



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

***CUESTIONES JURISDICCIONALES ASOCIADAS A LA PROLIFERACIÓN
DE TRIBUNALES Y CORTES INTERNACIONALES***

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ALUMNO: CARLOS RODOLFO BELLEI TAGLE

PROFESORA GUÍA: SRA. XIMENA FUENTES TORRIJOS

SANTIAGO – CHILE

2008

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	i
PRIMERA PARTE: INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS PACÍFICOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL	
I. LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES	2
1. EL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES	2
2. JUSTICIABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES	7
3. PRINCIPIO DE NO EXCUSABILIDAD (EXCLUSIÓN DEL “NON LIQUET”): OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LAS ARMAS NUCLEARES	13
4. CONCLUSIONES PRELIMINARES	19
SEGUNDA PARTE: LA PROLIFERACIÓN DE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES: CONSECUENCIAS JURÍDICAS	
I. LA PROLIFERACIÓN DE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES	23
1. PANORAMA GENERAL	23
2. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN	33

3. DELIMITACIÓN DE LA SUPERPOSICIÓN DE JURISDICCIONES	36
II. NORMAS POSITIVAS QUE REGULAN LA ELECCIÓN ENTRE DISTINTOS FOROS JUDICIALES	37
1. LA ELECCIÓN DE FORO	37
2. ALGUNAS NORMAS POSITIVAS QUE REGULAN LA ELECCIÓN DE FORO	40
2.1. Cláusulas que Otorgan Jurisdicción Exclusiva	41
2.1.2. Estipulaciones Inflexibles	41
2.1.3. Estipulaciones Flexibles	42
2.2. Cláusulas que No Otorgan Jurisdicción Exclusiva	43
2.3. Aproximación intermedia: Elección Limitada de Foro	46
III. PRINCIPIOS APLICABLES A LA ELECCIÓN DE FORO	49
1. GENERALIDADES	49
2. PRÁCTICA DE LA CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL	50
2.1. <i>Mavrommatis Case</i>	50
2.2. <i>Right of Minorities Case</i>	52
3. PRACTICA DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIÓN: THE KLÖCKNER CASE	55
4. ÓRGANOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL MARCO DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR: THE SOUTHERN BLUEFIN TUNA	56

5. CONCLUSIONES PRELIMINARES	60
------------------------------	----

TERCERA PARTE: REGLAS JURÍDICAS QUE REGULAN LA EXISTENCIA DE MÚLTIPLES PROCEDIMIENTOS: *ELECTA UNA VIA*; *LIS ALIBI PENDENS*; Y *RES IUDICATA*

I. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES SEGUIDOS ANTE DIFERENTES CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES	64
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	64
2. CLÁUSULA ELECTA UNA VIA	67
2.1. Cláusula Electa una Via Incorporada en Acuerdos internacionales	68
2.2. Reservas a la Cláusula Electa una Via	72
3. LITISPENDENCIA	73
3.1. Aplicación de la Regla de la Litispendencia por los Tribunales y Cortes internacionales	80
3.1.1. Precedentes de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia: <i>Certain German Interests</i> ; <i>United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran</i> ; <i>Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua</i>	80
3.1.2. Jurisprudencia de Otros Tribunales y Cortes Internacionales	83
3.1.3. Práctica del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversión (CIADI): <i>Pyramids Case</i>	86

4. COSA JUZGADA	88
4.1. Consagración de la Regla de la Cosa Juzgada en Distintos Instrumentos Jurídicos Internacionales	89
4.2. Excepciones a la Regla de la Cosa Juzgada	92
4.3. Jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia	95
4.3.1. <i>Société Belgique Case</i>	95
4.3.2. <i>King of Spain Case</i>	97
4.3.3. <i>Arbitral Award Case</i>	99
5. CONCLUSIONES PRELIMINARES	101
5.1. Cláusula Electa una Via	102
5.2. Litispendencia	103
5.3. Cosa Juzgada	105
CONCLUSIONES FINALES	108
BIBLIOGRAFIA	116

I.- INTRODUCCIÓN

La actual panorámica del derecho internacional público nos plantea hoy por hoy una serie de interrogantes no a todas las cuales es posible encontrarles respuestas satisfactorias y concluyentes. Los cambios experimentados por la comunidad jurídica internacional especialmente luego de la creación de las Naciones Unidas en el año 1945 una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, han sido significativos. Las interacciones entre los Estados se han incrementado en una gran variedad de ámbitos, e involucran materias tan disímiles como los procesos de liberalización del comercio o la protección de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, el derecho internacional ha centrado su foco de interés en áreas que tradicionalmente le fueron ajenas, como aquellas históricamente propias del derecho penal o las ligadas con la protección del medioambiente. Este mayor grado de relación entre los principales sujetos de derecho internacional – los Estados – ha traído consigo un aumento cuantitativo de los instrumentos jurídicos internacionales (especialmente tratados multilaterales y bilaterales, y convenciones) y consiguientemente, de las controversias. Resultado de lo anterior ha sido que las disputas que a la fecha surgen entre las Naciones ya no sólo dicen relación con cuestiones limítrofes – quizá las más paradigmáticas de las controversias interestatales – sino que en su mayoría, con asuntos relacionados con el comercio e inversiones.

Un segundo rasgo novedoso ha sido el incremento en el número de tribunales y cortes internacionales, órganos judiciales ante los cuales los Estados pueden recurrir para tutelar los derechos que les corresponden. A la Corte Internacional de Justicia (instituida como principal órganos de las Naciones Unidas) se han sumado nuevos procedimientos judiciales de solución pacífica de las controversias con competencia tanto a nivel universal como regional. Ejemplos de los primeros son el Tribunal de Derecho del Mar y el Sistema de Solución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio, y de los segundos, las Cortes Centroamericana y Europea de Justicia. Este fenómeno ha contribuido significativamente a la obtención de soluciones alejadas de la

amenaza o del empleo de la fuerza tal como lo estipula la Carta de las Naciones Unidas, al permitir que en la práctica un mayor número de disputas sean efectivamente justiciables. Pese a ello, también ha levantado una serie de inconvenientes que se han ido develando con el paso del tiempo. Debido al descentralizado método de creación de los nuevos tribunales y cortes, y a la manera descordinada en que éstos han sido establecidos poniéndose además escasa atención en la relación con los procedimientos ya existentes, una determinada disputa de derecho internacional puede actualmente ser referida a más de un órgano judicial internacional, debido a que en muchas circunstancias éstos tienen competencias acumulativas, es decir, competencias que se extienden sobre una misma tipología de controversias. Considérese, por ejemplo, que los tres Estados miembros del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) son a la vez parte del sistema universal del GATT/OMC, y ambos acuerdos contemplan diferentes mecanismos de solución de controversias. Entonces, ¿ante qué sistema deberá recurrir Canadá si surge un diferendo con Mexico relativo a la aplicación de salvaguardias improcedentes a determinados productos? Afortunadamente, el NAFTA contiene normas procedimentales claras que dirigen la conducta de las partes en discordia, pero no ocurre lo mismo tratándose de otros acuerdos multilaterales. Entonces, la posibilidad de que dos o más Estados recurran de manera simultánea ante diferentes foros internacionales procurando la solución de una determinada controversia emanada de los mismos acontecimientos incurriéndose de esta forma en múltiples procedimientos es cada vez más real y factible de presentarse. La necesidad de resguardo de la coherencia del sistema jurídico internacional y de las aspiraciones de certeza jurídica no se condicen con la eventual dictación de sentencias contradictorias al incurrirse en múltiples litigaciones. Para morigerar dicho impacto negativo y atenuar el riesgo, se han incluido como parte del sistema normativo internacional tres importantes reglas de regulación de la función jurisdiccional cuya génesis la encontramos en los sistemas jurídicos internos: la litispendencia, la cosa juzgada, y la cláusula “*electa una via*”.

El presente estudio analiza el impacto que ha tenido en la solución pacífica de las controversias internacionales la proliferación de cortes y de tribunales. Para

comprender satisfactoriamente dicho acontecimiento en su contexto histórico y político, en la Primera Parte de este trabajo se revisa el desarrollo y la evolución del principio de la solución pacífica, el que se encuentra estrechamente relacionado con el principio de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza, dando cuenta de lo que ha sido el proceso de institucionalización de las vías pacíficas de arreglo, desde su consagración programática en el artículo 2 (4) de la Carta de San Francisco hasta su inclusión en otros cuerpos normativos regionales como la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Carta de la Unión Africana de Naciones. Por otro lado, se mencionan importantes sentencias emanadas principalmente de la Corte Internacional de Justicia en las cuales se le otorga eficacia a la obligación general de los Estados de sujetar el arreglo de sus diferencias a los métodos pacíficos que para ello se encuentran preestablecidos. Complementariamente, se hace referencia a la justiciabilidad de las controversias internacionales, y al principio de inexcusabilidad o de prohibición del “*non liquet*”. Lo anterior resulta trascendental en el proceso de valoración de la labor de los tribunales y cortes que actualmente operan en la esfera multilateral, especialmente en lo que dice relación con su contribución a la paz y a la seguridad internacionales.

La Segunda Parte se concentra en el fenómeno de la proliferación de órganos judiciales internacionales, mostrando en primer término una panorámica actual de lo que ha sido el explosivo crecimiento de tribunales y cortes tanto en número como en el ámbito de sus competencias, para luego abordar los sucesivos debates que han surgido a propósito de la conveniencia o inconveniencia de que dicho proceso continúe su proceso de profundización. Las principales voces de alerta las levantan aquellos que ven en la fragmentación del derecho internacional una grave amenaza para la coherencia y la legitimidad del sistema, especialmente por la falta de coordinación que existe entre los distintos órganos adjudicadores a la hora de resolver controversias respecto de las cuales se reúna la triple identidad. Al mismo tiempo, el trabajo explora las visiones de algunos autores que han intentado explicar las causas para que dicha proliferación se haya producido (y continúe produciéndose), hipótesis que resultan en su mayoría coincidentes. A continuación, el estudio se introduce en los conflictos de jurisdicción que pueden producirse al existir órganos judiciales cuyas competencias se

encuentran “en contienda”. La práctica del “*forum shopping*” se ha tornado en ciertas circunstancias abusiva, especialmente cuando no existen normas jurídicas claras que regulen la elección de foro. Finalmente, se revisa jurisprudencia alusiva emanada de la Corte Permanente de Justicia Internacional, del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversión (CIADI) y de los mecanismos de solución de controversias estipulados en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

La Tercera Parte constituye el centro de la investigación y se refiere a las reglas jurídicas que regulan la existencia de múltiples procedimientos en cualquiera de sus dos variantes: procedimientos paralelos y sucesivos. Luego de las consideraciones preliminares, se da paso al estudio de las tres reglas tradicionales que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional procurando impedir el surgimiento de más de un litigio originado a partir de los mismos hechos y entre las mismas partes: la “*electa una via*” o cláusula de exclusión de foro, la litispendencia y la regla de la cosa juzgada. Respecto de la primera, varios tratados internacionales que reconocen la existencia de una superposición de competencias entre distintos órganos judiciales, le otorgan el derecho a la parte demandante de escoger ante qué foro referir su reclamo, pero al mismo tiempo, señalan que una vez escogido el foro que conocerá de la disputa los restantes potencialmente competentes quedarán excluidos de jurisdicción, confiriéndosele de esta manera jurisdicción exclusiva al tribunal escogido. La litispendencia, por su parte, procura impedir el surgimiento de procedimientos simultáneos conducidos en paralelo. A pesar de la escasez de instrumentos jurídicos que la contemplan explícitamente (una excepción la constituye el artículo 5 del Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y algunas normas de los instrumentos constitutivos de los tribunales penales “*ad hoc*”), se ha ido transformando lentamente en una regla obligatoria de derecho, lo que se ve refrendado por la práctica de los tribunales y cortes internacionales. Distinto es lo que ocurre con la cosa juzgada, que recibe aplicación tratándose de eventuales procedimientos sucesivos. La “*res iudicata*” junto con ser una regla cuyo necesario reconocimiento actualmente no se discute, se remonta a centenarias prácticas que dotan de un efecto

final y obligatorio a las sentencias judiciales. En este sentido, hoy en día existe una tendencia generalizada de los Estados de cumplir con las resoluciones judiciales que les empecen, lo que constituye un elemento que contribuye a la legitimación del sistema judicial internacional. No obstante, la regla reconoce excepciones que posibilitan el “re conocimiento” de una disputa ya compuesta por algún foro, las que se detallarán en lo sucesivo. El estudio se complementa con el análisis de casos en los cuales las tres reglas han recibido aplicación, o han intentado ser dotadas de eficacia.

Para facilitar la comprensión del documento, al finalizar cada Parte se incorporan sus respectivas conclusiones específicas a modo de síntesis, para reservar para el final del estudio aquellas de naturaleza más generales.

Finalmente, es necesario destacar que se ha procurado la inclusión de varios acuerdos internacionales que ejemplifican las materias en comento, al mismo tiempo en que se ilustran a partir de casos prácticos seguidos ante los más diversos órganos judiciales internacionales. Ciertamente, se han escogido los que se han estimado como los más representativos. En aquellos casos en los cuales no exista norma o la situación no haya dado lugar a la fecha a algún procedimiento jurisdiccional, será efectuada la advertencia correspondiente.

Parte I

INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS PACÍFICOS DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

I. LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

1.- EL PRINCIPIO DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

El siglo pasado fue testigo de un importante fenómeno expansivo del derecho internacional público. Se produjo una considerable explosión en la creación de normas jurídicas a través de tratados internacionales, prácticas de los Estados y legislación “*soft law*”¹. Este extenso número de normas provee actualmente a los actores internacionales de una “razonable guía sobre cómo conducir sus conductas”². A pesar de dicho avance – difícil de concebir durante la primera mitad del siglo XX – la existencia de normas jurídicas internacionales no ha garantizado ni la prevención ni la resolución de las disputas interestatales surgidas a propósito de la interpretación y aplicación de dichas normas³.

Los sucesivos intentos por configurar un sistema obligatorio para la solución de las controversias internacionales, por ejemplo, mediante el establecimiento de la Corte Internacional de Justicia como órgano principal de las Naciones Unidas han encontrado

¹ Se denomina “*soft law*” a aquellas normas regulatorias de conducta que carecen de fuerza obligatoria, creadas mediante resoluciones no obligatorias denominadas recomendaciones, y estándares adoptados por organizaciones internacionales.

² **SHANY, Yuval.** *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals.* International Courts and Series. (Oxford, 2003). 1p (traducción propia).

³ Se entiende por controversia internacional un “desacuerdo sobre una cuestión de derecho o un hecho, un conflicto de posiciones jurídicas o de intereses entre dos personas”. Esta definición fue planteada por la Corte Permanente de Justicia Internacional al conocer del denominado “*Mavrommatis case*” en el año 1924. El concepto ha sido criticado debido a que sólo comprende aquellas controversias de naturaleza jurídica, obviando un considerable número de disputas cuya esencia es más bien política. Es por esto que surge una segunda definición, más amplia que la anterior, que las caracteriza como “un desacuerdo específico sobre una cuestión de hecho o de derecho, o de política, en que la posición de una de las partes se enfrenta con la contraposición o negativa de la otra parte”. **MERRILLS, John Graham.** *International Dispute Settlement.* 3rd Edition. (Cambridge, 1998). 1p (traducción propia). Como se aprecia, incluye dos aspectos obviados por la Corte: en primer lugar, aquellas disputas no

una serie de obstáculos en la comunidad jurídica internacional. Principalmente, la tradicional noción de soberanía estatal y la exigencia del consentimiento del Estado para ser sujeto de una relación jurisdiccional como precondition para su acaecimiento restringen su potencial comparecencia ante los distintos foros existentes. De esta forma, la creación de un sistema jurisdiccional obligatorio, ante el cual los Estados puedan ser compelidos a litigar aún sin mediar su consentimiento, está lejos de haber sido alcanzado, y no se aprecia que pueda llegar a suceder en un futuro próximo. No obstante, esta deficiencia estructural no ha traído consigo una abstención en el desarrollo de mecanismos de solución de disputas, sino que se ha ido produciendo con el correr del tiempo precisamente el fenómeno contrario.

El hito más importante de desarrollo se produce en la ciudad de San Francisco en el año 1945. Con la firma de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial se inicia una nueva era en la panorámica del derecho internacional en general, y de la solución de controversias internacionales en particular. Por primera vez se consigue plasmar en derecho positivo la obligación general de los Estados de abstenerse de usar o amenazar con el uso de la fuerza en sus relaciones interestatales, paso importante destinado a evitar las atrocidades ocurridas con motivo de las dos guerras mundiales. De manera que cualquier referencia que se haga a la solución de las controversias internacionales con posterioridad a la conclusión del tratado marco de San Francisco deberá tener en consideración la proscripción del uso de la fuerza o la amenaza de su uso. En otras palabras, la obtención de una solución a través de métodos pacíficos de arreglo.

A partir de las consideraciones generales establecidas en los Propósitos de las Naciones Unidas, el artículo 2 (4) del mencionado tratado multilateral dispone que:

“Para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

jurídicas denominadas políticas; y en segundo lugar, el hecho de que no basta con la mera

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se *abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza* contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas” (énfasis agregado)⁴.

La Carta es meridianamente clara en señalar que entre las formas de acción incompatibles con los Propósitos de la Organización se encuentra el uso o la amenaza de uso de fuerza como medio de solución de disputas internacionales. Ello al menos en principio, puesto que en ciertos y excepcionales casos debidamente calificados por la propia Carta, ésta autoriza el uso de la fuerza previa resolución del Consejo de Seguridad, máximo órgano deliberativo de la institución⁵. De esta manera, debemos concluir que existe una estrecha relación entre el principio de la prohibición del uso o la amenaza del uso de la fuerza con la solución pacífica de las controversias internacionales, “puesto que el primero necesariamente implica al segundo”⁶.

Adicionalmente, el principio de la solución pacífica de las controversias internacionales ha encontrado sustento en una serie de otros instrumentos multilaterales, universales y regionales. Podemos mencionar entre otros a la Carta de la Organización de Estados Americanos del año 1948⁷, pormenorizada en este aspecto en el Pacto de Bogotá del mismo año⁸; la Carta de la Unión Africana de Naciones

pretensión de una de las partes, sino que ésta debe encontrar un efectivo rechazo de la otra.

⁴ Carta de la Organización de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945), artículo 2 (4).

⁵ Así lo establece el Capítulo VII de la Carta, el que le otorga amplias facultades al Consejo de Seguridad autorizándolo incluso a usar la fuerza, con el único objetivo de velar por la consecución de la paz y el resguardo de la seguridad internacional. Otro caso de legitimación del uso de la fuerza lo encontramos en casos de legítima defensa, en los cuales la fuerza es usada por un Estado para contrarrestar un ataque armando proveniente de otro Estado, es decir, como medio de acción frente a una agresión previa (artículo 51).

⁶ **FUENTES, Ximena.** *La Solución Pacífica de las Controversias Internacionales.* Materiales de Curso. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Segundo Semestre. (Santiago, 2003). 1p.

⁷ Carta de la Organización de los Estados Americanos (Washington, 1948), artículo 24, Capítulo V: “Las controversias internacionales entre los Estados Miembros deben ser sometidas a los procedimientos de solución pacífica señaladas en esta Carta”.

⁸ Tratado Americano de Solución Pacífica de Disputas (Bogotá, 1948), artículo 1, Capítulo I: “Las Altas Partes Contratantes (...) convienen en abstenerse de la amenaza, el uso de la fuerza

(antigua Organización para la Unidad Africana” del año 2000⁹) y la Carta de la Organización del Tratado Atlántico Norte¹⁰.

Uno de los Órganos de las Naciones Unidas, la Asamblea General, incluyó dicho principio en la Resolución 2625 (XXV) de 1970, la que contiene la Declaración de Principios de Derecho Internacional que rigen las Relaciones de Amistad y Cooperación entre Estados. Años más tarde, en 1982, la Asamblea vuelve a reiterar el principio de la solución pacífica, reafirmando su plena validez y vigencia, en la Declaración de Manila sobre Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales¹¹. La última reiteración positiva del principio data del año 2000 con ocasión de la llamada Declaración del Milenio (A/RES/56/2), en la cual los Estados que conforman las Naciones Unidas se comprometen a respetar la paz en sus relaciones con los demás miembros de la comunidad internacional, en las más variadas disputas que pudieren suscitarse entre ellos.

Afortunadamente, el tratamiento de la solución pacífica de las controversias internacionales no ha sido una cuestión meramente programática. En efecto, la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales, principalmente de la Corte Internacional de Justicia, ha sentenciado en variadas oportunidades la necesidad de que los Estados – como los principales sujetos de derecho internacional – sujeten el arreglo de sus diferencias a los métodos pacíficos que para ello se encuentran

o de cualquier otro medio de coacción para el arreglo de sus controversias y en recurrir en todo tiempo a procedimientos pacíficos”.

⁹ Carta de la Unión Africana de Naciones (2000), artículo 3 (Objetivos), letra f): “Los Objetivos de la Unión serán: promover la paz seguridad, y estabilidad del continente; artículo 4 (Principios) “La Unión funcionará de acuerdo con los siguientes Principios: letra e): resolución pacífica de los conflictos entre los Estados miembros de la Unión”; letra f): prohibición del uso de la fuerza o su amenaza entre los Estados miembros de la Unión”.

¹⁰ Carta de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (1949), artículo 1: “Las Partes se comprometen, según está estipulado en la Carta de las Naciones Unidas, a resolver por medios pacíficos todas sus diferencias internacionales, de tal manera que la paz y la seguridad internacionales, así como la justicia, no sean puestas en peligro, y a abstenerse en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza, incompatibles con los fines de las Naciones Unidas”.

establecidos. Al respecto, interesante resulta hacer referencia al siguiente párrafo de la sentencia de la Corte Internacional pronunciada en el año 1986 a raíz del denominado “Caso Nicaragua”, paradigmático en la temática que nos aboca.

“(…) sin embargo, la Corte debe recordar un principio adicional de derecho internacional, uno que es complementario a los principios de naturaleza prohibitiva analizados anteriormente, y cuyo respeto es esencial en el mundo de hoy en día: el principio de que las Partes en cualquier controversia, particularmente cualquier controversia cuya continuación pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, *deben buscar una solución por medios pacíficos* (...) Consagrado en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, el que también señala varios medios pacíficos disponibles, *este principio también tiene estatus de derecho consuetudinario* (...)”. (énfasis agregado) (traducción de Ximena Fuentes)¹² .

Del párrafo citado se desprenden importantes conclusiones: en primer lugar, queda de manifiesto la complementariedad de los principios de la no utilización de la fuerza como mecanismo de acción internacional con el principio de la solución pacífica de las controversias, como señalábamos precedentemente; y en segundo lugar, innovando respecto de sus dictámenes anteriores, califica al principio en comento como parte del derecho internacional consuetudinario, lo que refuerza su trascendencia y por consiguiente, su necesidad de respeto.

¿Es posible concluir de lo anterior que en derecho internacional existe entonces la obligación de solucionar las controversias que se susciten entre los actores internacionales? En otras palabras, ¿están las partes de una disputa jurídicamente obligadas a darle a ésta pronta solución? Del análisis de los diversos cuerpos normativos internacionales existentes podemos afirmar que la verdadera obligación

¹¹ Declaración de Manila (1982), artículo 2, Capítulo I: “Todos los Estados arreglarán sus controversias internacionales exclusivamente por medios pacíficos, de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz ni la seguridad internacional, ni la justicia”.

