en respuesta a una solicitud que le pueden realizar determinados

¹⁷ CIJ, «Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)», 20 de julio de 2012.

¹⁸ CIJ, «Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)», Orden de medidas provisionales del 28 de mayo de 2009.

¹⁹ «Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo», del 22 de julio de 2010.

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 opinión 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, evitando así opinar sobre los grandes temas legales y políticos vinculados al asunto del acto de secesión, si existe tal derecho de manera unilateral y a quién 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*, desarticuló posibles conflictos internos o intraestatales respecto a secesiones o al 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; sin embargo, 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).

Así, no consideró la declaración de independencia como un acto de secesión, al sostener que los autores de dicha declaración no actuaron, o intentaron actuar, en la capacidad de una institución creada y facultada para hacerlo dentro de ese orden legal, pero en cambio, adoptaron una medida cuya significancia y efectos recaerían por fuera de dicho orden²⁰. 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 la CIJ adoptó una visión anacrónica y consensualista del derecho internacional, al interpretar la frase «de acuerdo al derecho internacional» como refiriéndose de forma exclusiva a si la declaración de independencia violaba una regla prohibitiva del derecho internacional²¹. 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). El análisis de las conclusiones de los jueces de la Sala desde una perspectiva ambiental, ha permitido clarificar

²⁰ Párrafo. 105 de la Opinión Consultiva. «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».

²¹ Párrafo 3 de la Declaración del Juez Simma a la Opinión Consultiva.

y delimitar la aplicación del régimen de patrocinio con sus respectivas obligaciones, y ampliar el contexto de protección al medio marino, ya que a 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 totalidad²².

Desde la postura de que la protagonista es la comunidad internacional, es digno de resaltar cómo 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 protectoras del medio marino. Asimismo, al considerar las exigencias impuestas por la obligación de asegurar que el Estado patrocinante incorpore a su legislación interna las reglas de la Convención relativas a la Zona, a fin de poder ejercer un control efectivo sobre las entidades bajo su control y nacionalidad. De esta manera, al explicitar los elementos de esta obligación, se logra un claro aporte desde una perspectiva ambiental y en especial, en relación con el enfoque precautorio. Además, reconoce la obligación de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental y aplicar las mejores prácticas ambientales. Todo esto enmarcado en la obliga-

ción general de debida diligencia que reposa sobre los Estados patrocinantes.

En cuanto a las normas ambientales en relación con el comercio, en el famoso caso relativo a la importación de camarones²³, que se dirimió en el sistema de solución de controversias de la OMC, se dan las principales pautas respecto al concepto de recurso natural agotable. Se 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; es decir, 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 utilizarlos para determinar el contenido del inciso «g». Entonces, recurso natural comprende tanto a los minerales como a los recursos vivos. Incluso estos 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 inertes²⁴.

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 Pro-

²² 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.

²³ «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.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 128.

grama 21 en el cual se habla de «recursos naturales» y se formulan 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 para 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»²⁵.

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 sustancial» con la preservación de los recursos naturales agotables y no estar simplemente destinada «de forma accidental o por inadvertencia» a su conservación (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, así 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 naturales²⁶.

Conclusiones

A fin de realizar un análisis contemporáneo de la jurisdicción internacional, del cual se puedan extraer conclusiones válidas, deben considerarse algunos puntos. Las cortes y 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.

La proliferación de tribunales no ha impedido que las cortes interestatales desarrollen, a nuestro entender, una correcta comprensión de las relaciones internacionales, y las funciones que deben cumplir a fin de continuar vigentes. Pensar en las cortes 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 las cortes interestatales y su legitimidad.

En la jurisprudencia de estas cortes se puede observar que, al momento de decidir un caso, realizan otras funciones además de solucionar la controversia. En aquellos casos en que

²⁵ *Ibidem*, párrafo 131.

²⁶ «Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional», punto III, C.

las cortes adoptan una postura unidimensional y estatocéntrica, estas 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 en que los jueces hicieron primar la administración del conflicto respetando los valores de la comunidad internacional, las decisiones de las cortes fueron efectivas y con una favorable recepción por parte de los Estados y la doctrina. En definitiva, las decisiones de los tribunales internacionales pueden lograr mayor aceptación si contemplan los valores de la comunidad internacional, la persona humana y legitiman tanto a las instituciones internacionales como a las internas de cada Estado.

Referencias bibliográficas

- Bogdandy, Armin Von e Igor Venzke (2014). «In whose name? A public law theory of international adjudication», Oxford University Press, United Kingdom.
- Bogdandy, Armin Von e Igor Venzke (2012). «On the Functions of International Courts: an Appraisal in Light of their Burgeoning Public Authority», Amsterdam Center for International Law, n° 2012-10. 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, n° 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 n° 08, p. 837-840.
- Cancado Trindade, A. A. (2013). «International Law for Humankind. Towards a new jus gentium», Martinus Nihjoff Publishers, The Netherlands.
- 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 y Ruti Teitel (2010). «Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?», German Law Journal, vol. 11 n° 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 n° 2015-1.
- 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 n° 4, p. 709-751.
- Romano, Cesare (2011). «A Taxonomy of International Rule of Law Institutions», Journal of International Dispute Settlement, vol. 2 n° 1, p. 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.

Recibido: octubre de 2015

Aceptado: abril de 2016