¹² *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*. Nicaragua v. United States of America. ICJ, 1984. p290.

que tiene los Estados no es la de solucionar las disputas que surjan con otros, sino que en caso de que las partes estén dispuestas a hacerlo, sigan al respecto los conductos pacíficos materializados en los medios de arreglo que los diversos tratados multilaterales y bilaterales establecen. Es decir, nada obsta a la existencia de asuntos pendientes entre dos o más Estados, que de hecho existen en gran cantidad, pues éstos no tienen la obligación jurídica de ponerles fin. Distinto es que lo verdaderamente conveniente será buscarles solución pues de lo contrario podríamos estar en presencia de situaciones que perduran indefinidamente en el tiempo, podrían derivar en amenazas a la paz y seguridad internacional, según sea su gravedad. Es esta situación la que la Carta de las Naciones Unidas pretende evitar, facultando incluso al Consejo de Seguridad para que adopte las medidas necesarias para instar a las partes a buscar un arreglo, o intervenir derechamente en la disputa en caso de que la paz o la seguridad de la comunidad internacional se encuentre amenazada (Capítulo VII Carta de la ONU).

En definitiva, “la obligación de arreglar las controversias internacionales existe y surge en tanto y en cuanto la falta de un arreglo significaría una amenaza para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional. De lo contrario, las partes podrían abstenerse de buscar una solución”¹³.

2.- JUSTICIABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

A partir del concepto amplio de controversia internacional planteado por Merrills¹⁴ es posible identificar una primera clasificación que, como se apreciará más adelante, tiene una gran trascendencia jurídica. Distingue la doctrina entre aquellas disputas cuya naturaleza es jurídica de aquellas que no poseen tal rasgo, también denominadas políticas. La distinción cobra relevancia al analizar el tema de la

¹³ **LAREDO, Iris Mabel.** *La Solución de Conflictos Intrabloques.* Ediciones Depalma. (Buenos Aires, 1970). 55p.

justiciabilidad de unas y de otras. Así, de acuerdo con la opinión doctrinaria mayoritaria, existiría una determinada categoría de controversias surgidas entre dos o más Estados – las no jurídicas – respecto de las cuales el derecho internacional vigente no les resultaría aplicable, precisamente en consideración a su naturaleza política. De ello derivaría una importante consecuencia: la imposibilidad lógica de que sean compuestas por aquellos órganos judiciales internacionales que resuelven jurisdiccionalmente las disputas a través de procedimientos que derivan en una decisión jurídicamente vinculante para las partes (como los tribunales y cortes), luego de la aplicación del derecho internacional. Esto es, se trataría de controversias “no justiciables”.

Para Kelsen, este tipo de controversias no jurídicas o políticas se encuentran frecuentemente excluidas de los tratados de arbitraje y de la jurisdicción de los tribunales internacionales, “siendo controversias que se refieren a la afectación de intereses vitales de los Estados, que afectan la independencia de los mismos, o que dicen relación con el honor de las partes de la disputa”¹⁵. Otro concepto de esta clase de disputa nos la proporciona el Comité Jurídico Interamericano, organismo que las entiende como “aquellas que no pueden fundamentarse en una norma vigente de derecho internacional, o bien que, como dice Lauterpach, afecten tan vitalmente la independencia y soberanía de los Estados que hacen inviable la decisión basada exclusivamente en consideraciones jurídicas”¹⁶. Se reitera la premisa según la cual este tipo de controversia no pueden ser sometidas a los medios jurisdiccionales de arreglo de disputas, quedando reservada su resolución únicamente a la aplicación de mecanismos diplomáticos o políticos, como la conciliación, la mediación, y la negociación directa. De compartir esta tesis, estaríamos restringiendo notablemente el campo de acción de tribunales y cortes internacionales, así como de los procedimientos de arbitraje.

¹⁴ Ver *supra* nota 3.

¹⁵ **KELSEN, Hans.** *Principles of International Law.* 2nd Edition. Holt Rinehart and Winston, Inc. (John Hopkins University, 1963). 525p (traducción propia).

¹⁶ **COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO.** *Sexto Curso de Derecho Internacional Público.* Río de Janeiro. Secretaría General de la OEA. (Washington DC, 1979). 219p.

Previo al análisis, debemos realizar algunas precisiones. En primer lugar, es necesario determinar si efectivamente es posible diferenciar entre controversias jurídicas de aquellas que no lo son, o si se trata de una distinción artificiosa, carente de fundamentación jurídica y práctica en la actualidad; y en segundo lugar, debemos hacernos cargo de la proposición según la cual las disputas políticas, de identificarlas como una categoría particular de controversias, tendrían efectivamente el carácter de no justiciables.

Kelsen comparte la distinción entre las controversias antes esbozada, pero difiere sustancialmente de la clásica doctrina en cuanto a los alcances práctico de tal categorización. De acuerdo con la opinión de este autor, el carácter jurídico o político de una disputa no depende, como se afirma generalmente, de la naturaleza intrínseca de ésta, de la materia a la cual está referida. Más bien, ello dependerá de la actitud que definan las partes: una de ellas deberá justificar su reclamo y la otra rechazarlo, pero en ambos casos fundamentándose en la existencia o no de una norma determinada de derecho internacional que imponga a una de ellas una determinada conducta, otorgando a la otra el derecho correlativo. De esta forma, una disputa será jurídica si es que es susceptible de ser compuesta mediante la aplicación de las normas jurídicas internacionales vigentes. Si por el contrario, esto resulta improcedente, deberá ser resuelta aplicando otro tipo de normas, como los principios generales del derecho o la equidad. Más aún, si los Estados deciden someter el arreglo de sus diferencias a los órganos judiciales internacionales disponibles, son libres para escoger conforme a qué tipo de normas éstos deberán fallar: normas positivas de derecho internacional vigente, o normas de otro tipo. Si en definitiva es compuesta aplicando normas diferentes de las existentes, la controversia puede ser considerada apropiadamente como no jurídica o política. En tales casos, la diferencia entre una disputa jurídica y una política quedará reducida a la distinción entre aquellas que fueron compuestas por la aplicación de una norma preexistente de derecho internacional, y las resueltas a través de una norma particular de derecho internacional creada específicamente por el órgano que conoce de la controversia, sea éste un tribunal o una corte internacional.

Respecto del segundo de los puntos – la improcedencia de su justiciabilidad – existe un claro apartamiento de Kelsen respecto de la doctrina tradicional, que considera a estas últimas como “no justiciables”. Este autor no valida esta consecuencia, amparándose en su teoría de no reconocimiento de la existencia de lagunas en el derecho. Debemos considerar, tal como se señaló, que las partes que deciden recurrir a un órgano judicial internacional son libres y soberanas para señalarle a dicho órgano conforme a qué tipo de normas deberá resolver la disputa pudiendo incluso, si media acuerdo entre ellas, solicitarle que falle conforme a criterios de equidad o “*ex aequo et bono*”. Si las partes disputantes no están de acuerdo en que el órgano judicial resuelva conforme al derecho internacional vigente, ello no significa que éste no sea aplicable a la controversia: por el contrario, ciertamente es aplicable, e incluso deberá ser aplicado si es que los Estados litigantes no acuerdan que la corte o el tribunal respectivo aplique otro tipo de normas. De esta forma, “si la afirmación de que una disputa es no justiciables significa que ella no puede ser compuesta por la decisión de un tribunal internacional, toda disputa sería no justiciable si es que las partes no están de acuerdo en someterla a un órgano internacional que falle según el derecho internacional vigente; y si ello significa que el derecho internacional no puede ser aplicado a la controversia debido a la naturaleza propia de ésta, luego tampoco en este caso existen disputas que sean no justiciables”¹⁷. En otras palabras, tomando en cuenta la libertad de las partes para disponer conforme a qué tipo de normas – jurídicas o no – deberá el tribunal resolver la disputa, si éstas deciden voluntariamente que el órgano judicial aplique normas no jurídicas como la equidad y los principios generales del derecho, ello no quiere decir que entonces estemos frente a un conflicto político “no justiciable”¹⁸. La controversia seguirá siendo justiciable, pero será resuelta aplicando un tipo de norma distinta a las existentes en el derecho internacional positivo. Tampoco estaremos en presencia de conflictos no justiciables en el segundo de los casos, esto es, si es que de acuerdo con la naturaleza propia de la disputa el derecho internacional no puede ser aplicado a ese asunto particular, puesto que éste

¹⁷ **KELSEN, Hans.** En op.cit. 527p (traducción propia).

siempre podrá recibir aplicación al no existir lagunas en el ordenamiento jurídico. No se conciben casos en que el tribunal se encuentre facultado para incurrir en “*non liquet*” por no existir norma aplicable. Siempre podrán recibir aplicación los principios generales del derecho o la equidad¹⁹.

A mayor abundamiento, existe consenso en que en toda controversia internacional siempre existirán elementos políticos envueltos, cuestión que emana de la naturaleza propia de las relaciones estatales internacionales. La clave consiste en determinar la intensidad con que estos elementos no jurídicos o políticos se encuentran presentes, lo que resultará importante en la elección del mecanismo procedimental que compondrá el conflicto. En otros términos, la intensidad con la que se manifieste el elemento político en comparación con el jurídico determinará la conveniencia o inconveniencia de recurrir a los medios jurisdiccionales de solución de conflictos o a los restantes medios diplomáticos: conforme mayor preponderancia tengan los elementos jurídicos, existirán mayores posibilidades de que conozca de la controversia un tribunal o una corte (medios jurisdiccionales); por el contrario, si priman elementos políticos, mayores probabilidades existirán de que la disputa sea compuesta aplicando procedimientos diplomáticos o políticos, puesto que los Estados desearán mantener el mayor control del procedimiento, temerosos de que al estar el matiz jurídico supeditado al político, se arribe a una decisión menos satisfactoria para sus intereses. Se trata de una cuestión práctica que dependerá caso a caso de diversos análisis particulares que efectúen las propias partes involucradas en el litigio.

La tradicional distinción entre controversias jurídicas (justiciables) y políticas (no justiciables) también ha sido debatida jurisprudencialmente. Se ha llegado a plantear por algunos Estados que la presencia de algún elemento político en la disputa sería argumento suficiente para solicitar la inhabilidad de un determinado tribunal

¹⁸ El propio “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia” la autoriza para fallar conforme a la equidad si es que las partes así lo han dispuesto (artículo 38 párrafo 2).

¹⁹ La opinión kelseniana sobre la falsedad de la asociación del carácter no justiciable a las controversias políticas encuentra sustento en el artículo 36 del “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, conforme al cual la competencia de la Corte se extiende a “todos los litigios” que las partes le sometan, y a los restantes previstos en la “Carta de las Naciones Unidas” o en tratados y convenciones de otro tipo que se encuentren vigentes.

internacional para conocer del asunto, lo que no es otra cosa que alegar el carácter “no justiciable” del conflicto (por ejemplo, la posición iraní en el caso del Personal Diplomático en Teherán). ¿Cómo ha reaccionado ante tales requerimientos la jurisprudencia? Al respecto, ha sido la propia Corte Internacional de Justicia la que se ha hecho cargo de tal argumentación. Ha dicho la Corte que una controversia internacional a pesar de tener elementos políticos envueltos (lo que sucederá en la mayoría de las ocasiones), puede perfectamente ser conocida y fallada jurisdiccionalmente si es que a lo menos uno de los elementos que componen el litigio es de naturaleza jurídica, es decir, se encuentra amparado en alguna norma de derecho internacional vigente. Establece parte de la sentencia del caso del Personal Diplomático en Teherán:

“(…) las controversias jurídicas entre Estados soberanos, por su propia naturaleza, suelen ocurrir en contextos políticos y frecuentemente constituye sólo un elemento dentro de una controversia más amplia y de larga vigencia entre los Estados envueltos. A pesar de ello, nunca se ha expuesto la visión según la cual por ser la controversia jurídica sometida a la Corte sólo un aspecto de una controversia política, la Corte debería declinar resolver la cuestión jurídica existente entre ellas. Tampoco se puede encontrar base alguna para esta posición que se desprenda de las funciones o de la jurisdicción de la Corte, ya sea en la Carta o en el Estatuto; si se aceptara esta visión, contrariando su establecida jurisprudencia, impondría una restricción muy amplia e ilimitada sobre el rol de la Corte en la solución pacífica de las controversias internacionales” (traducción de Ximena Fuentes)²⁰.

En opinión de la Corte, la existencia de un contexto político que rodea a una determinada controversia no es argumento suficiente para que ésta se abstenga de ejercer jurisdicción, bastando con la confirmación de la presencia de a lo menos un elemento jurídico, independientemente de la intensidad con la que éste se manifieste.

²⁰ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. US. V. Iran. ICJ, 1980. p37. Citado por **FUENTES, Ximena**. En op.cit. 5p.

De no seguir dicha tesis, el razonamiento de la Corte se traduciría en una restricción amplia e ilimitada de su rol como principal órgano adjudicador internacional²¹.

3.- PRINCIPIO DE NO EXCUSABILIDAD (EXCLUSIÓN DEL “NON LIQUET”): OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LAS ARMAS NUCLEARES

La posibilidad de que una vez requerida la intervención de un órgano judicial internacional para la solución de una determinada controversia, éste pueda excusarse de emitir un pronunciamiento definitivo por no existir norma jurídica aplicable al caso en cuestión ha sido debatida por los internacionalistas. El principio de no excusabilidad, que impide al tribunal o corte fallar “*non liquet*”, es considerado como un principio esencial – al igual que ocurre a nivel interno – para el correcto desempeño de la judicatura internacional. Se trata de una cuestión cuya complejidad amerita un estudio particular. No obstante, para los propósitos de esta investigación, resulta interesante analizar el mencionado principio de no excusabilidad al amparo de una importante y reciente opinión consultiva pronunciada por la Corte Internacional de Justicia luego de un requerimiento formulado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativo a la amenaza y al uso de armas nucleares en conflictos bélicos. Ha sido precisamente este procedimiento no contencioso el que ha desatado la discusión respecto del punto señalado.

Los hechos son los que siguen. Con fecha 14 de mayo de 1993 la Asamblea Mundial de la Organización Mundial de la Salud solicitó a la Corte Internacional de Justicia que emitiese una opinión consultiva para que ésta diera respuesta a la siguiente interrogante:

²¹ En el ejemplo mencionado, el Estado de Irán no compareció en los procedimientos seguidos ante la Corte Internacional, remitiéndose a fijar su posición de rechazo hacia el conocimiento del asunto por la Corte a través del envío de dos cartas diplomáticas suscritas por su Ministro de Relaciones Exteriores (9 de diciembre de 1979 y 16 de marzo de 1980). En dichas misivas, hacía referencia precisamente al carácter político de la disputa como fundamento de exclusión de la jurisdicción de la Corte. En fallo mayoritario de 24 de mayo de 1980, se desestimaron tales alegaciones.

“Habida cuenta de sus efectos en la salud y en el medio ambiente ¿constituiría el empleo de armas nucleares por un Estado en una guerra u otro conflicto armado una violación de las obligaciones que le impone el derecho internacional, inclusive la constitución de la OMS?”²²

Un año más tarde – el 15 de diciembre de 1994 – la Asamblea General de las Naciones Unidas efectuó a la Corte una petición similar, en los términos enunciados:

“¿Autoriza el derecho internacional en alguna circunstancia la amenaza o el empleo de armas nucleares?”²³

Como se aprecia, la Corte Internacional de Justicia se vio enfrentada paralelamente con dos solicitudes de opiniones consultivas relativas a la misma interrogante, cual es el uso o la amenaza de uso de armas nucleares en conflictos armados internacionales, planteadas de diferente forma. No obstante, los requerimientos de la Asamblea Mundial de la OMS y de la Asamblea General de la ONU corrieron distinta suerte. Respecto de la petición de la Organización Mundial de la Salud, la Corte desestimó emitir un pronunciamiento tras considerar que la cuestión no se refería a problemas jurídicos que correspondiese plantear a dicha organización, al tenor de lo dispuesto en el artículo 96 párrafo 2 de la Carta de las Naciones Unidas²⁴.

Por su parte, una vez desestimadas las excepciones de incompetencia y de no admisibilidad entabladas por las potencias nucleares, la Corte procedió a responder la solicitud de opinión consultiva efectuada por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁵. En términos de los analistas internacionales, se trata de una opinión “llena de

²² Asamblea Mundial de la OMS, Resolución WHA 46.40 de 14 de mayo de 1993.

²³ Asamblea General, Resolución 49/75K, 15 de diciembre de 1994.

²⁴ *Licéité de L'utilisation des Armes Nucléaires par un État dans un Conflit Armé*. CIJ, 8 de julio de 1996, p20 (traducción Cruz Roja).

²⁵ *Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares*. CIJ, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 (traducción oficial Corte Internacional de Justicia). La Corte decidió pronunciar la opinión consultiva pese a la manifestación en contrario del Magistrado Oda. En efecto, el juez Oda en su opinión disidente consideró que la Corte tendría que haberse negado a contestar la

declaraciones personales, dictámenes individuales y disidentes, lo que la transforma en desconcertante e inesperada”²⁶. Revisemos el por qué de tal aseveración, y la manera en que dicha afirmación se vincula con el “*non liquet*”.

Lo primero que conviene señalar es que la mayor parte de las conclusiones de la opinión fueron adoptadas ya sea por la unanimidad de los miembros que componen la Corte o por amplia mayoría, y se refieren a cuestiones generales relativas a la inconveniencia de la utilización de las armas nucleares en conflictos bélicos debido al devastador efecto que provocan principalmente sobre la población civil. Sin embargo, es un párrafo específico y decisivo de la opinión – el 105 (2) E – el que ha generado arduas discusiones doctrinarias debido a que algunos estiman que la Corte se abstuvo de pronunciarse derechamente sobre la pregunta planteada por la ONU, lo que la hizo incurrir precisamente en un “*non liquet*”. Dice el párrafo mencionado:

1. “De los requisitos anteriormente mencionados, se infiere que la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería *generalmente* contrario a las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados, particularmente a los principios y normas de derecho internacional humanitario”;
2. “No obstante, habida cuenta de la situación actual del derecho internacional y de los elementos de que dispone, la Corte *no puede pronunciarse definitivamente* sobre si la amenaza o el empleo de armas sería *lícito o ilícito* en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que corre peligro la propia supervivencia de un Estado” (énfasis agregado)²⁷.

El párrafo 105 E es sin duda el más polémico de toda la opinión consultiva, no sólo por lo dificultoso que resultó su inclusión definitiva (7 votos contra 7, aprobándose

solicitud de la ONU básicamente por dos razones: índole demasiado política de la cuestión planteada; y por la generalidad de la pregunta específica referida a la Corte (Opinión Disidente del Juez Oda, p.25, 44 y 51).

²⁶ **McCORMACK, Tomothy LH.** *Un Non Liquet con respecto a las Armas Nucleares.* Revista Internacional de la Cruz Roja, N°139. Enero de 1997 6p (traducción Cruz Roja).

²⁷ *Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares.* CIJ, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, p105 E (traducción oficial Corte Internacional de Justicia).

sólo gracias al voto de calidad del presidente Bedjaoui), sino porque es éste precisamente el que sienta la opinión de la Corte sobre el empleo de las armas nucleares, posición no compartida y fuertemente criticada por quienes hubiesen esperado un pronunciamiento más vigoroso y arriesgado por parte del tribunal, y más aún por los que sostienen que en verdad, no existió una respuesta real de la Corte respecto de la pregunta formulada por la ONU, es decir, un “*non liquet*”.

McCormack sustenta la idea de que el fallo adolece de una genuina respuesta a la interrogante efectuada por la Asamblea General, específicamente al señalar la Corte que “no puede pronunciarse definitivamente sobre si la amenaza o el uso de armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremas de legítima defensa en las que corriere peligro al supervivencia misma de un Estado”. Su razonamiento va incluso más allá del de la falta de pronunciamiento: sostiene que si analizamos el dictamen en su integridad, es posible identificar afirmaciones como que el empleo de armas nucleares “es difícilmente conciliable con respecto a estas exigencias” (se refiere a los principios y normas impuestas por el derecho internacional humanitario), pero que pese a ello “no dispone de suficientes elementos para poder concluir con certeza que su uso estaría necesariamente en contradicción con dichos principios y normas en todas las circunstancias” (párrafo 95), lo que genera contradicciones al interior de la propia opinión consultiva. Para este autor, el gran problema es que la Corte “no aborda en absoluto esta cuestión (aplicación de los principios generales del derecho internacional humanitario); declara simplemente que mientras el empleo de armas nucleares parece difícilmente conciliable con estos principios, de todos modos no puede concluir con certeza que su empleo estaría necesariamente en contradicción con dichos principios en todas las circunstancias”²⁸. Apoya su visión en el dictamen disidente del juez Shahabuddeen que señala que “la Corte habría podido llegar a la conclusión de la ilicitud en todas las circunstancias, ante las pruebas a ella presentadas, y que, consiguientemente, el *non liquet* es inadecuado”. De toda la confusión se genera incertidumbre puesto que no es posible establecer con certeza si las armas nucleares

²⁸ **McCORMACK, Tomothy LH.** En op.cit. 8p (traducción Cruz Roja).

pueden ser lícitamente utilizadas en circunstancias de legítima defensa, ya que no existe dictamen de la Corte.

Otros autores también han esbozado sus reprimendas hacia la labor de la Corte en este caso particular. Condorelli, por ejemplo, señala que “por primera vez en su historia la Corte pretende no conocer el contenido de la norma en una hipótesis de hecho particular. Como observaron varios jueces, se trata de un *non liquet*”. Agrega que “frente a posturas tan irreconciliables (licitud o ilicitud de su empleo en todas las circunstancias) apoyadas por segmentos tan importantes de la comunidad internacional, la Corte tuvo ciertamente que darse cuenta del precio que habría tenido que pagar si hubiese avalado una u otra posición. Por eso, prefirió buscar una solución de compromiso que le permitiese salir del paso sin jugársela demasiado. De ahí la solución de refugiarse en esta clase de *non liquet*, que es la admisión – paradójica tratándose de un juez – de que con respecto a las armas nucleares la Corte no se considera capaz de aclarar por dónde pasa realmente la línea divisoria entre legalidad e ilegalidad. De un juez se espera que sepa hacer derecho (...) Al no llegar a una conclusión definitiva, la Corte deja la pregunta sin respuesta. En resumen, *iura non novit curia*”²⁹.

Paralelamente, hay quienes defienden la postura asumida por la Corte culpando a la Asamblea General de las Naciones Unidas por lo impreciso de la pregunta formulada. Por ejemplo, Greenwood afirma que “en verdad, es la pregunta la que está mal planteada y son bien poco convincentes las razones para hacerla. En particular, la índole forzosamente abstracta de la cuestión colocó a la Corte en una postura excepcionalmente delicada, ya que no le era posible repasar todas las combinaciones de circunstancias en las que se podrían emplear armas nucleares o de recurrir a la amenaza de su empleo”³⁰. Lo mismo es compartido por David, quien junto

²⁹ **CONDORELLI, Luigi.** *La Corte Internacional de Justicia bajo el Peso de las Armas Nucleares: ¿iura Non Novit Curia?*. En op.cit. p15 (traducción Cruz Roja).

³⁰ **GREENWOOD, Christopher.** *Opinión Consultiva de las Armas Nucleares y la Contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario.* En op.cit. 45p (traducción Cruz Roja).

con descartar la existencia de un “*non liquet*”, sostiene que en el primer apartado transcrito (párrafo 105 (1) E) la Corte expresa el derecho (al disponer que empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a los principios de derecho internacional humanitario), mientras que en el segundo párrafo (105 (2) E) lo que hace es afirmar que no conoce ese derecho, lo que no significa que deje la pregunta sin respuesta³¹. Contrariando a quienes afirman la existencia de una falta de pronunciamiento de la Corte respecto de la pregunta específica, agrega que “la ignorancia pretendida de siete jueces en cuanto a la legalidad o ilegalidad del empleo o de la amenaza del empleo de armas nucleares para hacer frente a una agresión armada que ponga en peligro la supervivencia misma de un Estado, no es un discurso jurídico. En un examen, cuando un estudiante responde que ignora el contenido de tal o cual norma, reconoce su ignorancia, pero no por ello expresa derecho. El único derecho es el que se afirma como tal. Es por ello que el apartado 105 (2) E no pone ni quita nada en lo que respecta a la ilicitud general enunciada en el párrafo 1. Sólo revela desconcierto, siendo un discurso que recuerda al de Hamlet ante la existencia, pero que como en el personaje de Shakespeare, es pura filosofía y no derecho”³².

Más allá de los argumentos en uno y en otro sentido, y de la variedad de los razonamientos expresados, los que van desde consideraciones políticas (Condorelli, por ejemplo, quien afirma que ante la encrucijada la Corte optó por una solución de compromiso) hasta jurídicas (David, para quien reconocer ignorancia del derecho en ciertas circunstancias no implica omitir un pronunciamiento), parece deseable efectuar una aclaración: una cosa es la omisión lisa y llana de un pronunciamiento para el cual fue requerida la acción judicial, y otra muy diferente es la no satisfacción de las legítimas expectativas que pudieren tener los interesados en que la Corte sienta una determinada jurisprudencia. En otras palabras, el que la Corte no haya ido lo lejos que se esperaba en su opinión consultiva, calificando como ilegal toda forma de agresión o amenaza nuclear (lo que hubiese sido lo esperable por la mayor parte de la comunidad

³¹ DAVID, **Éric**. *La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Licitud del Empleo de Armas Nucleares*. En op.cit. 55p (traducción Cruz Roja).

³² *Ibid.* 57p.

internacional que no se encuentra en tenencia de armamento nuclear) no implica que ésta no haya respondido a la pregunta formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas como parece desprenderse de algunas opiniones doctrinarias. Lo que hizo la Corte por estrechísimo margen fue reconocer su ignorancia respecto de una situación específica (uso de armas nucleares para contrarrestar un ataque que pusiere en peligro la supervivencia misma de un Estado, a modo de legítima defensa), lo que puede ser calificado como una forma de inoperancia, de ineptitud, de incapacidad, más que de omisión deliberada de la pregunta formulada (en todo caso, siete jueces estuvieron por calificar como ilegal toda forma de ataque nuclear). Recordemos que, en opinión de Kelsen, “no se conciben casos en que el tribunal se encuentre facultado para incurrir en “*non liquet*” por no existir norma aplicable: siempre podrán recibir aplicación los principios generales del derecho o la equidad”³³. Razón parece tener la jueza Higgins, la que en su opinión disidente sentencia: “el hecho de que los principios del derecho internacional humanitario sean ampliamente reconocidos, y que, como consecuencia, planteen otras cuestiones que exigen una respuesta no son razones para un “*non liquet*”. La función judicial es precisamente recurrir a principios de aplicación general, examinar su significado, y aplicarlos a situaciones concretas. Este es, en resumen, el cometido de la Corte Internacional de Justicia, con respecto tanto a un proceso contencioso como a su función consultiva”³⁴.

Finalmente, es necesario recalcar que la discusión antes expuesta se enmarca dentro del análisis de una opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia respecto de una temática determinada. Este antecedente es de toda relevancia, si consideramos que no se trata de la resolución de un caso contencioso en el cual se ventilen derechos y obligaciones de Estados actualmente en conflicto. En este sentido, no puede afirmarse con certeza que la Corte deba ajustar su conducta guiándose por un principio de inexcusabilidad, pese a la conveniencia de dicho

³³ **KELSEN, Hans.** En op.cit. 527p (traducción propia).

³⁴ *Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares.* CIJ, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996. Dictamen disidente de la jueza Higgins (traducción oficial Corte Internacional de Justicia).

supuesto. En otras palabras, persiste hasta estos días la interrogante de si existe o no una regla de inexcusabilidad que impida el “*non liquet*” cuando se está en presencia de resoluciones que deban recaer sobre procedimientos contenciosos.

4.- CONCLUSIONES PRELIMINARES

El principio de la solución pacífica de las controversias internacionales representa un valor esencial para la comunidad jurídica interestatal. Consigue plasmarse por primera vez en derecho positivo con la conclusión del tratado de San Francisco en el año 1945, estableciéndose la obligación general de los Estados de abstenerse de usar o amenazar con el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (artículo 2 (4) de la Carta de la ONU). De ahí en adelante se han sucedido una serie de otros instrumentos internacionales que han recogido el mismo principio, entre los que se encuentran la Declaración de Manila del año 1982 y la Declaración del Milenio de 2000 a instancias de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Jurisprudencialmente, destaca un fallo de la Corte Internacional de Justicia en el cual reconoce al principio de la solución pacífica como parte del derecho internacional consuetudinario (Caso Nicaragua), elevando de esta manera su estatus normativo. Por otro lado, puede afirmarse que en medio siglo ha logrado un adecuado grado de institucionalización y de reconocimiento.

En cuanto a la justiciabilidad de las controversias internacionales, se ha revisado la tradicional distinción entre jurídicas (justiciables) y políticas (no justiciables) a la luz de los postulados de Kelsen. Para este autor, en ningún caso los efectos de tal categorización pueden traducirse en considerar a las controversias de naturaleza política como no susceptibles de ser compuestas mediante la aplicación de una norma jurídica internacional. Por el contrario, toda disputa sometida a decisión de un tribunal o corte es justiciable en la medida en que el ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de lagunas, ni tolera el “*non liquet*”. Más aún, se reconoce que en todo litigio

siempre existirán elementos políticos envueltos, dada la naturaleza propia de las relaciones internacionales. La única utilidad práctica que presenta la distinción entre controversias jurídicas y políticas se refiere a la conveniencia o inconveniencia de recurrir a un procedimiento judicial de arreglo, o a uno de los denominados políticos. La jurisprudencia ha respaldado la posición kelseniana, especialmente la Corte Internacional de Justicia en el caso del Personal Diplomático en Teherán. En dicha ocasión, el Estado demandado intentó impugnar la jurisdicción de la Corte ya que en su opinión, la controversia era de naturaleza política y en consecuencia, tenía el carácter de no justiciable. La Corte rechazó tal postura y sentó el precedente según el cual basta la constatación de a lo menos un elemento jurídico dentro de los antecedentes que configuran la disputa para que el órgano judicial se encuentre habilitado (y obligado) para resolverla.

Por último, se expuso el dictamen de la Corte Internacional de Justicia emitido como opinión consultiva luego de la solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas, destinada a clarificar la situación del uso de las armas nucleares en conflictos armados, específicamente su determinación como conducta lícita o ilícita. La importancia de tal procedimiento no contencioso surge toda vez que siete de los catorce magistrados consideraron con diversos matices en sus votos de disidencia, que la Corte había obviado emitir una respuesta clara a la interrogante sometida a su resolución. Lo anterior debido a la dificultosa inclusión de un párrafo (el 105 E, gracias al voto de calidad de su Presidente) en el cual en una primera parte consideraba como “generalmente incompatible” con la normativa internacional el uso de armamento nuclear, para posteriormente sentenciar que no le resultaba clara la situación de su uso específico en casos de legítima defensa en que estuviere en peligro la supervivencia misma de un Estado. Esta omisión la habría hecho incurrir en una especie de “*non liquet*”, conducta reñida con los deberes que conciernen a la labor jurisdiccional. En todo caso, la aplicación y el respeto del principio de inexcusabilidad por parte de tribunales y cortes internacionales no es posible deducirla del caso mencionado, puesto que no se trató de un caso contencioso que involucrase derechos y obligaciones específicos de dos o más Estados actualmente en contienda. En ese sentido, la incógnita se mantiene abierta hasta nuestros días.

Parte II

LA PROLIFERACIÓN DE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES:
CONSECUENCIAS JURÍDICAS

I. LA PROLIFERACIÓN DE CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

1.- PANORAMA GENERAL

Probablemente uno de los fenómenos más notables en el desarrollo último del derecho internacional ha sido el crecimiento en el número de foros disponibles para zanjar disputas interestatales (órganos judiciales internacionales), lo que se conoce como “proliferación de cortes y tribunales internacionales”. Este fenómeno, en términos generales, “representa un esfuerzo por mejorar la eficacia de las obligaciones del derecho internacional público, con el establecimiento de algunos mecanismos convencionales de seguimiento, en particular, en el campo de los derechos humanos, derecho económico internacional, derecho comercial internacional, y derecho ambiental internacional”³⁵. Esta ocurrencia resulta trascendental para comprender el objetivo de este trabajo, el cual es el análisis de ciertas cuestiones jurisdiccionales asociadas a la proliferación.

Es necesario efectuar previamente algunas distinciones terminológicas. Suele emplearse genéricamente la denominación de órganos judiciales internacionales para hacer referencia tanto a las cortes como a los tribunales existentes, pero entre estos últimos algunos autores han planteado algunas diferenciaciones, ya que técnicamente no son términos equivalentes. Romano, por ejemplo, incluye dentro de la denominación de órgano judicial tanto a tribunales como a cortes, pero reserva a expresión “tribunal” para aquellos órganos judiciales de naturaleza “*ad hoc*” en cuanto a su establecimiento y funcionamiento, y la voz “corte” para aquella categoría de órganos cuyo rasgo esencial es el ser permanentes, criterio compartido por los diferentes instrumentos

³⁵ DUPUY, Pierre. *The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice*. N.Y.U.J. International Law and Politics. New York University Press. (New York, 1998). 8p (traducción propia).

internacionales³⁶. La única excepción que podemos mencionar la constituye el denominado “Tribunal sobre Derecho del Mar” que pese a ser un órgano permanente, no se le ha designado como corte³⁷.

El mismo autor que mencionamos establece cinco requisitos o condiciones para que se pueda estar en presencia de un genuino órgano judicial internacional, aunque al mismo tiempo es partidario de cierta flexibilidad en el análisis, a saber:

- Generalmente, se tratará de un foro permanente (es decir, una corte), pese a que se admiten ciertas excepciones que se detallarán más adelante (por ejemplo, el mencionado Tribunal sobre Derecho del Mar).
- Debe haber sido establecido mediante un instrumento jurídico internacional, como un tratado.
- Necesariamente, deberá decidir el conflicto sometido a su conocimiento conforme al derecho internacional.
- La tramitación del procedimiento deberá ceñirse a normas procedimentales preestablecidas, generalmente inmodificables por las partes sujetos del litigio.
- Su decisión debe ser jurídicamente obligatoria para las partes litigantes³⁸.

A su vez, Kelsen afirma que un órgano judicial internacional puede o no ser un “tribunal internacional” propiamente tal (coincide con Romano). Únicamente lo será: a) si ha sido establecido mediante un acuerdo jurídico internacional; b) si los miembros que lo componen son “jueces”; c) si el órgano internacional tiene como misión resolver disputas internacionales luego de la aplicación del derecho internacional; d) si se trata

³⁶ **ROMANO, Cesare.** *The Proliferation of International Bodies: the Pieces of the Puzzle.* N.Y.U.J. International Law and Politics. Vol. 31:709. New York University Press. (New York, 1998). 8p (traducción propia).

³⁷ Así lo denomina la “Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar” (1982).

³⁸ Es precisamente esta condición la que permite efectuar la tradicional clasificación de los medios pacíficos de solución de controversias en métodos diplomáticos o políticos (en donde se alcanzan decisiones jurídicamente no vinculantes para las partes) y mecanismos jurisdiccionales.

de un órgano colegiado, si los jueces deciden conforme a la mayoría de sus integrantes, por votación³⁹.

A pesar de la existencia de estos estándares, suelen incluirse como parte del sistema judicial internacional a una serie de órganos que si bien no reúnen una o todas las condiciones enunciadas precedentemente, cumplen o han cumplido un rol esencial en la aplicación, interpretación e implementación del derecho internacional. Escapa al objetivo del presente estudio la elaboración de un cuadro exhaustivo de los tribunales y cortes existentes en la actualidad. En el análisis jurisdiccional que se efectuará de éstos en los apartados siguiente, sólo se incluirán aquellos que son considerados como los más relevantes para ilustrar las materias a tratar. Por esta razón, nos bastará con mencionar en esta parte sólo algunos, a nuestro juicio, los más representativos que satisfacen los criterios propuestos por Romano. Esto ayudará a formarnos una panorámica general del asunto⁴⁰:

- Corte Internacional de Justicia⁴¹
- Tribunal de Derecho del Mar⁴²
- Corte Europea de Derechos Humanos⁴³
- Corte de Justicia de la Comunidad Europea, junto con la Corte de Primera Instancia⁴⁴
- Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵
- Corte Centroamericana de Justicia⁴⁶

³⁹ **KELSEN, Hans.** En op.cit. 522p (traducción propia).

⁴⁰ Satisfacen los requisitos expuestos por Romano alrededor de 125 órganos judiciales internacionales y procedimientos cuasi judiciales.

⁴¹ Establecida como el órgano principal de las Naciones Unidas. “Carta de la Organización de las Naciones Unidas” (San Francisco, 1945), artículo 92 y siguientes.

⁴² A partir de la conclusión de la “Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar” (Montego Bay, 1982), cuyo Estatuto está contenido en el Anexo VI de la Convención.

⁴³ Creada en la “Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms” (Roma, 1950).

⁴⁴ Vigente desde la firma del “Treaty Establishing the European Economic Community” (Roma, 1957). La Corte de Primera Instancia fue establecida por decisión del Consejo de Ministros de 24 de octubre de 1988.

⁴⁵ Creada con la ratificación de la “Convención Americana de Derechos Humanos” (San José, 1969).

- Corte de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones⁴⁷
- Corte de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio⁴⁸
- Corte de Justicia de la Unión Económica de Benelux⁴⁹
- Corte Común de Justicia y Arbitraje de África⁵⁰
- Corte de Justicia del Mercado Común del Este y Sudáfrica⁵¹

Si interpretamos el criterio diferenciador con cierta laxitud, podemos incluir en el listado:

- Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia⁵²
- Tribunal Penal para Ruanda⁵³
- Mecanismos de Solución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio⁵⁴
- Corte Penal Internacional⁵⁵

El resultado de este impresionante crecimiento en el número de órganos judiciales internacionales acarrea importantes repercusiones sistemáticas. Desafortunadamente, el proceso de institucionalización del derecho internacional no ha estado exento de notables inconvenientes y críticas a su creciente fragmentación. En ausencia de un órgano legislativo central, la emergencia de cortes y tribunales ha

⁴⁶ "Protocolo de Tegucigalpa" (Tegucigalpa, 1991), tratado que enmendó la "Carta de la Organización de Estados Centroamericanos" (Ciudad de Panamá, 1962).

⁴⁷ Establecida en el "Acuerdo de Cartagena" (Cartagena, 1979).

⁴⁸ "Agreement on the European Economic Area" (Porto, 1992).

⁴⁹ Vigente con la firma del "Treaty Instituting the Benelux Economic Union" (La Haya, 1958).

⁵⁰ Instituida en el "Treaty Establishing the Organization for the Harmonization of Corporate Law in Africa" (Port Louis, 1993).

⁵¹ "Treaty Establishing the Common Market for Eastern and South Africa" (Kampala, 1993).

⁵² Su Estatuto fue adoptado por la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1993), "Security Council Resolution on Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia".

⁵³ Resolución 955 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1994), "Establishing the International Tribunal for Rwanda".

⁵⁴ Acordados en el "General Agreement on Tariffs and Trade: Multilateral Trade Negotiations Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Trade Negotiations", Annex 2: "Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes" (1994).

tenido severas descordinaciones. Las diferentes cortes y tribunales internacionales han sido establecidos de manera independiente unos de otros, mediante distintos instrumentos jurídicos, poniéndose escasa atención en la cuestión de la compatibilidad con los procedimientos ya existentes. De esta manera, es común que cada orden jurídico posea sus propias reglas y diferentes mecanismos de creación y aplicación de las mismas⁵⁶. Por otro lado, cada órgano se encuentra investido con su propio alcance jurisdiccional en razón del sujeto – materia. Intentando dar una explicación, Romano señala que la mayor particularidad es que “este extraordinario crecimiento tuvo lugar en ausencia de un marco jurídico global. En realidad, no existe una “magistratura internacional”, es decir, un sistema de cortes vinculadas entre sí en términos genéricos, orgánicos, jerárquicos y de procedimiento”⁵⁷.

El problema de la fragmentación del derecho internacional ha sido debatido largamente por los internacionalistas. No es del caso analizar en profundidad cada una de las posibles explicaciones y reacciones planteadas a raíz de la problemática. Bastará con señalar una cita en la que Romano sintetiza los postulados, clarificando las principales posiciones y desdramatizando el asunto. Dice este autor: “Al igual que la luna, la cuestión de la fragmentación del derecho internacional tiene dos caras distintas, pero necesariamente contiguas: de un lado, la fragmentación de las normas, y del otro, la fragmentación de las instituciones que supervisan su implementación y conformidad, y resuelven las controversias que se derivan de su interpretación (...) El derecho internacional ha estado fragmentado durante la mayor parte de su historia,

⁵⁵ “Rome Statute of the International Criminal Court”, (Roma, 1998).

⁵⁶ **ABI SAAB, Georges.** *Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks.* N.Y.U.J. International Law and Politics. Vol. 31:919. New York University Press. (New York, 1999). 920p (traducción propia).

⁵⁷ **ROMANO, Cesare.** *El Lado Oscuro de la Luna: Fragmentación de las Instituciones que Aplican Normas Jurídicas Internacionales.* Revista Puente Europa. Año V N°2, Junio 2007. 29p (traducción propia). Reiterando la proposición de Romano, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en un documento sobre la diversificación y expansión del derecho internacional ha señalado que “este fenómeno no se ha dado de manera coordinada mediante regulaciones consistentes con un esquema general, sino que se fue desarrollando a partir de la búsqueda de soluciones a problemas concretos”. **INTERNATIONAL LAW COMMISSION.** *The Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law.* Informe 2006. Disponible en <<http://www.untreaty.un.org/ilc/texts/1> (última visita 20 julio 2007) (traducción propia).

quizá desde siempre. En realidad, la fragmentación es virtualmente inevitable en un mundo integrado por cientos de Estados soberanos, con intereses, agendas y políticas muy distintas (...) La integridad del derecho internacional ha sido siempre más un postulado, un supuesto conveniente, que un hecho empíricamente comprobable”⁵⁸.

Debido a este descentralizado método de delineación de las competencias, entre otras importantes consecuencias, puede presentarse una total o parcial superposición entre los ámbitos jurisdiccionales de los diferentes tribunales y cortes existentes, lo que significa en términos prácticos que una disputa determinada puede caer bajo la jurisdicción de más de un órgano judicial, pudiendo de esta manera originarse un conflicto jurisdiccional entre estos foros.

Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia – órgano cuya competencia comprende cualquier disputa surgida entre Estados (competencia general en razón del sujeto – materia) – puede llegar a tener jurisdicción concurrente sobre ciertas controversias referidas a tribunales internacionales especializados (como el Tribunal sobre Derecho del Mar o el mecanismo de solución de diferencias en el marco de la Organización Mundial del Comercio). A su vez, el sistema de la OMC, el cual puede ser requerido a partir de controversias interestatales, puede entrar en conflicto con algunos procedimientos regionales de liberalización del comercio (por ejemplo, Corte Andina de Justicia o el mecanismo establecido en el NAFTA). La misma idea se repite en cada rama del derecho internacional en la que actualmente opere más de un órgano judicial.

Con anterioridad al explosivo aumento en el número de tribunales y cortes internacionales estos problemas jurisdiccionales eran inexistentes y más aún, difíciles de concebir. La Corte Permanente de Justicia Internacional (predecesora de la actual Corte Internacional de Justicia) compartió roles principalmente con tribunales “*ad hoc*”, la mayoría de ellos arbitrales, cuya competencia era sumamente restringida. Por otro lado, los críticos a la naturaleza jurídica del derecho internacional encontraron respaldo

⁵⁸ *Íbid.* 30p.

en sus argumentaciones precisamente en la escasez de órganos judiciales disponibles para solucionar controversias, lo que se contraponía con la realidad existente a nivel doméstico. Según Abi Saab, al revertirse la tendencia y producirse la proliferación, puede identificarse el surgimiento de dos problemas inherentes al fenómeno: en primer lugar, la posibilidad de que surjan conflictos de jurisdicción; y en segundo término, el riesgo de que al iniciarse más de un procedimiento para la resolución de una misma disputa, se alcancen decisiones inconsistentes e incompatibles⁵⁹. Treves, por su parte, sostiene que el crecimiento en el número de cortes y tribunales internacionales levanta la cuestión de la coordinación y de los posibles conflictos jurisdiccionales entre los diferentes foros. Para este autor, estos problemas se presentan debido a que el aumento cuantitativo de los órganos judiciales se presenta al interior de un sistema que no posee “unidad judicial”⁶⁰. En este sentido, interesante resulta hacer mención a un extracto de una trascendental resolución pronunciada por la Cámara de Apelación del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, la que señala:

“En derecho internacional, cada tribunal constituye un sistema autosuficiente (“*self contained*”). Así, no existen reglas generales que resuelvan el problema de la coordinación y de los posibles conflictos jurisdiccionales. Estas cuestiones deberán ser solucionadas al interior de cada uno de los regímenes cuya naturaleza sea precisamente autosuficiente” (traducción propia)⁶¹.

El Tribunal, junto con reconocer la existencia de problemas de coordinación y de eventuales conflictos jurisdiccionales entre los diferentes tribunales internacionales, agrega que debido al modo de construcción de los diferentes regímenes judiciales como instituciones autosuficientes, los mencionados inconvenientes deberán solucionarse al interior de cada una de dichas instancias, de manera independiente y sin la existencia de un consenso generalizado.

⁵⁹ **ABI SAAB, Georges.** En op.cit. 922p (traducción propia).

⁶⁰ **TREVES, Tullio.** *Conflicts between the International Court of Justice and the Tribunal for the Law of the Sea.* N.Y.U.J. International Law and Politics. Vol. 31.809. New York University Press. (New York, 1999). 809p (traducción propia).

⁶¹ *Prosecutor v. Tadic.* Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. Case N° IT-94-1-AR72. Int’l Crim. Trib. Former Yugo. App. Chamber. p11 (traducción propia).

La manera en que estos problemas han sido abordados tanto por los respectivos instrumentos internacionales como por la jurisprudencia serán tratados en lo sucesivo. Pero resta despejar una importante interrogante: ¿Cuáles son las causas para que se haya producido un incremento tan significativo en el número de órganos judiciales internacionales disponibles, y en sus respectivas competencias? ¿Existe consenso doctrinario en la explicación?

Varias posibles respuestas han sido planteadas por destacados autores. Romano orienta su explicación hacia consideraciones políticas. Según éste, las razones se resumen en las siguientes:

- Expansión del derecho internacional hacia áreas tradicionalmente cubiertas sólo por el derecho doméstico, por ejemplo, su involucramiento en materias penales.
- Fin del bipolarismo, con la caída de la cortina de hierro. Este importante acontecimiento introdujo un elemento de fluidez y flexibilidad en la creación de nuevas organizaciones internacionales, así como en el fortalecimiento de las ya existentes. Por otro lado, se retomaron los consensos al interior de las Naciones Unidas, especialmente en su máximo órgano deliberativo (Consejo de Seguridad). Por ejemplo, en el año 1993 se alcanzó un acuerdo unánime al interior del Consejo destinado a la creación de un órgano con jurisdicción internacional para perseguir los crímenes contra la humanidad cometidos en territorio de la ex Yugoslavia, coincidencia improbable hasta antes del fin de la Guerra Fría. Además, este hecho ha posibilitado la apertura del Consejo de Europa para la creciente inclusión de países de Europa del Este a la Comunidad Europea.
- Repudio de la interpretación Marxista Leninista del derecho internacional y de las relaciones internacionales. En el mundo socialista la adjudicación por terceras partes no era considerado como una opción legítima, debido a que los órganos judiciales apoyaban, en su visión, la división de clases imperante en el mundo capitalista. De esta forma, las disputas interestatales solamente podían surgir entre países socialistas y capitalistas, o entre estos últimos. En el primero de los casos,

los Estados liberales buscarían imponer sus teorías económicas y sociales en desmedro de la interpretación socialista. Por esta razón, los países partidarios del socialismo optaron por mecanismos diplomáticos de solución de controversias (especialmente la negociación directa), por sobre los procedimientos judiciales.

- Multiplicación de los acuerdos regionales de integración económica, como consecuencia del triunfo de la economía de libre mercado. Se ha posibilitado la eliminación de las barreras comerciales tradicionalmente existentes entre los Estados, lo que ha traído consigo un incremento de los intercambios comerciales, y consiguientemente, de los acuerdos destinados a regular la manera en que tal comercialización debiese operar. A mayor intercambio comercial entre diferentes economías y crecimiento de las tasas de inversión extranjera, mayor necesidad de resguardar los intereses jurídicos de las partes involucradas, a través del establecimiento de normas de solución de controversias contenidas en los acuerdos de integración. Buenos ejemplos son el Capítulo 20 del NAFTA y el Anexo III del Acuerdo del MERCOSUR.

Charney, a diferencia de Romano, dirige su explicación para el fenómeno de la proliferación de órganos judiciales internacionales hacia alcances más bien prácticos que políticos⁶². Menciona las siguientes posibles explicaciones:

- Control de los miembros del foro, es decir, de los sujetos encargados de resolver la disputa específica sometida a su conocimiento. Los tratados internacionales de solución de controversias (o las normas sobre arreglo contenidas en acuerdos internacionales relativos a otras materias) contienen reglas sobre la composición del foro, asegurando muchas veces la inclusión de juzgadores nacionales de los propios Estados partes del litigio. De esta manera, se garantiza una adecuada representatividad de los miembros de los acuerdos, cuestión especialmente valorada por los Estados.

⁶² **CHARNEY, Jonathan.** *The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals.* N.Y.U.J. International Law and Politics. Vol. 31.697. New York University Press. (New York, 1999). 701p (traducción propia).

- Se posibilita el recurso hacia paneles que cuentan con personas expertas en determinadas temáticas. Debido a la actual complejidad de las relaciones internacionales (por ejemplo en materias económicas), se ha hecho cada vez más necesaria la remisión de disputas hacia organismos conformados por personas eruditas en áreas específicas del conocimiento, y más cercanas a las realidades propias de cada uno de los Estados.
- Existencia de una tendencia cada vez más recurrente que posibilita la comparecencia judicial en foros internacionales de actores no estatales, sea éstos organizaciones internacionales o individuos particulares. Recordemos que ante la Corte Internacional de Justicia sólo pueden comparecer los Estados, y no así otros sujetos de derecho internacional.
- Fortalecimiento de los acuerdos regionales de integración económica, explicación que coincide con la expresada por Romano.

Cualquiera que sea las posibles explicaciones que se esbocen para el crecimiento de los foros judiciales internacionales, existe consenso en que el riesgo de la fragmentación y de la escasez de coherencia y coordinación entre éstos trae consigo los dos problemas fundamentales a los que hicimos referencia anteriormente: el surgimiento de conflictos jurisdiccionales y la eventual dictación de decisiones inconsistentes (incluso contradictorias) en múltiples procedimientos. Pero también genera consecuencias beneficiosas, entre las que destaca el aumento de la posibilidad de resolver controversias interestatales a través de medios jurisdiccionales, esencialmente contrapuestos con el uso o la amenaza de uso de la fuerza. Como resume Romano, ensayando una adecuada ponderación, “en la pasada década hubo un intenso debate sobre si la multiplicación no coordinada de jurisdicciones internacionales constituye un desarrollo positivo o negativo. A grandes rasgos, en uno de los extremos del espectro se encuentran los fatalistas, quienes advierten (...) sobre los peligros y amenazas a la coherencia y unidad del derecho internacional, describiendo escenarios de caos legal y político. En el otro extremo, se encuentran quienes (...) sostienen que, en realidad, la multiplicación de jurisdicciones acrecienta las oportunidades de resolver las controversias internacionales de manera segura y

organizada, y podría tener un efecto beneficioso ya que cuantos más Estados se habitúen a litigar, más se evitarán recurrir a otros mecanismos (“efecto socializador” de los tribunales internacionales) (...). Ninguno de los dos grupos tiene totalmente la razón”⁶³.

Por otro lado, puede afirmarse que “si bien la jurisprudencia contradictoria es un problema en la teoría, en la realidad parece que cada vez que los jueces de distintos tribunales internacionales están en desacuerdo sobre el alcance de una norma jurídica de derecho internacional, se inclinan por recurrir a diferentes técnicas jurisprudenciales para evitar el enfrentamiento (...) ya sea autolimitándose o actuando con el debido respeto jurídico”⁶⁴. En definitiva, tal como acertadamente afirma Kingsbury, “sean los que sean los riesgos de la proliferación judicial no jerárquica, ha sido la única vía posible para incrementar el arreglo de disputas internacionales por una tercera instancia. Ello debe ser considerado como una inmensa contribución en hacer que una mayor cantidad de controversias sean, en la práctica, efectivamente justiciables”⁶⁵.

2.- CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Se trata de un concepto clave para esta investigación ya que sólo la existencia de órganos internacionales cuyas atribuciones se encuentren en contienda justifica el estudio y análisis de las normas que regulan la materia, así como la práctica de las instituciones judiciales internacionales. Resulta esencial, en todo caso, delimitar las circunstancias en las cuales esta hipótesis se presenta.

⁶³ **ROMANO, Cesare.** *El Lado Oscuro de la Luna: Fragmentación de las Instituciones que Aplican Normas Jurídicas Internacionales.* Revista Puente Europa. Año V N°2, Junio 2007. 30p.

⁶⁴ *Ibid.* 31p (traducción propia).

⁶⁵ **KINGSBURY, Benedict.** *Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systematic Problem?* N.Y.U.J. International Law and Politics. Vol. 31.697. New York University Press (New York, 1999). 795p (traducción propia).

Para adentrarnos en la temática, ilustrativo resulta hacer mención al siguiente ejemplo referido a la superposición de competencias entre diferentes órganos judiciales internacionales respecto de una reciente controversia surgida entre Irlanda y el Reino Unido. La cuestión de los posibles efectos ambientales de la instalación de una central nuclear en territorio británico (*"The Mox Plant"*) ha sido referida ante tres procedimientos institucionales distintos: un tribunal arbitral constituido en virtud del Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar; al procedimiento obligatorio de arreglo de controversias contemplado en el marco del Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste (OSPAR); y finalmente, la disputa ha sido remitida ante el Tribunal de Justicia Europeo en virtud de los tratados de la Comunidad Europea y del EURATOM. De esta manera, tres conjuntos de complejas normas parecen contemplar una regulación sobre los mismos hechos: las normas universales de la Convención sobre Derecho del Mar; las normas regionales del Convenio OSPAR; y las reglas de la Comunidad Europea y del EURATOM. ¿Cuál de estas regulaciones ha de primar? ¿Se trata de un problema de derecho del mar, de contaminación del Mar del Norte, o de relaciones internas en la Comunidad Europea?⁶⁶. En primer lugar, debemos precisar lo que se entiende por conflicto de jurisdicciones.

Se entiende generalmente por conflicto de jurisdicciones (o superposición jurisdiccional) aquellas situaciones en las cuales una disputa específica de derecho internacional puede ser referida, conocida y resuelta por más de uno de los foros disponibles al respecto (ejemplo citado). Es decir, surgida que sea una controversia, las partes discrepantes pueden escoger, ya sea de manera unilateral o actuando de consuno, ante cuál de los órganos internacionales disponibles para su arreglo radicarla.

⁶⁶ Extraído del informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas denominado "The Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law", Informe Anual 2006. p13. Disponible en <<http://www.untreaty.un.org/ilc/texts/1> (última visita 20 julio 2007) (traducción propia).

En este contexto reciben aplicación las denominadas “reglas tradicionales de regulación de la jurisdicción” aplicables tanto a nivel doméstico como internacional, vinculadas a la cuestión de la elección de foro y de los múltiples procedimientos. Debemos considerar tres de estas reglas, las que por ahora bastará con mencionar pues serán tratadas más adelante, haciendo la prevención de que en derecho internacional reciben una mayor o menor aplicación dependiendo de la materia específica a la que pretendan ser invocadas y del órgano que desee dotarlas de eficacia⁶⁷. Estas reglas son:

- **“Lis alibi pendens”** o regla de la litispendencia, la que se aplica en la regulación de los procedimientos paralelos, una figura especial de múltiples procedimientos. Según ésta, durante la pendencia de un procedimiento ante un órgano judicial, no es posible iniciar otro proceso relacionado con la misma disputa ante otro foro.
- **“Res iudicata”** o regla de la cosa juzgada, cuyo reconocimiento implica considerar a la sentencia definitiva dictada en un proceso judicial como: a) obligatoria para las partes (efecto obligatorio); b) inmodificable (efecto preclusivo). Impide la iniciación de pleitos sucesivos relativos a la misma materia y entre las mismas partes. De las tres reglas presentadas, es la que mayor consenso genera tanto a nivel programático como jurisprudencial.
- **“Electa una via”** o cláusula de elección de foro (principio de la elección), el que se traduce en que escogido un foro para la solución de una controversia internacional, no está permitido a las partes elegir otro. Es decir, radicada la disputa ante un órgano de adjudicación, precluye la facultad de la (s) parte (s) de recurrir a otro de los disponibles. De este modo, escoger uno implica automáticamente descartar los restantes potencialmente competentes. Así, se evita la ocurrencia de

⁶⁷ Según comprobaremos, estas reglas no poseen una aplicación uniforme por parte de los foros internacionales. Ello dependerá de una serie de condiciones y requisitos específicos que al respecto deberán reunirse. Tampoco puede afirmarse que exista un consenso absoluto en cuando a su consagración en el derecho internacional, ya sea en instrumentos jurídicos específicos o como parte de la normativa internacional consuetudinaria.

procedimientos pendientes ante más de un foro (litispendencia), precisamente por el efecto mencionado.

¿Cuál es el motivo por el cual estas reglas deben ser consideradas como parte integrante del derecho internacional? La razón de su establecimiento y necesario reconocimiento por parte de los órganos judiciales internacionales radica principalmente en la necesidad de dar la debida coherencia al sistema jurídico internacional, evitando de este modo la dictación de resoluciones definitivas incompatibles, y más aún, eventualmente contradictorias. Su no contemplación y consiguiente aplicación unido a la existencia de múltiples foros disponibles para conocer de un reclamo específico, tornaría en una quimera las aspiraciones de certeza jurídica, requisito indispensable para la consolidación de las relaciones jurídicas internacionales.

3.- DELIMITACIÓN DE LA SUPERPOSICIÓN DE JURISDICCIONES

Para facilitar el estudio de los conflictos jurisdiccionales que se presentan entre distintos órganos judiciales internacionales, Shany ha establecido un modelo de análisis que agrupa a las diferentes cortes y tribunales internacionales en cuatro categorías jurisdiccionales, tomando en consideración aspectos geográficos y el alcance de su competencia en relación al sujeto – materia⁶⁸. El patrón elaborado por el mencionado autor, distingue potenciales interacciones entre:

- Cortes y tribunales internacionales con jurisdicción universal “*ratione personae*” y competencia general “*ratione materiae*” (cortes y tribunales universales).

⁶⁸ SHANY, Yuval. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. International Courts and Series. Oxford University Press. (Oxford, 2003). 29p (traducción propia).

- Cortes y tribunales internacionales con jurisdicción universal "*ratione personae*", y cortes y tribunales con competencia especializada "*ratione materiae*" (cortes y tribunales globales especializados).
- Cortes y tribunales regionales con competencia general "*ratione materiae*" (cortes y tribunales regionales con competencia ilimitada).
- Cortes y tribunales regionales con competencia especializada "*ratione materiae*" (tribunales regionales especializados).

Considerando el mencionado esquema, para este autor las posibles interacciones pueden presentarse en un doble nivel, esto es, entre cortes y tribunales pertenecientes a la misma categoría esbozada, o entre órganos pertenecientes a diferentes categorías, lo que implica una significativa ampliación del campo de nuestro estudio. En otras palabras, no resulta exhaustivo efectuar un estudio sólo de las relaciones jurisdiccionales entre tribunales y cortes con jurisdicción "*universal ratione personae*" y competencia general "*ratione materiae*", sino que es preciso combinar esta categoría con las restantes, y así sucesivamente hasta completar el cuadro general. ello escapa a los objetivos del presente trabajo, tanto por su extensión como por su complejidad. Lo que nos interesa específicamente es abocarnos al análisis de las normas jurídicas que regulan la elección de foro, y de las tres reglas anteriormente enunciadas a propósito de la existencia de múltiples procedimientos (cosa juzgada, litispendencia y el principio de elección de foro), deteniéndonos ya sea en la manera en que han sido consagradas positivamente en los distintos instrumentos jurídicos internacionales, como en la forma en que la jurisprudencia de los principales órganos judiciales les han dado aplicación, especialmente cuando no existen normas escritas que se hagan cargo de dicha situación.

II. NORMAS POSITIVAS QUE REGULAN LA ELECCIÓN ENTRE DISTINTOS FOROS JUDICIALES

1.- LA ELECCIÓN DE FORO

Otra de las consecuencias prácticas relevantes del incremento en el número de tribunales y cortes disponibles para zanjar disputas a nivel interestatal no mencionada hasta ahora dice relación con el proceso de búsqueda a través del cual una de las partes de la controversia (o ambas) intenta referir su reclamo ante el foro que crea más ventajosos para el éxito de sus pretensiones, práctica conocida como “*forum shopping*”. Se trata de una acción cuyo origen lo encontramos en el derecho privado doméstico, legitimada en la mayor parte de las tradiciones jurídicas actuales. Por ejemplo, al interior del sistema judicial estadounidense las partes partícipes de una actividad comercial que se desarrolla en distintos Estados de la Unión pueden ser demandadas ya sea ante la cortes federales o las estatales, en ambos casos bajo diferentes regímenes jurídicos aplicables. Así, se genera un tratamiento jurídico distinto dependiendo del lugar (foro) escogido para litigar. Estas verdaderas tácticas de litigación pueden tener sustento en una amplia variedad de razones⁶⁹.

En derecho internacional se repite el mismo fenómeno, aunque con sus respectivas particularidades. Las circunstancias en las cuales se considera que la litigación ante un tribunal sería más ventajosa que ante otro son concebibles incluso en el plano internacional, lo que no ha dejado de suscitar fuertes críticas por el riesgo de que se incurra en prácticas que amenacen la buena fe procesal. Por ejemplo, un intento de un Estado de llevar una disputa ante la Corte Internacional de Justicia relativa a cuestiones de comercio regional, destinado a evadir la jurisdicción de una corte o tribunal regional competente (por ejemplo, los procedimientos de solución de controversias del NAFTA o del MERCOSUR) podría ser considerado como una forma improcedente de “*forum shopping*”, toda vez que el órgano regional especializado se

⁶⁹ Las consideraciones tenidas en cuenta por las partes que eligen foros pueden incluir conveniencias geográficas, deseos de obtener tratamientos jurídicos más ventajosos respecto de la contraparte (por ejemplo, compeliéndola a litigar ante un tribunal que le sea inconveniente), amabilidad del derecho sustantivo y procedimental del foro seleccionado, parcialidad percibida del juez o del jurado, reputación de eficiencia de la corte, entre otras.

encuentra en una mejor posición de conocimiento respecto de la Corte Internacional en cuanto al manejo de las cuestiones controvertidas y de las particularidades geográficas de la disputa. Es en estas circunstancias en las cuales se ha legitimado la consagración de limitaciones a la libertad de las partes para practicar “*forum shopping*”, especialmente si quien lo practica no puede demostrar un interés legítimo en su elección⁷⁰.

En ocasiones, son las propias partes en conflicto las que son capaces de convenir ante qué foro será radicada la disputa para su resolución, lo que impide el ejercicio unilateral del “*forum shopping*” al actuarse de consuno. Tales acuerdos pueden ser:

- Acuerdos “*ad hoc*” denominados compromisos
- Cláusulas compromisorias estipuladas en tratados internacionales
- Tratados generales de solución de disputas

Las ventajas de arribar a esta clase de acuerdos alcanzan a todas las partes involucradas en la disputa. El principal de los beneficios es, sin duda, la contribución a la certeza jurídica puesto que los Estados en discordia sabrán con meridiana claridad y con antelación, ante cuál tribunal o corte deberán litigar, lo que mitiga la existencia de múltiples procedimientos. En todo caso, a pesar del reconocimiento de la libertad de las partes para convenir estos acuerdos que designan al foro competente, un sector de la doctrina ha sostenido que en ciertos y determinados casos puntuales existiría un poderoso argumento político que limitaría la libre elección del órgano por los propios litigantes: se refieren a controversias en que no sólo se encuentra involucrado el

⁷⁰ Otro fenómeno procesal de creciente ocurrencia práctica nocivo para el buen desempeño de la adjudicación es la llamada “carrera hacia la corte” (“*race to the courthouse*”), situación en la cual los Estados en discordia se apresuran de manera independiente en escoger uno de los foros disponibles para radicarla en éste con máxima prontitud el asunto (el que crean más conveniente para la protección de sus intereses), lo que puede derivar en peticiones paralelas iniciadas ante diferentes tribunales. este fenómeno se presentó con nitidez en la controversia surgida entre Chile y la Comunidad Europea a propósito de la conservación o explotación sustentable del pez espada en aguas internacionales próximas a territorio chileno (reclamo pendiente paralelamente ante el sistema de la OMC y ante el Tribunal sobre Derecho del Mar; en el primer caso, procedimiento iniciado a instancias de la Comunidad Europea; en el segundo, por iniciativa de Chile).

interés particular de los Estados disputantes, sino que afectan intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, por lo que no resulta indiferente el que se escoja uno u otro foro para su resolución (así, se considera que dichos intereses generales sólo pueden ser cautelados adecuadamente si se litiga ante un foro específico de los existentes). Por ejemplo, podría estipularse que en un futuro toda disputa relativa a las profundidades del mar únicamente podrá ser llevada ante el Tribunal sobre Derecho del Mar y no ante un arbitraje especial convenido por las partes al margen de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

2.- ALGUNAS NORMAS POSITIVAS QUE REGULAN LA ELECCIÓN DE FORO

El crecimiento cuantitativo de tribunales y cortes internacionales hace recomendable por los Estados de esta clase de normas, las que dirigen su libertad para escoger ante cuál órgano judicial radicar una determinada disputa internacional. Varias de estas disposiciones son posibles de encontrar actualmente en los instrumentos constitutivos de diferentes órganos judiciales internacionales. Otras medidas adicionales de elección de foro pueden identificarse en otros instrumentos jurídicos, como tratados generales de solución de controversias, cláusulas compromisorias incluidas en tratados internacionales, instrumentos de ratificación de acuerdos multilaterales, y declaraciones unilaterales de aceptación obligatoria de la jurisdicción de un tribunal o corte determinado.

Existen básicamente dos modelos o formas de regulación de la elección de tribunales, más una aproximación intermedia, a saber:

- **Cláusulas que otorgan jurisdicción exclusiva:** A través de su inclusión, se impide la litigación ante cualquier órgano diferente al único designado en el instrumento. Se distinguen dentro de ésta dos sub categorías: flexibles e inflexibles,

según puedan o no las partes derogar por la vía de un acuerdo la jurisdicción anteriormente concedida a un foro específico.

- **Cláusulas que no otorgan jurisdicción exclusiva:** Éstas permiten a las partes practicar la elección de foro de manera conjunta (*“forum shopping”* de consuno), pero generalmente dentro de ciertos parámetros claramente preestablecidos.

Para clarificar la diferencia entre unas y otras, ejemplificaremos a través de la mención de algunos de los instrumentos jurídicos internacionales que las han recogido.

2.1.- Cláusulas que Otorgan Jurisdicción Exclusiva

2.1.1.- Estipulaciones Inflexibles

- **Artículo 292 del Tratado que Establece la Comunidad Europea de Naciones:**

“Los Estados Miembros se comprometen a *no someter* una disputa concerniente a la interpretación o aplicación de este Tratado *a ningún otro método de arreglo que los proveídos en este instrumento*” (énfasis agregado)⁷¹.

- **Artículo 42 del Tratado que crea la Corte de Justicia de Cartagena, órgano judicial de la Comunidad Andina de Naciones:**

“Los Estados Miembros *no someterán* ninguna controversia que pueda surgir de las normas incluidas en la estructura judicial del Acuerdo de Cartagena

⁷¹ Tratado que Establece la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957), artículo 292.

a ninguna corte, sistema de arbitraje o cualquier otro procedimiento no contemplado en este instrumento” (énfasis agregado)⁷².

- **Artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa de Reforma a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos:**

“Este Protocolo y sus instrumentos complementarios y derivados *prevalecerán* sobre cualquier convenio, acuerdo o protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana (...) Toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, *deberá someterse a la Corte Centroamericana de Justicia*” (énfasis agregado)⁷³.

La explicación a la consagración de esta clase de normas que otorgan jurisdicción exclusiva y que son inmodificables por las partes de una controversia se encuentra en la especial naturaleza de estos acuerdos regionales de integración, cuya principal aspiración es su constitución como sistemas autónomos o autosuficientes (“*self contained*”). Generalmente, los Estados miembros de tales organizaciones son renuentes a otorgarle jurisdicción a órganos externos, ajenos al sistema, cuya capacidad de contribuir al fortalecimiento de las relaciones internas del régimen es ciertamente limitada.

2.1.2.- Estipulaciones Flexibles

- **Artículo 55 de la Convención Europea de Derechos Humanos:**

⁷² Tratado que crea la Corte de Justicia de Cartagena (1979), revisado por el Protocolo que Modifica el Tratado de Creación de la Corte (1996), artículo 42.

⁷³ Protocolo de Tegucigalpa de Reforma a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (1992), artículo 35.

“Las Altas Partes Contratantes *renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial*, a prevaler de los tratados, convenios o declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter, por vía de demanda, una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del presente Convenio *a un arreglo distinto de los previstos en el presente instrumento*” (énfasis agregado)⁷⁴.

- **Artículo 26 de la Convención sobre Arreglo de Disputas de inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados (instrumento que establece el CIADI):**

“*Salvo estipulación en contrario*, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje, *con exclusión de cualquier otro recurso*. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio” (énfasis agregado)⁷⁵.

A diferencia del tipo de cláusula que otorga jurisdicción exclusiva a un foro de manera inflexible, estos dos instrumentos facultan a las partes de la controversia para que estipulen, mediante la celebración de un acuerdo especial, la remisión del asunto ante un órgano judicial diferente del establecido en uno y otro de los instrumentos mencionados. Es decir, confieren jurisdicción exclusiva a un foro determinado (el contenido en el instrumento) pero conservan la libertad para, por la vía de un acuerdo, referir la disputa ante otro foro disponible (el convenido especialmente).

2.2.- Cláusulas que No Otorgan Jurisdicción Exclusiva

- **Artículo 95 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas:**

⁷⁴ Convenio Europeo de Derechos Humanos (1998), artículo 55 (ex artículo 62).

⁷⁵ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1965), artículo 26.

“Ninguna de las disposiciones de esta Carta *impedirá* a los Miembros de las Naciones Unidas encomendar la solución de sus diferencias *a otros tribunales* en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro” (énfasis agregado)⁷⁶.

Esta disposición tomó como referencia el artículo 13 (3) de la Convención que estableció la Liga de las Naciones, el que estipulaba similarmente: “La causa será sometida a la Corte Permanente de Justicia Internacional o a toda jurisdicción o corte designada por las partes o previstas en sus convenciones anteriores”⁷⁷.

Por otro lado, la normativa de las Naciones Unidas guarda estricta coherencia con la decisión adoptada de no dotar a la Corte Internacional de Justicia con jurisdicción obligatoria, y con el artículo 33 que preserva la libertad de los Estados para escoger el procedimiento de solución de disputas que considerando más adecuado, convengan⁷⁸.

Debido a la naturaleza del mencionado artículo 95 de la Carta, los Estados Miembros de la ONU pueden encontrarse paralelamente sujetos tanto a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, como de otros procedimientos internacionales de adjudicación, pudiendo libremente decidir cuál de los foros disponibles escoger. De ahí que puedan derivarse dos consecuencias: eventuales contiendas jurisdiccionales, y la práctica del “*forum shopping*”⁷⁹.

⁷⁶ Carta de la Organización de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945), artículo 95.

⁷⁷ Convención que Establece la Liga de las Naciones (1919), artículo 13 (3).

⁷⁸ Carta de la Organización de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945), artículo 33 párrafo I: “Las Partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tratará de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, o el recurso a organismos o acuerdos regionales *u otros medios pacíficos de su elección*” (énfasis agregado).

⁷⁹ Es por esta razón que muchos Estados que han efectuado declaraciones aceptando la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia al amparo del artículo 36 (2) de su Estatuto (mecanismo de la cláusula opcional), las han complementado adicionando otra declaración que le otorga a la Corte en caso de concurrencia, una jurisdicción de naturaleza

residual. Ejemplo clásico que ha sido tomado como referencia por varios Estados lo constituye la declaración efectuada por Bélgica el año 1958.

- **Artículo 282 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar:**

“Cuando los Estados Partes que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de esta Convención *hayan convenido*, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera, en que esa controversia sea sometida, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento *se aplicará en lugar de los previstos en esta parte*, a menos que las partes de la controversia convengan en otra cosa” (énfasis agregado)⁸⁰.

La diferencia con lo estipulado en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 95) es que además de permitir la coexistencia jurisdiccional, transforma a los procedimientos de arreglo de disputas contenidos en la Convención sobre Derecho del Mar en mecanismos de adjudicación residuales, ante los cuales sólo se puede recurrir si:

- No existe otro procedimiento que conduzca a las partes a una decisión jurídicamente vinculante; o
- Si las partes así lo han convenido.

De esta forma consagra la libertad de elección de foro autorizando a las partes a recurrir a procedimientos existentes al margen de la Convención, y en el caso que decidan recurrir a los mecanismos contemplados en el instrumento, escoger entre el menú de cuatro alternativas que menciona.

En definitiva, limita la capacidad de las partes disputantes de practicar “*forum shopping*” de manera unilateral (incurriendo de esta manera en múltiples procedimientos). Así, si una controversia es llevada unilateralmente ante el Tribunal sobre Derecho del Mar desconociendo el orden de preferencia establecido por las

⁸⁰ Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Montego Bay, 1982), artículo 282.

partes, este órgano debería declinar su jurisdicción (a requerimiento de parte), y remitir el caso ante el tribunal que corresponda⁸¹.

2.3.- Aproximación Intermedia: Elección Limitada de Foro

Se trata de cláusulas que confieren jurisdicción cuya naturaleza es híbrida, pues mezclan grados de flexibilidad y de rigidez, lo que permite a las partes efectuar la elección de foro de manera limitada. A su vez, escogida que sea una de las alternativas, precluye la facultad de recurrir a las restantes, concediéndosele de esta forma jurisdicción exclusiva al órgano al cual se decide recurrir. Se identifica con la cláusula “*electa una via*”.

- **Artículo 2005 (6) del “North America Free Trade Agreement” (NAFTA):**

“Una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al artículo 2007 o bien uno conforme al GATT, *el foro seleccionado será excluyente del otro*, a menos que una Parte presente una solicitud de acuerdo con los párrafos 3 ó 4” (énfasis agregado)⁸².

Respecto de aquellas disputas que caen bajo la jurisdicción del NAFTA y del sistema contemplado en el GATT/OMC, corresponderá a la parte demandante la elección del foro ante el cual se litigará, dentro de los dos disponibles. Sin embargo, efectuada la decisión, el órgano escogido quedará investido con jurisdicción exclusiva sobre la controversia.

⁸¹ **TREVES, Tullio.** En op.cit. 812p (traducción propia).

⁸² North America Free Trade Agreement (1992), artículo 2005 (6).

- **Artículo 1 (2) del Protocolo de Olivos que regula la solución de controversias al interior del Mercado Común del Sur (MERCOSUR):**

“Las controversias comprendidas dentro del ámbito de aplicación del presente Protocolo que pueden también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente considerados los Estados partes del MERCOSUR, *podrán someterse a uno u otro foro* a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes de la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro” (énfasis agregado)⁸³.

Este instrumento multilateral de manera similar a las disposiciones del NAFTA, permite a los Estados Miembros del régimen regional de integración económica determinar si refieren sus reclamos ya sea ante el reformado sistema del Mercado, o ante los procedimientos establecidos en otros acuerdos de liberalización del comercio respecto de los cuales los Estados disputantes sean parte (por ejemplo, el sistema de la OMC).

- **Artículo 22.3 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos de Norteamérica, titulado precisamente “Elección de Foro”:**

1. “Las controversias que surjan en relación con lo dispuesto en este Tratado y en cualquier otro Tratado de Libre Comercio en que ambas Partes sean parte o en el Acuerdo sobre la OMC, *podrán resolverse en uno de esos foros*, a elección de la Parte reclamante”.
2. “Una vez que la parte reclamante ha solicitado el establecimiento de un grupo arbitral de conformidad con uno de los acuerdos internacionales a

⁸³ Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias bajo el Mercado Común del Sur (2002), artículo 1 (2).

que se refiere el párrafo 1, *el foro seleccionado será excluyente de los otros*” (énfasis agregado)⁸⁴.

El Acuerdo otorga libertad a las partes (reclamante) para que escoja ante cuál foro ventilar la disputa, pero al mismo tiempo señala que una vez solicitada la composición de un grupo arbitral de conformidad con uno de los acuerdos internacionales en que ambas Partes sean parte, el órgano judicial seleccionado quedará investido automáticamente de jurisdicción exclusiva sobre la controversia. Reitera la fórmula contenida en el NAFTA.

- **Artículo XXXII del Tratado Americano de Solución de Controversias, conocido como Pacto de Bogotá:**

“Cuando el procedimiento de conciliación anteriormente establecido conforme a este Tratado o por voluntad de las partes no llegare a una solución y dichas Partes no hubieren convenido en un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a recurrir ante la Corte Internacional de Justicia en la forma establecida en el artículo 40 de su Estatuto. *La jurisdicción de la Corte quedará obligatoriamente abierta* conforme al inciso 1° del artículo 36 del mismo Estatuto” (énfasis agregado)⁸⁵.

En este caso, se autoriza una elección limitada de foro entre los dos procedimientos de solución de controversias que menciona (Corte Internacional de Justicia y arbitraje). Es interesante destacar que a diferencia de los tres ejemplos anteriores, no se trata de un acuerdo inmerso al interior de un régimen de integración económica o política. El Pacto de Bogotá se refiere a cualquier clase de diferencias que surjan entre Estados americanos que de él sean parte.

⁸⁴ Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos de Norteamérica, artículo 22.3.

⁸⁵ Tratado Americano de Solución Pacífica de Controversias (Bogotá, 1948), artículo XXXII.

III. PRINCIPIOS APLICABLES A LA ELECCIÓN DE FORO

1.- GENERALIDADES

Hemos hecho referencia a algunos modelos de cláusula que otorgan jurisdicción a un foro determinado, contenidas en varios acuerdos internacionales. La necesidad de tales convenios surge toda vez que en la actualidad existen varios órganos judiciales internacionales que poseen competencia para conocer disputas referidas a las más variadas temáticas (superposición de competencias). Es decir, se trata de una consecuencia lógica de la proliferación desordenada de tribunales y cortes internacionales. Debido a ello, se hace aconsejable (y de hecho es una práctica cada vez más común y generalizada) para los Estados otorgantes de instrumentos jurídicos internacionales incluir tales estipulaciones que pre establezcan el foro que deberá conocer de las futuras discrepancias, o al menos, el dar pautas claras que dirijan la elección del órgano.

Sin embargo, la presencia de tales medidas de selección de foro no ha constituido una práctica presente en todo el desarrollo histórico del derecho internacional, especialmente durante el pasado siglo. En determinadas circunstancias, tribunales y cortes internacionales se han enfrentado a dicha cuestión sin contar con normas positivas que regulen o que clarifiquen el *“forum shopping”*, ya sea autorizándolo expresamente, limitándolo o excluyéndolo. Es en tales instancias en las cuales es posible identificar ciertos principios empleados por tales órganos, destinados a establecer patrones de razonamiento que sirvan como sustento para la resolución de la siguiente interrogante: ¿existen limitaciones establecidas por el derecho internacional que regulen la práctica del *“forum shopping”*, a pesar de no existir norma jurídica positiva que resulte aplicable? Es necesario, entonces, referirse a la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, del CIADI y del

Tribunal sobre Derecho del Mar, órganos que han intentado dar respuesta a la pregunta antes efectuada, haciendo la prevención de que la práctica en la materia ha sido escasa y no concluyente.

2.- PRÁCTICA DE LA CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

Ha sido exiguu en la práctica de los tribunales y cortes internacionales el tratamiento de la cuestión de si existen o debiesen existir limitaciones a la libertad de las partes de una controversia de practicar la elección de foro entre diferentes (y alternativos) órganos judiciales internacionales. Los pocos casos a los que la doctrina hace referencia corresponden a procedimientos seguidos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, predecesora de la actual Corte Internacional de Justicia. Es importante señalar que el mayor valor del ejemplo radica en que precisamente su Estatuto no contempla norma alguna vinculada con el *“forum shopping”*. En todo caso, lamentablemente nunca se pronunció sobre si había emergido una costumbre internacional en tal sentido. Sus decisiones se fundaron en lo que ella percibía como potestades inherentes de las cuales gozaba como corte internacional dotada de jurisdicción general, o en consecuencias lógicas de lo que estimó como principios generales del derecho.

2.1.- *Mavrommatis Case*

Primera de los casos en los cuales fue examinada la distribución de competencias entre la Corte Permanente y un procedimiento diferente de solución de controversias⁸⁶. La disputa surgió a raíz de un reclamo presentado por Grecia a nombre de uno de sus nacionales propietario de una concesión en Palestina, que vio

⁸⁶ *The Mavrommatis Palestine Concessions*. Greece v. U.K. PCIJ, 1924.

infringido su derecho de propiedad por parte de Gran Bretaña, el Estado que ejercía la tutela sobre la región. Uno de los temas discutidos en el procedimiento fue el efecto que tenía un acuerdo específico de solución de disputas suscrito bajo el Protocolo de Lausanne, respecto de la jurisdicción de la Corte sobre una de las partes de la controversia (el reclamante). Específicamente, la cuestión debatida por la Corte fue si su jurisdicción que se basaba en una cláusula compromisoria general estipulada en el Mandato de Palestina debía o no dar lugar al procedimiento especial contenido en el Protocolo, el cual señalaba que en caso de ser necesario el pago de ciertas indemnizaciones a los propietarios de las concesiones confiscadas, la evaluación de los perjuicios (base de cálculo del monto de la reparación) debía ser efectuada por un grupo especial de expertos.

¿Cómo resolvió la Corte la existencia de dos mecanismos diferentes para zanjar la disputa sometida a su conocimiento (Protocolo de Lausanne y el Mandato de Palestina)? La posición que se adopte no es indiferente: si le daba primacía al Protocolo, el cálculo de las indemnizaciones debidas sería efectuada por un panel de expertos (carecería de competencia sobre ese punto), mientras que si hacía primar las disposiciones del Mandato, sería ella misma quien debería fijar tal suma.

La Corte resolvió que el Protocolo de Lausanne constituía "*lex specialis*" y a la vez "*lex posteriori*" y que como resultado de ello, sus disposiciones debían prevalecer por sobre las del Mandato, en el entendido de que ambos instrumentos en el punto discutido eran incompatibles (párrafo 31). En otras palabras, la Corte se encontró con dos instrumentos relacionados con su competencia: el Mandato de Palestina de 1922, y el Protocolo XII del Tratado de Lausanne de 1923. La Corte concluyó que en caso de duda, al tratarse de un acuerdo especial y más reciente en el tiempo, debía darle primacía al Protocolo⁸⁷. A su vez, no encontró ningún fundamento que le permitiese

⁸⁷ "El principio de que la "*lex specialis*" deroga a la ley general es una aplicación del principio lógico de no contradicción en los casos en que la nueva norma es parcialmente incompatible con el precepto anteriormente vigente. Para que esta situación tenga lugar, es imprescindible que haya normas concurrentes, es decir, que una misma situación de hecho esté contemplada por dos o más normas que hayan entrado en vigencia en tiempos diferentes". **BARREIRA, Enrique**. Entrevista Concedida para Revista Puente Europa. Año V N°2, Junio 2007. 24p.

atribuir a las partes un intento por excluir la jurisdicción general y obligatoria de la Corte al tenor de los términos del Mandato, y que tal exclusión sólo podía referirse a ciertas materias específicas que quedaban remitidas según el Protocolo a procedimientos especiales (por ejemplo, precisamente la determinación de la reparación.

Señala al respecto el párrafo 32 de la sentencia de la Corte Permanente:

“Tan pronto como el Protocolo estableció en el artículo 5 una *jurisdicción especial* para el cálculo de las indemnizaciones, esta jurisdicción especial *excluye estas materias de la jurisdicción general* otorgada a la Corte sobre disputas concernientes a la interpretación y aplicación del Mandato” (énfasis agregado) (traducción propia).

La interpretación adoptada implicó que la Corte limitase su propia competencia. A pesar de ello, de todos modos ejerció jurisdicción sobre la disputa debido a que la cuestión específica sometida a su conocimiento por las partes era de naturaleza preliminar, y no podía haber sido remitida a un procedimiento alternativo de acuerdo con los términos del Protocolo de Lausanne (párrafo 32).

2.2.- *Right of Minorities Case*

A pesar de que en este litigio se aprecia una contienda jurisdiccional entre un órgano jurisdiccional y uno político, tanto el lenguaje como la fundamentación abrazada por la Corte podrían ser considerados como de aplicación general⁸⁸.

El Estado demandado – Polonia – objetó la jurisdicción de la Corte Permanente bajo el argumento de la existencia de un tratado en vigor entre ambas partes disputantes (Alemania y Polonia) que concedía jurisdicción preferente sobre la

⁸⁸ *Right of Minorities in Upper Silesia*. Germany v. Poland. PCIJ, 1928.

controversia, en opinión polaca, al Consejo de la Liga de las Naciones. Según Polonia, este instrumento demostraba la clara intención de las partes de no someter sus litigios a procedimientos judiciales en casos en los cuales alternativas políticas se encontraban igualmente disponibles.

La Corte rechazó la posición polaca y consideró que el tratado y la posterior conducta de las partes constituían una manifestación de consentimiento hacia su jurisdicción. Lo interesante es que el párrafo 23 de la sentencia hace mención a las circunstancias bajo las cuales la Corte podría declinar jurisdicción a favor de otro órgano. Señala el punto:

“El principio del consentimiento como fundamento suficiente para ejercer jurisdicción *sólo llega a ser inoperante en casos excepcionales* en los cuales la disputa que los Estados podrían desear referir a la Corte *caería dentro de la jurisdicción exclusiva reservada a alguna otra autoridad*” (énfasis agregado) (traducción propia).

¿Cuál es la consecuencia práctica de tal afirmación? La posición adoptada por la Corte significa que ésta normalmente ejercerá jurisdicción exclusiva, a menos que otro foro esté investido con jurisdicción exclusiva. Aplicando este mismo razonamiento, la Corte estimó que el Consejo de la Liga de las Naciones no había sido designado explícitamente como foro exclusivo, y que tal exclusividad no podía ser presumida dada las importantes diferencias entre ambos tipos de procedimientos (el judicial y el político).

Haciendo en paralelo entre ambas sentencias, podemos extraer la siguientes conclusiones relativas a la selección de foro:

- De acuerdo con la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional, los órganos judiciales investidos con jurisdicción sobre ciertas disputas pueden declinar su jurisdicción a favor de otras cortes o tribunales internacionales.

- En opinión de Shany⁸⁹, para que ello ocurra deberán reunirse tres condiciones:
 1. Debe encontrarse establecido de manera suficientemente clara que existe otro foro alternativo que disfruta de jurisdicción sobre la misma disputa.
 2. Dicho foro alternativo debe haber sido designado como foro exclusivo, explícita o implícitamente.
 3. Una de las partes de la controversia debe manifestar su rechazo hacia la continuación del procedimiento ante el primero de los foros que conoce de la disputa en el tiempo.

El “*case law*” de la Corte Permanente debe ser analizado con ciertos reparos. Principalmente, porque se trata de precedentes pronunciados muchos años atrás, pese a que continúan siendo citados por la escasez de jurisprudencia disponible. Por otro lado, los dos casos mencionados no representaron verdaderas contiendas jurisdiccionales entre órganos judiciales internacionales (el órgano de expertos contemplado en la Protocolo de Lausanne no desempeñaba funciones judiciales, y el Consejo de la Liga de las Naciones era un órgano eminentemente político). Por ello, no es lo suficientemente claro que los foros actuales emplearían tales criterios de razonamiento. Es necesario entonces, abordar litigios más recientes seguidos ante otros tribunales y cortes internacionales.

⁸⁹ SHANY, Yuval. En op.cit. 233p (traducción propia).

3.- PRÁCTICA DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIÓN (CIADI): “THE KLÖCKNER CASE”

Una de las disputas llevadas ante el Centro que se hace cargo de la existencia de acuerdos entre las partes relativos a la elección de foro y que permite arribar a importantes conclusiones es el denominado “*Klöckner case*”, litigio que involucró una disputa entre la Industria Klöckner y el Estado de Camerún⁹⁰. En este caso, el tribunal arbitral del CIADI se abstuvo de dar efecto a una cláusula de arbitraje en vigor entre las partes que remitía ciertas disputas sobre inversión al arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, estipulación posterior a un acuerdo previo entre las mismas partes que refería tales cuestiones al sistema de solución de diferencias del CIADI.

Pese a que el tribunal apoyó su decisión de ignorar la cláusula específica de arbitraje en la vaguedad del lenguaje utilizado (el cual no precluía explícitamente la jurisdicción del Centro), pareciera ser que hizo primar argumentos políticos. Específicamente, el hecho de que las partes no deberían ser privadas tan fácilmente de la protección proporcionada por el CIADI respecto de la tutela de sus derechos e intereses.

Esta decisión, algo controvertida (no se adoptó por unanimidad de los miembros del tribunal y el Comité de Revisión “*ad hoc*” expresó reparos sobre su validez) cita en parte de su contenido un dictamen anterior de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso denominado “*Electricity Company of Sofia*” en el cual la Corte sugirió que existiría una presunción de que los acuerdos jurisdiccionales posteriores en el tiempo no se encontrarían diseñados para restringir “*per se*” los preexistentes⁹¹. Además, marca un evidente contraste con la doctrina señalada por la Corte durante el conocimiento de “*Mavrommatis*”, en donde estableció que un acuerdo jurisdiccional específico posterior en el tiempo debía ser considerado como un modo de exclusión de otro acuerdo general y anterior de otorgamiento de jurisdicción.

⁹⁰ *The Klöckner Industrie v. Cameroon*. ICSID, 1983. (p.13-14, 17-18).

⁹¹ *Electricity Co. Of Sofia*. PCIJ, 1939. p.77 y 78: “La multiplicidad de acuerdos de aceptación

El otro punto destacable de este litigio es que efectivamente se generó una verdadera contienda jurisdiccional puesto que se trató de las mismas partes, dijo relación con la misma materia, y además, involucró a tribunales pertenecientes al mismo orden jurídico (precisamente el requisito hasta ahora más difícil de reunir).

4.- ÓRGANOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL MARCO DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR: “THE SOUTHERN BLUEFIN TUNA CASE”

Disputa llevada ante el mecanismo de solución de controversias existente en el marco del Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre derecho del Mar, que dijo relación con un litigio relativo a prácticas pesqueras (específicamente, cuotas o límites de captura de especies migratorias) entre Australia y Nueva Zelanda por una parte, y Japón por la otra⁹². Este caso constituye en la actualidad un referente paradigmático en varios aspectos, algunos de los cuales pasamos a revisar a continuación.

Este conflicto fue referido ante un tribunal arbitral constituido de acuerdo con el artículo 287 de la Convención mencionada⁹³, disposición que le otorga a las partes la libertad de elección entre las cuatro alternativas que contempla⁹⁴. Previamente, los reclamantes solicitaron medidas provisionales ante el Tribunal de Derecho del Mar, las

⁹² *The Southern Bluefin Tuna Case*. Australia and New Zealand v. Japan. ITLOS, 2000.

⁹³ Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Montego Bay, 1982), artículo 287: “Al firmar o ratificar esta Convención o al adherirse a ella, o en cualquier momento ulterior, los Estados podrán elegir libremente, mediante una declaración escrita, uno o varios de los medios siguientes para la solución de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención: a) el Tribunal de Derecho del Mar constituido de conformidad con el Anexo VI; b) la Corte Internacional de Justicia; c) un tribunal arbitral constituido en conformidad con el Anexo VII; d) un tribunal arbitral especial constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican”.

⁹⁴ Debido a que no existió acuerdo entre las partes en la elección de consuno de un medio de arreglo de disputas, Australia y Nueva Zelanda decidieron unilateralmente someter la

que fueron concedidas al estimar éste “*prima facie*” que disfrutaba de jurisdicción para dicho efecto⁹⁵.

Por su parte, Japón objetó la jurisdicción del tribunal arbitral estatuido conforme al Anexo VII de la Convención argumentando que la disputa no debía ser compuesta de acuerdo con los preceptos de la CONVEMAR sino que debía dársele primacía a la solución mediante un instrumento que contenía un procedimiento específico, primero de naturaleza diplomática y luego jurisdiccional, encontrado en un acuerdo pesquero regional vigente entre las partes. Dichas instancias, en opinión japonesa, debían ser agotadas al tenor del artículo 16 de dicho acuerdo regional de conservación, por tratarse de una lex “*posteriori*” y “*especialis*”⁹⁶.

En tal sentido, señala el párrafo 47 del fallo del tribunal arbitral:

“Lo que divide profundamente a las partes es si la disputa se encuentra gobernada solamente por la Convención de 1993, o si también resultan aplicables las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar” (traducción propia).

El tribunal arbitral por mayoría de sus miembros aceptó la posición japonesa y resolvió que en virtud del artículo 281 de la Convención, las normas sobre solución de controversias contenidas en los acuerdos regionales específicos (“*Convention for the*

controversia con Japón al procedimiento de arbitraje constituido al amparo del Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

⁹⁵ Es así como pendiente la constitución del panel arbitral las partes reclamantes solicitaron al tribunal la adopción de un conjunto de medidas provisionales de conformidad con el artículo 290 (5) de la Convención, las que les fueron concedidas.

⁹⁶ Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna (1993), cuyo principal aporte fue la creación de una Comisión de Conservación, encargada de establecer y monitorear las prácticas pesqueras. Japón sostuvo que la disputa se refería a la interpretación e implementación de dicha Convención, y no a las disposiciones contenidas en la Convención sobre Derecho del Mar. Previo a la constitución del panel arbitral, el Tribunal de Derecho del Mar en el análisis de las medidas precautorias requeridas por los demandantes desestimó tal argumentación, y se consideró competente. *Southern Bluefin Tuna Case*. Australia and New Zeland v. Japan. Award of 4 August of 2000, p51: “La Convención de Naciones Unidas contiene normas de naturaleza

Conservation of Southern Bluefin Tuna”, vigente desde 1993) debían primar por sobre las estipulaciones del instrumento multilateral (Convención sobre Derecho del Mar, 1982), a pesar de que el acuerdo específico no excluía explícitamente la aplicación de la Parte XV de la Convención de las Naciones Unidas. Adicionalmente, revocó las medidas precautorias ordenadas previamente por el Tribunal de Derecho del Mar⁹⁷. Sancionan los párrafos 49 y 50 de la decisión del órgano arbitral:

“(…) No existe desacuerdo entre las partes de que la disputa cae dentro de las disposiciones de la Convención de 1993. Pero ¿cae también dentro de la jurisdicción de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar?”

“Estos elementos de la disputa (nota: lo relativo a las cuotas de captura de ciertas especies migratorias) caen claramente dentro del mandato de la Comisión de Conservación del *“Southern Bluefin Tuna”*, establecida en la Convención de 1993, vigente entre las partes” (énfasis agregado) (traducción propia).

El tribunal arbitral concluye en el apartado 59 de su resolución que:

“(…) Por todas estas razones, el tribunal concluye que el artículo 16 de la Convención de 1993 *excluye cualquier otro procedimiento* de los contemplados en el artículo 281 de la Convención de Naciones Unidas” (énfasis agregado) (traducción propia).

De esta manera, la línea de razonamiento del tribunal arbitral se asemeja bastante a la planteada por la Corte Permanente en el caso *“Mavrommatis”* (en el sentido de optar por la declinación de jurisdicción a favor de un acuerdo de solución de

general, por lo que no son aplicables a la disputa actual entre las partes (…). Por su parte, la Convención de 1993 constituye *“lex specialis”*.

⁹⁷ Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, artículo 281: “Si los Estados Partes que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o aplicación de esta Convención han convenido en tratar de resolverla por un medio pacífico de su elección, los procedimientos establecidos en esta Parte se aplicarán sólo cuando no se haya llegado a una solución por ese medio y el acuerdo entre las partes no excluya la posibilidad de aplicar otro procedimiento”.

controversias más específico y posterior en términos temporales) litigio que incluso cita en su resolución definitiva.

¿Cuáles son las principales conclusiones que podemos obtener a la luz de lo sentenciado por el tribunal arbitral constituido bajo el Anexo VII de la CONVEMAR, órgano que finalmente optó por denegar jurisdicción en la primera etapa del procedimiento? ¿Por qué declina conocer el caso si anteriormente el Tribunal sobre Derecho del Mar se había considerado competente para decretar las medidas provisionales que los reclamantes le solicitaron? Veamos:

- La principal razón de la disparidad de opiniones entre ambos órganos jurisdiccionales – Tribunal sobre Derecho del Mar (que aceptó la jurisdicción) y el tribunal arbitral (que rechazó seguir conociendo del caso) – radica en la diferencia de estándares que deben satisfacerse en uno y otro procedimiento para que el órgano ejerza jurisdicción sobre la disputa. El Tribunal de Derecho del Mar al ser requerido para ordenar ciertas medidas provisionales debe efectuar un análisis sobre su eventual jurisdicción en base a un criterio mucho menos estricto del que debe realizar el tribunal arbitral (pues no se encarga de resolver el fondo del asunto). Así lo prescribe el artículo 290 párrafo 1 de la CONVEMAR⁹⁸. En este sentido, diferencias de apreciaciones entre uno y otro foro son perfectamente posibles, legítimas y más aún, esperables.
- En segundo término, el tribunal arbitral al cual se requirió su composición conforme al artículo 287 de la Convención sobre Derecho del Mar adoptó un razonamiento similar al empleado por la Corte Permanente de Justicia cuando ésta conoció el caso de las concesiones de “*Mavrommatis*”. En dicha oportunidad, la Corte otorgó primacía a las disposiciones sobre cálculo de indemnización contenidas en un acuerdo específico (el Protocolo de Lausanne), en desmedro de la normativa

⁹⁸ Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, artículo 290 párrafo 1: “Si una controversia se ha sometido en la forma debida a una corte o tribunal que, *en principio*, se estime competente conforme a esta Parte o a la Parte XI, esa corte o tribunal podrá decretar las medidas provisionales que estime apropiadas (...) en espera que se adopte la decisión definitiva” (énfasis agregado).

general contenida en el Mandato de Palestina, ya que le atribuyó el carácter de “*lex specialis*” y “*posteriori*”. En el “*Southern Bluefin Tuna case*”, el tribunal arbitral aceptó la posición japonesa que desconocía su competencia amparándose en el artículo 281 de la CONVEMAR, que establece que “(...) los procedimientos establecidos en esta Parte se aplicarán sólo cuando no se haya llegado a una solución por ese medio (...)”. Se refiere a los mecanismos de solución establecidos por las partes, en este caso, las normas contenidas en la “*Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna*” (1993), cuyo artículo 16 establece las normas sobre solución de controversias entre los Estados ratificantes. Así, denegó jurisdicción indicando que debía procederse previamente conforme al instrumento regional cuyo contenido estimó como más específico, además de ser temporalmente posterior.

- Ninguno de los dos posibles mecanismos de solución de controversias vigentes entre las partes – CONVEMAR y Convención de conservación – designan a órganos con competencia exclusiva para conocer de las disputas que surjan en relación con su interpretación e implementación. Al tratarse, entonces, de dos jurisdicciones concurrentes, el tribunal arbitral denegó jurisdicción favor de los restantes mecanismos, dándoles a éstos la debida primacía (“*lex specialis*” y “*posteriori*”).

5.- CONCLUSIONES PRELIMINARES

El presente Capítulo ha analizado en profundidad el rápido proceso de proliferación de órganos judiciales internacionales, que ha tenido lugar desde la creación de la Corte Internacional de Justicia y que se ha intensificado en los últimos veinte años. Un órgano judicial, en opinión doctrinaria, comprende tanto a cortes como a tribunales, reservándose la primera expresión para aquellos de naturaleza permanente, y la segunda para los que son establecidos “*ad hoc*” para el conocimiento

de una disputa específica. La característica más importante es que la decisión que se pronuncia es obligatoria para las partes que se sometieron al procedimiento judicial, lo que lo diferencia de los medios diplomáticos de solución de controversias en los cuales el cumplimiento de la decisión a la que se arriba (si es que existe) queda entregada a la voluntad y honor de los Estados en discordia.

Según Abi Saab, la proliferación ha puesto en el tema central de la discusión al menos dos importantes materias: los posibles conflictos jurisdiccionales entre diferentes foros y el riesgo inherente de que al iniciarse más de un procedimiento al existir varios foros disponibles para zanjar la misma disputa, se dicten decisiones inconsistentes al incurrirse en múltiples procedimientos.

Por otro lado, se han expuesto las distintas posturas encaminadas a determinar las causas para que el aumento de cortes y de tribunales haya tomado lugar. Para Romano, las razones se resumen en las siguientes: expansión del derecho internacional hacia áreas que tradicionalmente le fueron ajenas; fin del bipolarismo, lo que ha posibilitado la creación de nuevos organismos de integración regionales; y la multiplicación de los acuerdos regionales de liberalización del comercio (más intercambio comercial trae necesariamente consigo un aumento en el número de las diferencias). Charney intenta una explicación tomando en consideración aspectos más prácticos que políticos: mayor control sobre los miembros de foro; existencia de paneles de expertos; y la necesidad de comparecencia judicial de actores no estatales.

Además, se ha revisado el extenso e intenso debate sobre si la proliferación de tribunales y cortes internacionales resulta positiva o negativa, más aún considerando la manera desordenada y no jerárquica en que se ha producido. En resumen, no hay dudas de que el análisis encierra aspectos valorables y otros perjudiciales. Por un lado, los peligros para la coherencia del sistema jurídico internacional acrecentados por la falta de armonización existentes entre los actores judiciales, y por el otro, la generación de una verdadera “cultura del litigio” que evita las tentaciones de recurrir a métodos

que pudieren amenazar la paz y la seguridad internacionales, para aquellas situaciones más graves.

La última parte nos introduce en el tema central de la presente investigación: los conflictos jurisdiccionales (que presuponen la existencia de varios órganos internacionales con competencias superpuestas) y las reglas jurídicas a través de las cuales se intenta garantizarles solución. Si una determinada disputa de derecho internacional puede ser conocida y resuelta por más de un foro disponible, los Estados involucrados intentarán referirla a aquél que consideren como el más conveniente para sus intereses. Se da paso a la práctica del *“forum shopping”* y al nacimiento y ejercicio de verdaderas tácticas de litigación, conductas que pueden derivar en ejercicio abusivo del derecho de opción de foro. Es imperativo, entonces, clarificar la situación de la elección de foro y de los múltiples procedimientos (paralelos o sucesivos), a partir del estudio de las denominadas “reglas tradicionales de regulación de la jurisdicción”: cláusula *“electa una via”*, la *“lis alibi pendens”* (litispendencia), y la *“res iudicata”* (cosa juzgada). El estudio particular de estas tres reglas ha quedado reservado para el apartado siguiente.

Lo más conveniente será que los propios Estados convengan normas procedimentales que dirijan la elección del foro. Ello puede tomar lugar a través de acuerdos *“ad hoc”* denominados compromisos, cláusula compromisorias incorporadas en tratados internacionales, o mediante la celebración de tratados generales de solución de disputas. En los casos analizados se discutió el efecto de la superposición de acuerdos diferentes que concedían jurisdicción a distintos foros judiciales internacionales. La Corte Internacional de Justicia, en general, recurrió a la antigua regla de derecho que da primacía a la *“lex specialis”* y a la *“lex posteriori”* por sobre regulaciones generales y anteriores en el tiempo.

Parte III

REGLAS JURÍDICAS QUE REGULAN LA EXISTENCIA DE MÚLTIPLES
PROCEDIMIENTOS:
ELECTA UNA VIA, LIS ALIBI PENDENS Y RES IUDICATA

I. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES SEGUIDOS ANTE DIFERENTES CORTES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Debido a la actual existencia de varios órganos judiciales internacionales disponibles para resolver controversias interestatales, y a la manera descordinada en que estos foros han sido establecidos (según lo señalamos, muchas veces de manera independiente unos de otros), la potencialidad de que una determinada disputa caiga dentro de la jurisdicción de más de un tribunal o corte constituye en la actualidad un fenómeno indesmentible. La capacidad de los Estados de llevar una diferencia específica ante más de un foro, ya sea de manera simultánea o sucesiva, levanta importantes objeciones. La certeza jurídica se ve amenazada, al tiempo en que se mina la coherencia sistémica.

En derecho internacional, la multiplicidad de procedimientos puede adoptar las siguientes dos variantes:

- **Procedimientos paralelos:** Constituyen una particular manifestación de múltiples procedimientos, cuyo rasgo diferenciador es que penden de manera simultánea. Sólo se ha presentado un escaso número de situaciones en las cuales hemos estado en presencia de esta clase de procedimientos, por ejemplo, la reciente disputa entre Chile y la Comunidad Europea a propósito de la captura en aguas internacionales del pez espada. Dicha controversia dio origen a dos procedimientos ante diferentes foros, de manera simultánea: uno ante el mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, incoado a instancias de los europeos⁹⁹; y otro ante el Tribunal sobre Derecho del Mar, litigio originado a raíz del

⁹⁹ *Chile – Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish*. Case N° WT/DS193/1. Complaint by the EC.

reclamo de Chile¹⁰⁰. Los procedimientos paralelos son considerados como perjudiciales para la certeza jurídica, por el riesgo de alcanzar decisiones incompatibles y eventualmente contradictorias. Para evitar su ocurrencia, se contempla la regla de la “*lis alibi pendens*” o de la litispendencia y de la “*electa una via*” o de la elección de una alternativa.

- **Procedimientos sucesivos:** Segunda variante de los múltiples procedimientos, originados cuando a pesar de haberse emitido un pronunciamiento definitivo respecto de una disputa específica por parte de un órgano judicial competente, tiene lugar un nuevo procedimiento ante un foro distinto (o ante el mismo), destinado a modificar el contenido de la sentencia o del laudo anterior. Para impedir que esta situación se presente, se consagra la regla de la “*res iudicata*” o de la cosa juzgada y de la “*electa una via*”.

Es la potencialidad de acaecimiento de estas dos situaciones las que hacen necesario el estudio de las normas contenidas en instrumentos jurídicos internacionales cuya finalidad es la regulación del ejercicio de la función jurisdiccional de los órganos judiciales existentes en dicho nivel, en estas materias.

Existen tres reglas a través de las cuales las cláusulas que regulan la función jurisdiccional – presentes en instrumentos bilaterales o multilaterales – abordan la ocurrencia de múltiples procedimientos, sean éstos paralelos y/o sucesivos. Se trata de la inclusión normativa de las reglas de la litispendencia, cosa juzgada y de la cláusula “*electa una via*” (elección de una alternativa, también denominada cláusula de exclusión de foro), las que recibirán aplicación en diferentes espacios temporales, a saber:

- “***Lis alibi pendens***”: La regla de la litispendencia procura impedir el surgimiento de múltiples procedimientos sólo durante la pendencia del primero de los

¹⁰⁰ *Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South Eastern Pacific Ocean*. Chile v. EC. ITLOS, 2001.

procedimientos iniciados temporalmente. Si éste hubiere finalizado, no obstaculiza la iniciación de un nuevo litigio. De esta forma, ataca los procedimientos paralelos y no los sucesivos.

- **“Res iudicata”:** Esta regla actúa como barrera respecto de un nuevo procedimiento, sucesivo en el tiempo, siempre y cuando el primero de ellos en términos temporales se encuentre concluido por la dictación de la providencia definitiva. Se refiere entonces a los procedimientos sucesivos y no a los paralelos.
- **“Electa una via”:** Esta cláusula tiene una potencial aplicación temporal más amplia que las anteriores, ya que puede inhibir múltiples procedimientos incluso si el primero ya ha sido iniciado (siendo indiferente su estado de avance). Así, abarca tanto procedimientos paralelos como sucesivos. Combina los efectos de las reglas precedentes, coincidiendo en parte con lo señalado a propósito de la elección limitada de foro.

Por razones lógicas, respecto de las dos primeras reglas enunciadas la alegación de una de ellas excluye la invocación de la otra, no pudiendo entonces entablarse ambas defensas de manera simultánea (puesto que reciben aplicación en distintos espacios temporales).

Anteriormente, señalamos que existen ciertos acuerdos internacionales que contiene cláusulas que otorgan jurisdicción exclusiva a un determinado órgano judicial internacional para que sea éste quien conozca de las controversias que surjan entre las correspondientes partes. Para Shany, al estar en presencia de esta clase de instrumentos no será necesaria la estipulación adicional de estas tres reglas, toda vez que ello resultará redundante ya que no existirá un procedimiento alternativo disponible para que las partes recurran a zanjar su disputa. De esta forma su inclusión dependerá

del hecho de que ambas partes, o a lo menos una de ellas, se encuentre legitimada para practicar “*forum shopping*”, aunque fuere de manera limitada¹⁰¹.

Si bien la jurisprudencia es escasa, de todos modos es posible identificar algunas situaciones que ilustran la aplicación práctica de las estipulaciones en comento.

2.- CLÁUSULA “*ELECTA UNA VIA*”

Se trata de circunstancias en las cuales las partes sujetas a una controversia disponen de más de un foro para referir la disputa, correspondiéndole la elección a la parte demandante (salvo autorización para actuar de consuno). En estos casos, una vez escogido el foro, éste pasará a gozar de jurisdicción exclusiva, excluyéndose de este modo la posibilidad de recurrir ante otro de los disponibles. Aquella es su principal característica, por lo que parte de la doctrina, como veremos, la denomina indistintamente como “cláusula de exclusión de foro”. Según se aprecia, guarda estrecha vinculación con lo señalado a propósito de la “elección de foro”, específicamente al tratar las cláusulas de elección limitada. Por ello, sólo haremos un análisis complementario.

La mayoría de las disposiciones relativas a la “elección de una alternativa” se encuentran en regulaciones relacionadas con la protección de los derechos fundamentales, principalmente por las similitudes en cuanto a los derechos consagrados en los distintos instrumentos que gobiernan la materia. Por ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 35 (2) dispone lo siguiente:

“La Corte *no conocerá ninguna materia que haya sido sometida* bajo el artículo 34 (nota: solicitudes individuales) que: b) *se refieran sustancialmente a*

¹⁰¹ **SHANY, Yuval.** *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals.* International Courts and Series. Oxford University Press. (Oxford, 2003). 212p (traducción propia).

las mismas materias que ya hayan sido examinadas por la Corte, o que hayan sido sometidas a otro procedimiento de investigación internacional o de arreglo, que no contenga información nueva que sea relevante” (énfasis agregado)¹⁰².

Según la normativa, se busca impedir el conocimiento por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos de cualquier solicitud individual que, referida a las mismas materias, ya haya sido examinada o resuelta por la Corte, o conocida a través de un medio de investigación internacional o de arreglo, siempre y cuando no contenga información nueva que sea relevante. Así, esta disposición obstaculiza el surgimiento tanto de procedimientos paralelos como de juicios sucesivos (la cláusula “*electa una vía*” combina los efectos de las otras dos reglas).

Debido a que en los procedimientos relativos a los derechos humanos – independientemente del régimen específico al que hagamos referencia – tiene gran injerencia la existencia de mecanismos cuasi judiciales (como las Comisiones de Derechos Humanos), su estudio será abandonado al no corresponder a genuinos órganos judiciales internacionales.

2.1.- Cláusula “*Electa una Vía*” Incorporadas en Acuerdos Internacionales

Fuera de la esfera de protección de los derechos humanos, encontramos importantes estipulaciones que consagran la elección de una alternativa. A nivel de acuerdos regionales de integración económica los más representativos son, a nuestro juicio, los siguientes:

- **Artículo 2005 (6) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA):**

¹⁰² Convención Europea de Derechos Humanos (1950), artículo 35 (2).

“Una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al artículo 2007 o bien uno conforme al GATT, *el foro seleccionado será excluyente del otro*, a menos que una Parte presente una solicitud de acuerdo con los párrafos 3 ó 4” (énfasis agregado)¹⁰³.

Esta disposición fue mencionada con anterioridad pues plasma lo que se conoce como “elección limitada de foro”. Lo fundamental de esta normativa es que permite a las partes disputantes escoger ante cuál de los dos mecanismos propuestos – el sistema del GATT/OMC o el propio del NAFTA – referirán la controversia. No obstante, una vez que la elección ha sido efectuada, el foro seleccionado pasará a gozar de jurisdicción exclusiva, lo que impedirá que se acuda posteriormente (de manera simultánea o sucesiva) ante el otro de los órganos, el no escogido.

- **Artículo 1 (2) del Protocolo de Olivos, que regula la solución de controversias al interior del Mercado Común del Sur (MERCOSUR):**

Se trata de disputas surgidas entre los Estados Miembros del MERCOSUR, cuyo rasgo esencial es que pueden ser sometidas a la maquinaria de solución de controversias propia del Mercado, al sistema de la OMC (en el entendido de que los Estados miembros del régimen regional son también partes del sistema universal), o a otros procedimientos respecto de los cuales sean parte los Estados del MERCOSUR individualmente considerados. En estos casos, la controversia podrá ser llevada ante cualquiera de los tres sistemas mencionados, correspondiéndole la elección de foro al Estado demandante, pudiendo no obstante y en todo caso convenirse el foro de común acuerdo entre los disputantes. Una vez que el procedimiento ha sido requerido, éste tendrá jurisdicción exclusiva: he ahí el efecto de la cláusula “*electa una via*” (disposición transcrita en páginas anteriores).

¹⁰³ North America Free Trade Agreement (1992), artículo 2005 (6).

- **Artículo 19.04 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los países Centroamericanos:**

Señala la disposición, cuyo epígrafe es “Solución de Controversias Conforme al Entendimiento”:

1. “Las controversias que surjan en relación con lo dispuesto en este Tratado y en el Acuerdo sobre la OMC o en los convenios negociados de conformidad con este último, podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante”.
2. “Una vez que una Parte haya solicitado la integración de un grupo arbitral conforme al artículo 19.08, o bien, haya solicitado la integración de un grupo especial conforme al artículo 6 del Entendimiento, *el foro seleccionado será excluyente de cualquier otro*” (énfasis agregado)¹⁰⁴.

Como se aprecia, el Acuerdo reitera la fórmula ya conocida y mencionada. Las Partes disputantes pueden escoger – originada que sea una controversia – referirla al sistema de solución de conflictos de la Organización Mundial del Comercio, o bien al procedimiento que el propio Tratado en el articulado pertinente contempla. La elección de foro corresponde a la parte que demanda. No obstante, una vez hecha la elección ya sea solicitando la composición de un grupo arbitral conforme al Tratado o a través de la petición de establecimiento de un grupo especial conforme al Entendimiento (OMC), el foro seleccionado será excluyente del otro, y de cualquiera que pudiere ser igualmente competente conforme a algún otro instrumento jurídico internacional.

En otro Acuerdo de Libre Comercio suscrito por Chile esta vez con la Comunidad Europea, también es posible identificar una cláusula de exclusión de foros o cláusula “*electa una via*”, debido a que el mecanismo propio que contempla el instrumento se superpone con el sistema de solución de disputas contemplado por la OMC. Se señala que una vez efectuada la elección del procedimiento de solución de

controversias requiriendo al foro respectivo, los restantes disponibles quedarán excluidos de su potencial jurisdicción sobre el asunto. Es decir, el Tratado “reconoce la opción de las partes de intentar resolver la disputa a través de los medios diseñados por el Acuerdo, señalando que una vez recurrido a uno de los mecanismos, se excluye la posibilidad de recurrir a otro, lo que se denomina comúnmente “cláusula de exclusión de foros”¹⁰⁵.

Otra normativa importante de destacar la encontramos en la Declaración del Gobierno de Argelia que estableció el Tribunal de Reclamación entre Estados Unidos e Irán (1981), una vez finalizada la llamada “crisis de los rehenes” que afectó al personal diplomático y consular norteamericano que cumplía labores en la ciudad persa de Teherán¹⁰⁶. Se trata de una regla diferente a las otras, puesto que se hace cargo de la cuestión de la elección de foro de manera inversa a la forma en que lo hace el resto de los instrumentos. Así, describe los efectos de la adjudicación ante el foro requerido en relación con la jurisdicción del resto de las cortes y tribunales internacionales, siendo la situación más ordinaria abordar la regulación al revés, esto es, estipulando los efectos de la litigación ante un foro alternativo respecto de la jurisdicción del segundo de los órganos requeridos temporalmente.

Señala la Declaración de Argelia en su artículo VII (2):

“Una vez que un reclamo ha sido referido al Tribunal, *éste queda excluido de la jurisdicción de las Cortes de Irán o de los Estados Unidos, o de cualquier otra Corte*” (énfasis agregado) (traducción propia).

A pesar de la particularidad mencionada, las consecuencias de la adopción de la normativa transcrita son similares a las de los restantes ejemplos mencionados. Una

¹⁰⁴ Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile (1999), Capítulo 19 artículo 19.04.

¹⁰⁵ **DELPIANO LIRA, Cristián.** *La Cláusula de Exclusión de Foros en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y la Unión Europea en el Mecanismo de Solución de Controversias de la OMC.* Revista Chilena de Derecho. Volumen 3 N°2, año 2006. 262p.

vez requerido el Tribunal de Reclamación para el conocimiento de un asunto que se encuentre dentro de la esfera de su competencia, éste no podrá ser remitido ni a los tribunales internos de ambos países, ni a cualquier otra corte o tribunal existente (nacional o internacional). Es decir, una vez solicitada la intervención del tribunal interestatal, pasará éste a gozar de jurisdicción exclusiva respecto de la disputa cuyo examen se le ha requerido.

2.2.- Reservas a la Cláusula “*Electa una Via*”

En aquellos casos en los cuales los instrumentos constitutivos de tribunales y cortes internacionales no contienen normas positivas relativas a la cláusula de exclusión de foro, algunas reservas introducidas por los Estados que otorgan jurisdicción a dichos órganos pueden servir como fundamento de construcción (fuente) alternativo de la regla.

Un claro ejemplo lo encontramos en la declaración del Estado de Malta efectuada al amparo de lo prescrito en el artículo 36 (2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (mecanismo de la cláusula opcional). Dice la declaración maltesa que contiene la reserva:

“La Corte *tendrá jurisdicción obligatoria* respecto de disputas diferentes a aquellas (...) respecto de las cuales hayan tomado lugar o estén tomando lugar procedimientos de arbitraje o judiciales, respecto de cualquier Estado que, a la fecha del comienzo de los mencionados procedimientos, no hubiera aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia” (énfasis agregado) (traducción propia)¹⁰⁷.

¹⁰⁶ *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran*, 19 Jan. 1981 (artículo VII párrafo 2).

¹⁰⁷ *Declaration of the Government of Malta under Art. 36 (2) of the ICJ Statute* (1966).

En otras palabras, la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia efectuada por Malta y por otros Estados como el Reino Unido bajo el mecanismo de la cláusula opcional ha excluido de la competencia de la Corte aquellas controversias respecto de las cuales haya sido iniciado otro procedimiento de arreglo de disputas, con independencia de si ese otro procedimiento se encuentra pendiente o ya ha sido concluido por la dictación de una providencia definitiva.

Sin embargo, estas declaraciones unilaterales han limitado su alcance a situaciones en las que las partes que intentan valerse de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia no hubieren efectuado una declaración bajo el mecanismo de la cláusula opcional al momento en el cual el primero de los procedimientos en el tiempo haya sido iniciado.

Finalmente, es común señalar que las medidas de elección de foro encontradas en tratados multilaterales y bilaterales relativos a inversión, y en leyes internas sobre la misma materia, en los cuales se le otorga la facultad al inversionista de escoger entre varios procedimientos de solución de controversias (como el CIADI, cortes domésticas o las reglas de la UNCITRAL), constituyen normas de *“electa una via”* en el entendido de que suele estipularse en tales instrumentos que la elección de uno de los mecanismos excluye la aplicación de todos los restantes procedimientos disponibles.

3.- LITISPENDENCIA

Hasta ahora hemos hecho hincapié en reiteradas ocasiones en los problemas que se generan cuando se incurre en múltiples litigaciones ante diferentes foros, de manera simultánea o paralela. Existe acuerdo en que si no existe la debida coordinación entre los diferentes procedimientos, constituye un fenómeno negativo. En

respuesta a esta realidad fáctica, la totalidad de los sistemas jurídicos nacionales han incluido la regla de la litispendencia con las respectivas particularidades que cada orden jurídico presenta. En la esfera del derecho internacional, la *“lis alibi pendens”* sólo recibirá aplicación en aquellos casos en los cuales estemos en presencia de verdaderas contiendas jurisdiccionales y no meramente frente a procedimientos relacionados: ambos procesos deben seguirse entre las mismas partes, referirse a los mismos hechos y decir relación con los mismos reclamos jurídicos.

Existen escasas normas jurídicas internacionales que contemplan de manera explícita la regla de la litispendencia en los instrumentos constitutivos de cortes y tribunales internacionales, esto es, medidas que impidan el surgimiento de procedimientos paralelos (por ende, simultáneos) emanados de los mismos hechos y entre las mismas partes. Un buen ejemplo lo podemos encontrar en el Protocolo Opcional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 5 (2) prescribe que:

“El Comité *no considerará* ninguna comunicación individual, a menos que se asegure que (a) la misma materia no está siendo examinada bajo otro procedimiento de investigación internacional o de arreglo” (énfasis agregado)¹⁰⁸.

A diferencia de lo contemplado en otros instrumentos internacionales como la Convención Europea de Derechos Humanos que impide cualquier forma de surgimiento de múltiples procedimientos (sean éstos paralelos o sucesivos), la disposición transcrita sólo prohíbe el acaecimiento de procedimientos paralelos, y no rechaza explícitamente el recurso ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas después de que el reclamo haya sido sometido a un mecanismo diferente de resguardo de los derechos humanos¹⁰⁹. En todo caso, lo importante es destacar la concreción clara de la regla de la litispendencia en el instrumento señalado, al ordenarle al Comité que antes de recibir una comunicación individual se asegure de que dicho reclamo no se encuentra paralelamente siendo examinado por otro procedimiento internacional de arreglo de disputas.

¹⁰⁸ Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 5 (2).

¹⁰⁹ SHANY, Yuval. En op.cit. 218p (traducción propia).

Fuera de la esfera de los derechos humanos, podemos identificar algunas normas que hacen referencia a procedimientos paralelos, sin que sea la pretensión de este estudio el análisis de la totalidad de los cuerpos jurídicos internacionales al respecto. Debemos sí tener presente que debido a que varios instrumentos han investido con jurisdicción exclusiva a ciertos tribunales y cortes internacionales, no se justifica el que además contengan normas sobre procedimientos paralelos (pues no existirá otro foro alternativo disponible para conocer de la misma controversia), lo que dificulta la identificación positiva de la regla.

Podemos mencionar las siguientes normas:

- **Artículo 14 (3) (a) del Acuerdo Norteamericano de Cooperación Medioambiental:**

En este texto se encuentra una interesante disposición sobre la regla de la litispendencia que se hace cargo de la superposición de jurisdicciones entre procedimientos internacionales judiciales o administrativos. Señala la norma:

“El Estado demandado informará a la Secretaría de la Comisión Norteamericana de Cooperación Medioambiental *si la materia está siendo sujeta a otro procedimiento judicial o administrativo pendiente*, caso en el cual la Secretaría *no proseguirá adelante*” (énfasis agregado) (traducción propia)¹¹⁰.

El Acuerdo le impone al Estado demandado la obligación de informar a la Secretaría de la Comisión la existencia de un procedimiento paralelo, sea éste en sede judicial o administrativa, relativo a los mismos acontecimientos. De comprobarse dicha situación, el procedimiento ante la Comisión estará impedido de proseguir desarrollándose.

¹¹⁰ North American Agreement on Environmental Cooperation (1993), artículo 14 (3) (a).

A pesar de involucrar la acción de un órgano cuasi judicial, lo que nos interesa para efectos del presente trabajo es que dicha disposición ha sido recientemente aplicada en un caso en el cual se intentó bloquear dos procedimientos paralelos, uno llevado ante la Secretaría de la Comisión y el otro seguido ante el procedimiento de arbitraje contemplado en el Capítulo 11 del NAFTA¹¹¹. Debido a que el artículo 14 (3) (a) del Acuerdo Norteamericano de Cooperación Medioambiental sólo impone como requisitos para la alegación de la litispendencia el hecho que los dos procedimientos paralelos involucren la misma materia, no se le atribuyó importancia a las circunstancias de que las partes de ambos litigios no fuesen estrictamente las mismas, ni a que el objeto del litigio no fue idéntico. El Acuerdo opta, de este modo, por una construcción amplia de la regla.

- **Artículo 47 (3) del Estatuto de la Corte Europea de Justicia:**

Si bien el instrumento constitutivo de la Corte Europea de Justicia no contiene ninguna norma relativa a la *“lis alibi pendens”*, ya que la jurisdicción de la Corte es exclusiva, su Estatuto contiene una regla de regulación de procedimientos paralelos en el artículo 47 (3), que se hace cargo de la relación entre los dos órganos que conocen de las dos instancias del procedimiento: la Corte Europea de Justicia y la Corte de Primera Instancia. Dice la norma:

“Mientras la Corte de Justicia y la Corte de Primera Instancia estén conociendo casos en los cuales el mismo auxilio es solicitado, el mismo tema de interpretación es referido, o la validez del mismo acto es puesta en cuestión, *la Corte de Primera Instancia puede*, después de oír a las partes, *mantener los procedimientos ante ella*, hasta el momento en que la Corte de Justicia pronuncie su resolución definitiva. Si las demandas son entabladas para que el mismo acto sea declarado nulo, *la Corte de Primera Instancia puede declinar su jurisdicción* para que la Corte de Justicia resuelva tales requerimientos. En los casos a los que se hace referencia en este sub párrafo, la Corte de Justicia

también puede decidir continuar con los procedimientos seguidos ante ella; en tales casos, los procedimientos ante la Corte de Primera Instancia se mantendrán” (énfasis agregado) (traducción propia)¹¹².

Desglosando la disposición citada, importante resulta efectuar dos comentarios: en primer lugar, el Estatuto le otorga la facultad a la Corte de Primera Instancia (el texto original señala “*may*”) para que luego de recibir los planteamientos efectuados por las partes, continúe con el procedimiento que paralelamente se ventila ante la Corte de Justicia Europea, hasta el momento en que esta última pronuncie su resolución definitiva. Ello no ocurre tratándose de dos procedimientos simultáneamente en pendencia cuyo objetivo preciso es la declaración de nulidad de un determinado acto, caso en el cual la Corte de Primera Instancia puede declinar su jurisdicción para que sea la Corte de Justicia la que resuelva tales requerimientos. En segundo lugar, no se trata de una regla de litispendencia en sentido estricto, puesto que como señalamos la jurisdicción de la Corte de Justicia es exclusiva. No pretende hacerse cargo de los efectos del surgimiento de procedimientos paralelos seguidos ante diferentes foros judiciales (uno de ellos la Corte Europea de Justicia). Es una disposición que establece reglas sobre las relaciones entre los dos órganos que componen las dos instancias del sistema judicial de la Comunidad Europea, cuando éstos se encuentran conociendo litigios relativos a los mismos acontecimientos, de manera simultánea.

- **Artículo 17 (a) del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional:**

No se trata de una regulación que se aplique en casos de conflictos interestatales, sino en aquellos en que se persigue la responsabilidad individual por violaciones al derecho internacional humanitario. La normativa se denomina “Cuestiones de Admisibilidad” y se encarga además de consagrar la regla de la

¹¹¹ *Methanex Corp. v. US*. Determination of 30 June 2000. CEC Secretariat.

¹¹² Protocol on the Statute of the Court of Justice of the European Economic Community (1957), modificado por la Decisión del Consejo 88/591 de 1989.

litispendencia, de establecer el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte (el que también se recoge en otras disposiciones del Estatuto). Dice el artículo 17 (a):

1. “La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del Preámbulo y el artículo 1, resolverá la *inadmisibilidad* de un asunto cuando:
 - a. “El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él (...)” (énfasis agregado)¹¹³.

Como se aprecia, la Corte Penal Internacional se encuentra obligada a declarar inadmisibile un asunto cuando éste sea actualmente objeto de una investigación o enjuiciamiento en alguno de los Estados que tiene jurisdicción sobre él. De esta manera, se destaca el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte, en el entendido de que ésta sólo podrá entrar en el conocimiento de hechos respecto de los cuales no se estuviere paralelamente siguiendo un procedimiento al interior de alguno de los Estados competentes para efectuarlo (por ejemplo, el Estado del lugar en que acaecieron los hechos que se pretenden sancionar). Esta norma en conjunto con el artículo 20 del Estatuto (mencionado más adelante a propósito de la cosa juzgada) concretizan la mencionada complementariedad de la jurisdicción de la Corte respecto de los tribunales y cortes internos.

• **Artículo 8 del Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda:**

El artículo lleva por epígrafe “Jurisdicción Concurrente”, siendo su finalidad establecer una regulación entre la jurisdicción del Tribunal “*ad hoc*” y las jurisdicciones nacionales del resto de los Estados. Dice la normativa:

1. “El Tribunal Internacional para Ruanda y los tribunales nacionales *tendrán jurisdicción concurrente* para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves al derecho internacional humanitario en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda por violaciones de

esa naturaleza cometidas entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”.

2. “El Tribunal *tendrá primacía* respecto de los tribunales nacionales de todos los Estados Miembros. En cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional para Ruanda podrá presentar oficialmente a los tribunales nacionales una *petición de inhibitoria de jurisdicción* de conformidad con el presente Estatuto” (énfasis agregado) (traducción propia)¹¹⁴.

La disposición presenta algunas importantes diferencias respecto de la normativa sobre litispendencia contenida en el Estatuto de Roma antes transcrito. Tratándose de la regulación de la Corte Penal Internacional, ésta establece el carácter complementario de su jurisdicción respecto de los órganos judiciales nacionales, en lo que dice relación del castigo a los responsables de los actos que el Tratado detalla. Esto es, la Corte deberá declarar la inadmisibilidad de un asunto si es que éste se encuentra paralelamente siendo sujeto de enjuiciamiento en el territorio de alguno de los Estados que tienen también jurisdicción sobre la violación. En cambio, el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda contempla la posibilidad de que se presente una jurisdicción del tipo concurrente (paralela, simultánea) entre éste órgano judicial y los tribunales internos (nacionales) con jurisdicción sobre los mismos asuntos. Ello implica que una misma cuestión puede estarse ventilando paralela y simultáneamente ante dos foros diferentes: el tribunal internacional y las cortes internas, sin que pueda alegarse litispendencia (pese a la reunión de sus requisitos tradicionales de aplicación). No obstante, al mismo tiempo, señala el Estatuto que será el tribunal “*ad hoc*” el que gozará de primacía respecto del resto de los foros, lo que lo habilita para que en cualquier etapa del procedimiento presente ante los tribunales nacionales una petición de inhibitoria de jurisdicción, para que éstos se abstengan de seguir adelante con el

¹¹³ Rome Statute of the International Criminal Court (Roma, 1998), artículo 17 (a).

¹¹⁴ Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Others Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwanda Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations

procedimiento. Se le atribuye, por ende, prioridad a su labor en desmedro de las investigaciones realizadas por las jurisdicciones nacionales, también potencialmente competentes, y no se contempla regla de la litispendencia sino una regla de preferencia.

3.1.- Aplicación de la Regla de la Litispendencia por los Tribunales y Cortes Internacionales

Han habido importantes instancias en las cuales la cuestión de la litispendencia ha sido ventilada en sede judicial, radicándose los asuntos ante diferentes cortes y tribunales internacionales. Algunos de ellos dicen relación con precedentes pronunciados por órganos judiciales contemporáneos, mientras otros se remontan a dictámenes emitidos por la Corte Permanente de Justicia Internacional, primera corte en la que se planteó la discusión. Lo interesante es que en varias de las situaciones el órgano jurisdiccional conocedor del litigio no contó con una normativa positiva específica para aplicar. De ahí la riqueza de los razonamientos comentados.

3.1.1.- Precedentes de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia: “*Certain German Interests*”; “*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*”; “*Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*”

El primero de los casos, “*Certain German Interests*”, es el litigio más notable conocido por la Corte Permanente en lo que respecta a la existencia de procedimientos

Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 Jan. 1994 and 31 Dec. 1994. S.C. Res. 955, 8 Nov. 1994, artículo 8.

paralelos relacionados con la misma disputa¹¹⁵. Alemania recurrió a la instancia judicial e inició procedimientos en contra de Polonia producto de una queja originada a raíz de ciertos reclamos por confiscaciones de propiedad que afectaban a ciudadanos alemanes, apropiaciones que el Estado germano consideró como contrarias a derecho.

Al mismo tiempo, de manera paralela, se encontraba pendiente un litigio similar ante el Tribunal Arbitral Mixto Germano – Polaco, razón por la cual Polonia objetó la jurisdicción de la Corte Permanente amparándose precisamente en la regla de la litispendencia. En su escrito de respuesta, Alemania argumentó que a la fecha del procedimiento judicial seguido entre las partes no existía ningún precedente internacional en el cual se hubiese dado aplicación a la *“lis alibi pendens”*, y que aún cuando Polonia pretendiese hacerse valer de tal regla reconocida a nivel interno, no se habían reunido específicamente en el caso las tradicionales condiciones para su aplicación: identidad de partes, misma naturaleza de la disputa, y mismo objeto. ¿Cuáles fueron los argumentos alemanes para rechazar la posición polaca? Específicamente, el que los procedimientos iniciados en contra de Polonia ante el Tribunal Mixto Germano – Polaco habían surgido a instancias de presentaciones efectuadas por litigantes privados, y no por el Estado de Alemania como sí ocurrió en el caso en comento. De esta manera, el requisito de la identidad legal de parte, en opinión alemana, no había sido satisfecho.

Ante los hechos y las alegaciones de las partes, la Corte finalmente no consideró necesario establecer una regla general para la aplicación de la litispendencia en conflictos internacionales. Para resolver el litigio particular sometido a su decisión, se limitó a señalar que no podía haberse originado una verdadera contienda jurisdiccional, debido a las especiales características de ambos litigios. ¿Cuál fue la razón esgrimida? Según la Corte, el hecho de que entre ambos órganos jurisdiccionales existían diferencias en cuanto a su naturaleza, pues pertenecían a distintos niveles judiciales: el Tribunal Arbitral Mixto operaba bajo la esfera del derecho privado doméstico (conocimiento de violaciones de derechos privados), mientras que la

¹¹⁵ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Germany v. Poland. PCIJ, 1925.

Corte Permanente cumplía labores en el marco del sistema jurídico internacional (principalmente, mediante la interpretación de tratados internacionales y del conocimiento de incumplimientos de dichos acuerdos). Por otro lado, los requisitos tradicionales para su aplicación, como dijimos, tampoco habían sido alcanzados.

Dos años más tarde volvió a presentarse una situación similar entre las mismas partes ante la Corte Permanente, en el denominado “*Chorzów Factory case*”¹¹⁶. Nuevamente, la Corte rechazó las alegaciones de Polonia que buscaban evitar su conocimiento del asunto, alegando que carecía de jurisdicción. En todo caso, no invocó la regla de la litispendencia sino la del “*estoppel*”, a pesar de que la posición polaca se fundó en que ésta debía haber sido aplicada.

A pesar de los argumentos del Estado de Polonia en ambos casos mencionados, especialmente en el “*Certain German Interests*”, y de la voluntad inicial de la Corte de efectuar un análisis respecto de si la doctrina de la “*lis alibi pendens*” tiene cabida cuando se está en presencia de procedimientos internacionales, se abstuvo de emitir un pronunciamiento del cual se pudiese extraer algún tipo de conclusión definitiva sobre la materia.

Por el contrario, en donde sí podemos obtener importantes definiciones es en el análisis de una variante de los procedimientos paralelos esta vez no seguidos ante dos foros judiciales, sino cuando éstos involucran la interacción entre un órgano judicial internacional y un órgano político, por ejemplo las Naciones Unidas. Al respecto, existen dos importantes pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia.

El primero de ellos surge del dictamen emitido por la Corte en el caso denominado “*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*”, el que al respecto señala lo siguiente:

¹¹⁶*Factory at Chorzów. Germany v. Poland. PCIJ. 1927 (Jurisdictions).*

“Mientras el artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe expresamente a la Asamblea General hacer cualquier recomendación respecto de una disputa o situación mientras el Consejo de Seguridad está ejerciendo sus funciones respecto de dicha disputa o situación, no se plantea ninguna restricción en relación con el funcionamiento de la Corte” (traducción propia)¹¹⁷.

El otro de los pronunciamientos de la Corte surge de la disputa entre Estados Unidos y Nicaragua, identificada como “*Military and Paramilitary Activities*”, fallo que también contiene una interesante consideración respecto de la posibilidad de aplicación de la litispendencia cuando se siguen dos procedimientos simultáneos, uno judicial y el otro político. Dice el fallo:

“El Consejo de Seguridad tiene asignadas funciones de naturaleza política, mientras la Corte ejerce solamente funciones judiciales. Ambos órganos pueden, en consecuencia, desempeñar sus separadas pero complementarias funciones respecto de los mismos hechos”¹¹⁸.

En ambos casos, la Corte Internacional desestimó la aplicación de la regla de la “*lis alibi pendens*” cuando ésta se encuentra desempeñando funciones paralelamente con las desarrolladas por Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, órgano que ejerce roles de naturaleza eminentemente política y no judiciales. Al efectuar tal diferenciación y a la luz de lo contemplado en el artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas el cual le impide a la Asamblea General inmiscuirse en asuntos relativos a una disputa mientras el Consejo desempeña a su respecto las funciones que le encomienda la Carta, pero no impone restricción alguna para la coexistencia de tales labores con procedimientos judiciales, concluye la Corte que ambas atribuciones – la política y la judicial – pueden ser perfectamente conducidas simultáneamente, de manera separada pero a la vez complementaria, pese a que digan relación con los mismos acontecimientos.

¹¹⁷ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. USA v. Iran. ICJ. 1980.

¹¹⁸ *Military and Paramilitary Activities*. Nicaragua v. USA. ICJ. 1984.

Respecto del reconocimiento de la litispendencia por la Corte Internacional cuando tiene lugar litigios ante dos foros diferentes, no ha existido a la fecha un pronunciamiento concluyente, ni un caso en el cual dicha situación se haya ventilado claramente.

3.1.2.- Jurisprudencia de Otros Tribunales y Cortes Internacionales

Existen algunos casos seguidos ante otros foros judiciales internacionales en los cuales se ha discutido desde distintas perspectivas la cuestión de la litispendencia, aunque resulta aventurado establecer conclusiones definitivas. En un caso reciente llevado ante el Tribunal de Derecho del Mar (“*The Mox Plant Case*”), el juez Treves manifestó una importante opinión: “La existencia y el contenido de una norma de derecho consuetudinario o de un principio general del derecho relativo a las consecuencias de la litispendencia, debería ser discutido en tales situaciones (se refiere a los procedimientos paralelos)¹¹⁹”. Como se aprecia, Treves aboga por el debate, el que lamentablemente a la fecha no ha ocurrido con la intensidad deseada.

Pese a lo señalado, en algunas circunstancias podemos apreciar cierto rechazo hacia su aplicación, cuando a ella se ha hecho referencia. Hacia fines de los años noventa se dio origen a raíz de una diferencia relativa a la interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, a dos procedimientos judiciales distintos seguidos ante la Corte Internacional de Justicia (casos “*Breard*”¹²⁰ y “*La Grand*”¹²¹); y a otro procedimiento llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que ésta pronunciase una opinión consultiva, luego de un requerimiento efectuado por México (Estado que no había otorgado jurisdicción a la Corte

¹¹⁹ *Mox Plant*. Ireland v. UK. ITLOS. 2002. Opinión separada del Juez Treves.

¹²⁰ *Vienna Convention on Consular Relations (Breard)*. Paraguay v. USA. ICJ. 1998. Medidas Provisionales.

¹²¹ *Vienna Convention on Consular Relations (La Grand)*. Germany v. USA. ICJ. 1999. Medidas Provisionales.

Internacional de Justicia)¹²². Los litigios surgieron luego de que varios Estados norteamericanos condenaran a muerte a ciudadanos extranjeros (entre los que se encontraban ciudadanos mexicanos, alemanes y un paraguayo), omitiendo informarles acerca de su derecho a recibir asistencia jurídica de sus respectivas legaciones consulares, tal como lo dispone el artículo 36 párrafo 1 (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En respuesta a la solicitud de opinión consultiva planteada a la Corte Interamericana por México, Estados Unidos requirió a la Corte que se abstuviera de emitir la opinión debido a la pendencia simultánea de otros procedimientos similares ante la Corte Internacional de Justicia. La instancia interamericana, contrario a lo que hubiere resultado razonable esperar, no aludió en su decisión de dar curso al procedimiento al evidente hecho de que no podía acoger la tesis norteamericana ya que no existía identidad de parte en los procedimientos paralelos. Invocó otro fundamento muy relevante e innovador:

“El interés de las Partes del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos en solicitar una guía jurídica, *justifica el ejercicio de la jurisdicción consultiva de la Corte a pesar de la pendencia de procedimientos relacionados* seguidos ante la Corte Internacional de Justicia” (énfasis agregado)¹²³.

La Corte hace referencia a un “interés general” de los Estados Parte del Sistema Interamericano para que ésta ejerza sus funciones consultivas. Este interés no puede ser restringido, en su opinión, por la existencia de uno o varios procedimientos contenciosos seguidos en paralelo ante la Corte Internacional de Justicia. Esta línea de razonamiento sugeriría probablemente que si incluso hubiere podido recibir aplicación la regla de la litispendencia por reunirse las condiciones para ello, debería ser ponderado considerando por un lado los intereses de las partes de la disputa, y por el

¹²² *Opinión Consultiva OC-16-99. El Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido proceso de Ley.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1999.

otro, la consecución de los objetivos del régimen regional de protección de los derechos humanos, los que alcanzan a todos los Estados miembros del sistema, y no sólo a los litigantes.

Otra de las posibles situaciones relevantes de ser analizadas en la cual es posible arribar a conclusiones más decisorias dice relación con la pendencia simultánea de procedimientos ante foros internacionales y ante cortes domésticas, relativos a los mismos hechos. Mencionamos a propósito del caso “*Certain German Interests*” que la Corte Permanente manifestó rechazo hacia la aplicación de la litispendencia cuando los procedimientos se ventilaban simultáneamente ante foros pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos. Esta proposición encuentra apoyo en un reciente caso llevado ante el Tribunal de Derecho del Mar relativo al pronto abandono de una embarcación (“*Camuco Case*”¹²⁴). En este litigio el Estado demandado (Francia) solicitó al Tribunal que declinase su jurisdicción puesto que los mismos hechos se estaban discutiendo paralelamente ante las cortes francesas. El Tribunal de Derecho del Mar desestimó la alegación francesa señalando que la litispendencia no podía recibir aplicación en el mencionado litigio aún cuando sus requisitos estuvieren satisfechos, debido a que se trataba de tribunales que si bien se encontraban conociendo en paralelo, pertenecían a distintos niveles jurídicos. De esta forma, no podría existir una verdadera contienda jurisdiccional entre ambos, por lo que resultaba ilógico impedir la prosecución de uno de los dos procedimientos. El razonamiento del Tribunal se asemeja al de la Corte Permanente en el caso “*Certain German Interests*”, repitiéndose el fundamento esgrimido en ese entonces: la “*lis alibi pendens*” no puede servir como barrera que impida la concurrencia de procedimientos seguidos ante órganos operando bajo distintos regímenes jurídicos, pues entre éstos no existe un genuino conflicto jurisdiccional.

¹²³ Íbid. Párrafo 54 – 64.

¹²⁴ *The Camuco Case*. Panama v. France. ITLOS. 2000.

3.1.3.- Práctica del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversión (CIADI): “Pyramids Case”

En este litigio se reitera la situación de superposición de jurisdicciones entre un foro judicial internacional (CIADI) y una corte doméstica, cuando ante ambos se ventila simultáneamente un procedimiento derivado de los mismos hechos. En el “*Southern Pacific Properties*” (“*Pyramids case*”)¹²⁵ fue rechazada una petición de declinatoria de jurisdicción solicitada al tribunal arbitral del Centro, para que éste se abstuviera de seguir conduciendo la disputa en razón de la pendencia de procedimientos paralelos a nivel interno (Corte Francesa de Casación).

El tribunal arbitral consideró explícitamente que el ejercicio de su jurisdicción no se encontraba limitado por la regla de la litispendencia. Señala el parte del informe del Panel Arbitral:

“Cuando las jurisdicciones de dos tribunales no relacionados e independientes se extienden a la misma disputa, *no existe una regla de derecho internacional que impida* a uno u otro tribunal ejercer su jurisdicción” (énfasis agregado) (traducción propia)¹²⁶.

La decisión es consistente con las mencionadas antes. En todo caso, tiene ciertas particularidades propias¹²⁷. Por ejemplo, se refiere a jurisdicciones concurrentes de dos órganos judiciales no “relacionados e independientes”, sin especificar que éstos deben desarrollar sus labores en un nivel jurídico diferente (internacional y nacional). De esta manera, nada parece indicar que sólo pueda emplearse el razonamiento del

¹²⁵ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Egypt*. ICSID. 1985.

¹²⁶ *Southern Pacific*. Párrafo 129.

¹²⁷ En efecto, el tribunal arbitral finalmente decidió suspender los procedimientos, pero no por la aplicación de la regla de la litispendencia, sino por el reconocimiento de la doctrina del “*comity*” o del “respeto jurídico”. En este sentido, el panel consideró que los tribunales arbitrales tienen un poder inherente para ejercer el “*comity*” hacia otros órganos judiciales (internacionales o nacionales), pudiendo suspender de este modo los procedimientos para que éstos sean continuados por el tribunal que se encuentra conociendo en paralelo.

tribunal arbitral del CIADI a situaciones que involucren únicamente esa clase de contiendas, y no sea posible extrapolarlo a conflictos jurisdiccionales que confronten a cortes y tribunales internacionales (mismo nivel judicial). El dictamen, en ese sentido, serviría como apoyo a la visión de que el derecho internacional no reconoce la regla de la litispendencia en ausencia de regla expresa que la contemple.

En suma, se desprende de la jurisprudencia a la que hemos hecho referencia que no puede aventurarse un pronunciamiento concluyente sobre la existencia de un principio general del derecho internacional que sirva como fundamento para la aplicación de la regla de la litispendencia cuando no existe norma positiva que así lo disponga. A pesar de dicha indefinición, no pueden desconocerse los poderosos argumentos políticos y jurídicos a favor de la consagración de una regla que impida el ejercicio de procedimientos seguidos en paralelo, fundamentalmente por las razones ya conocidas: potencial dictación de sentencias contradictorias o incompatibles entre sí, y la necesidad de promover y resguardar la coherencia del sistema judicial internacional, a pesar de la escasa coordinación entre los foros que de él son parte.

4.- COSA JUZGADA

Denominada también principio de la finalización, la *“res iudicata”* ha sido considerada desde hace mucho tiempo como una regla de derecho internacional. La naturaleza obligatoria de la regla puede ser atribuida a centenarias prácticas que le otorgan un efecto “final y obligatorio” a las resoluciones definitivas pronunciadas en procedimientos judiciales. La estipulación de la cosa juzgada a nivel programático en instrumentos jurídicos internacionales sólo será necesaria cuando el foro que emite el dictamen definitivo no está investido con jurisdicción exclusiva y no tenga aplicación la cláusula *“electa una via”* (en el sentido de la elección de uno de los foros excluye la posibilidad de comparecencia ante los restantes competentes).

Hoy en día, es posible identificar una tendencia por parte de los sujetos de derecho internacional hacia el cumplimiento de las resoluciones judiciales que les empecen. Paralelamente, ha sido postulado por algunos juristas que la cosa juzgada constituiría un principio de derecho internacional, doctrina que encuentra asidero en la práctica de los diferentes órganos judiciales internacionales. De cualquier modo, sea como costumbre internacional o como principio general, no cabe duda de que la mencionada regla debe ser considerada como un regla obligatoria de derecho.

4.1.- Consagración de la Regla de la Cosa Juzgada en Distintos Instrumentos Jurídicos Internacionales

Uno de los instrumentos internacionales más claro en la estipulación de la regla de la cosa juzgada es la Convención sobre Conciliación y Arbitraje de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea, la cual prescribe que la Corte de Conciliación y Arbitraje no gozará de jurisdicción si una corte o tribunal competente ha decidido previamente la misma disputa¹²⁸.

Podemos encontrar también ciertos actos jurídicos unilaterales en los cuales se ha hecho mención a la cosa juzgada. Por ejemplo, el Estado de Japón al aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia bajo el mecanismo de la cláusula opcional, ha incluido en su declaración una importante reserva relativa a la “*res iudicata*”:

“ Japón reconoce como obligatoria “*ipso facto*” y sin necesidad de acuerdo especial, en relación con cualquier otro Estado que acepte la misma obligación y bajo condición de reciprocidad, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia respecto de todas las disputas que surjan desde la fecha de la presente declaración, en consideración con hechos o situaciones posteriores a la misma fecha, *los cuales no hayan sido compuestos por otros medios pacíficos de solución*”¹²⁹ (énfasis agregado) (traducción propia).

De acuerdo con la reserva incluida en la declaración unilateral japonesa, la Corte Internacional de Justicia debe aplicar la regla de la cosa juzgada cuando ejerza jurisdicción fundándose en el mecanismo de la cláusula opcional respecto de los litigios en los cuales sea parte Japón y que ya hayan sido compuestos por otros medios pacíficos de solución de controversias.

¹²⁸ CSCE/OSCE Convention on Conciliation and Arbitration, artículo 19 (1) (a).

Pero existen otros acuerdos internacionales que la contemplan, sea de manera explícita o como una consecuencia lógica de la obligatoriedad del dictamen definitivo emitido. Entre ellos, destacan:

- **Artículo 94 párrafo 1 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas:**

Señala la Carta de la ONU en relación con el cumplimiento de las decisiones de su principal órgano, la Corte Internacional de Justicia:

“Cada Miembro de las Naciones Unidas se *compromete a cumplir* la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio del que sea parte” (énfasis agregado)¹³⁰.

- **Artículo 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:**

El Estatuto de la Corte también se refiere al efecto final y obligatorio de las resoluciones definitivas que pronuncia:

“El fallo será *definitivo e inapelable*. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes” (énfasis agregado)¹³¹.

- **Artículo 53 (1) del Acuerdo CIADI:**

Reitera la fórmula de los instrumentos anteriormente citados:

¹²⁹ Declaration of the Government of Japan under Art. 36 (2) of the ICJ Statute (1958).

¹³⁰ Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945), artículo 94 párrafo 1.

¹³¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945), artículo 60.

“El laudo será *obligatorio para las partes*, y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las *partes lo acatarán y cumplirán* en todos sus términos (...)” (énfasis agregado)¹³².

Como se aprecia, existe una obligación de las partes sujetas a un litigio de cumplir con lo que resuelva el órgano judicial internacional. El efecto de este deber de respeto hacia la sentencia impide el que los litigantes recurran ante otro foro internacional de los disponibles, debido a que se comprometieron con anterioridad a acatar lo resuelto. El tribunal o corte requerido en segunda instancia respecto de una controversia ya compuesta por una decisión definitiva e inapelable deberá abstenerse de iniciar el conocimiento del asunto (es decir, no podrá “reabrirse” la controversia).

- **Artículo 20 del Estatuto Corte Penal Internacional:**

La disposición lleva por encabezado precisamente “Cosa Juzgada”, y contiene una interesante mención a la institución objeto de análisis.

1. “Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, *nadie será procesado* por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales *ya hubiere sido condenado o absuelto* por la Corte.
2. *Nadie será procesado por otro tribunal* en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual *la Corte ya le hubiere condenado o absuelto*.

¹³² Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965), artículo 53 (1).

3. La Corte *no procesará* a nadie que *haya sido procesado por otro tribunal* en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 (...)” (énfasis agregado)¹³³.

Esta normativa se sitúa en las distintas hipótesis que pueden presentarse. En primer lugar, le impone un mandato a la propia Corte Penal en el sentido en que ésta no puede procesar a ningún individuo en virtud de situaciones delictivas por las cuales ésta ya hubiere emitido un pronunciamiento anterior. No es otra cosa que la aplicación de la regla de la cosa juzgada respecto de procedimientos seguidos ante dicho órgano judicial internacional (relaciones al interior de la Corte).

En segundo término, se refiere a la relación entre la Corte y otros tribunales o cortes internacionales. En ese sentido, impone un deber de abstención al resto de los foros internacionales, impidiéndoles entrar en conocimiento de un asunto respecto de un sujeto, que ya hubiese sido conocido y resuelto por la propia Corte. En este caso, será el segundo de los foros (el cual será obviamente distinto a la Corte Penal) el encargado de abstenerse de seguir procedimientos que digan relación con hechos respecto de los cuales la Corte hubiere emitido sentencia condenatoria o absolutoria con anterioridad (será ese foro diferente en donde se hará valer la cosa juzgada).

Finalmente, establece una regla inversa a la anterior. Es la Corte la que se verá impedida de iniciar procedimientos respecto de situaciones por las cuales un individuo ya hubiere sido procesado por otro tribunal o corte internacional. Quien deberá aplicar la “*res iudicata*” será, en este caso, la Corte Penal Internacional.

4.2.- Excepciones a la Regla de la Cosa Juzgada

¹³³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), artículo 20.

A pesar de constituir una regla fundamental para el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional por parte de tribunales y cortes internacionales, hay autores que han aceptado la existencia de ciertas excepciones a la regla de la cosa juzgada. Es decir, existirían casos en los cuales se justificaría (por diversas razones) que una disputa volviese a ser conocida, a pesar de haber sido compuesta por otro foro o por el mismo en el que se intenta su reapertura.

Al respecto, Cheng menciona siete circunstancias las que a su juicio, habilitarían dicho “re conocimiento”, ya sea a través de la iniciación de un procedimiento de nulidad, o de revisión. Distingue este autor:

- Sentencia pronunciada por un tribunal que carecía de competencia
- Procedimiento seguido con infracción a la regla que impide a una parte ser juez en su propia causa
- Si se efectuó una violación al derecho a ser oído
- Si medió fraude o corrupción de parte del órgano judicial internacional
- Si hubo fraude o corrupción por parte de los litigantes, de sus testigos o sus apoderados
- Si se cometió un error manifiesto y esencial en la dictación de la sentencia
- Si se comprueba la existencia de una nueva evidencia¹³⁴

Varias de estas causales han sido recogidas por los instrumentos constitutivos de cortes y tribunales internacionales¹³⁵. A primera vista, es la sexta de ellas – existencia de un error manifiesto y esencial en la dictación de la sentencia – la que parece ser la más controvertida de las enumeradas. Ello porque se trataría más bien de un caso que posibilitaría más una apelación que una revisión, al decir relación con una impugnación respecto de los méritos de la disputa, y no con cuestiones

¹³⁴ **CHENG, Bin.** *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals.* (London, 1987). 336p (traducción propia).

¹³⁵ A modo meramente ejemplar, la existencia de una nueva evidencia o descubrimiento de nuevos hechos ha sido contemplada en: artículo 61 del Estatuto de la Corte Internacional de

meramente procedimentales. De ahí que se cuestione su carácter de regla de derecho internacional que la legitime como excepción al efecto definitivo y obligatorio de las sentencias judiciales.

Un buen ejemplo de instrumento que consagra varias de las causales de reapertura de un caso esbozadas por Cheng podemos encontrarla en las normas procedimentales que rigen la solución de disputas entre los Estados Miembros del NAFTA. Esta disposición faculta la revisión de un caso respecto del cual existe sentencia definitiva e inapelable cuando se satisfacen determinados requisitos. Señala el artículo 1904 (13) del Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica:

1. "Un miembro del tribunal ha sido culpable de falta grave, o de parcialidad, o ha incurrido en grave conflicto de intereses, o de alguna otra manera ha violado materialmente las normas de conducta;
2. El panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento; o
3. El panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción"¹³⁶.

La primera de las situaciones dice relación con determinadas infracciones cometidas por la persona del juzgador, estableciéndose que la comisión de ciertas conductas faculta a las partes para solicitar la revisión del asunto, a pesar de haberse resuelto por sentencia definitiva y tener ésta el carácter de inapelable (culpable de falta grave o de parcialidad; ha incurrido en grave conflicto de intereses; violación material de normas de conducta).

El segundo numeral se refiere al apartamiento por parte del panel de las normas fundamentales de procedimiento, por ejemplo, el oír las partes y agregar los

Justicia; artículo 51 (1) del la normativa que rige los procedimientos arbitrales ante el CIADI; artículo 84 (1) del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, entre otros.

instrumentos que éstas le presenten. Es decir, dice relación con la infracción de normas procedimentales y no sustantivas.

La última de las reglas autoriza la revisión se fundamenta en haber el panel pronunciado su resolución sobrepasando ostensiblemente sus facultades, autoridad o jurisdicción (fallo “*ultrapetita*”).

Como se aprecia, las tres circunstancias se relacionan con infracciones procedimentales, y no con impugnaciones sobre cuestiones de mérito. En ese sentido, la normativa guarda estrecha similitud con las siete circunstancias mencionadas por Cheng a propósito de lo que denomina “excepciones a la regla de la cosa jugada”. No obstante, el artículo 1904 (3) del NAFTA no considera a la comisión de un error manifiesto y esencial en la dictación de una sentencia como habilitante para pedir la revisión de un fallo pronunciado por uno de los paneles del Acuerdo, al tener que ver con una cuestión de mérito (de fondo) más que procedimental.

4.3.- Jurisprudencia de la Corte Permanente y de la Corte Internacional de Justicia

Pueden mencionarse tres casos en los cuales la Corte se enfrentó con un intento de un Estado de reabrir una disputa ya afinada ante otro foro judicial o cuasi judicial. En los tres casos se pretendió la impugnación de laudos arbitrales.

4.3.1.- “*Societe Belgique Case*”

¹³⁶ North America Free Trade Agreement (1992), artículo 1904 (13).

En este litigio la Corte Permanente de Justicia Internacional se vio confrontada con un intento del Estado de Bélgica de dar fuerza a un laudo arbitral pronunciado a favor de una corporación belga en contra de Grecia¹³⁷. A su turno, Grecia no impugnó la validez del laudo sino reclamó que éste debía ser cumplido a través de un prolongado período de tiempo y no de manera inmediata como se había establecido. Es decir, planteó objeciones en cuanto a la ejecutabilidad del laudo. La Corte consideró que la cláusula de arbitraje entre el Estado de Grecia y la compañía belga impedía la revisión del laudo definitivo puesto que le adjudicaba el carácter de “definitivo e inapelable”. De esta forma, no lo confirmó ni procedió a su anulación.

¿Podemos extraer alguna conclusión derivada de la opinión de la Corte que en la especie se abstuvo de revisar el laudo? Puede afirmarse que la Corte se pronunció a favor de la visión de que cuando se le presenta a revisión un laudo arbitral – el cual las partes han dotado explícitamente de un efecto definitivo e inapelable – no puede procederse a su revisión sin que antes medie una autorización específica de ambas partes involucradas.

Algunos autores han planteado serios reparos a la doctrina sentenciada por la Corte Permanente en esta materia. Por ejemplo, Reisman ha criticado la jurisprudencia de la Corte sentenciada a propósito del conocimiento del caso “*Société Belgique*”¹³⁸. Según él, la Corte rechazó de manera injustificada la posición griega que buscaba una posposición en la ejecución del laudo (y no una revisión del mismo) amparándose en la protección de la regla de la cosa juzgada. El conflicto sobre el método de ejecución del laudo podría haber sido considerado como una materia nueva, diferente y separable de la disputa que originalmente había sido sometida al procedimiento de arbitraje.

Para comprender con mayor profundidad la jurisprudencia de la Corte Permanente en este caso y efectuar las debidas comparaciones se hace necesario el

¹³⁷ *Société Belgique Case*. Belgium v. Greece. PCIJ. 1939.

¹³⁸ **REISMAN, Michael**. *The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication*. Recueil des Cours, 1996. 247p (traducción propia).

estudio de un caso posterior en el tiempo en el cual se intentó derechamente relitigar un disputa ya compuesta por un arbitraje anterior.

4.3.2.- “King of Spain Case”

Se trata de la primera ocasión en la que la Corte Internacional de Justicia se vio enfrentada con un intento de un Estado destinado a relitigar una controversia resuelta anteriormente por un procedimiento arbitral¹³⁹.

Este caso dice relación con la impugnación por parte de Nicaragua de la validez de un laudo arbitral pronunciado a favor de Honduras cincuenta años antes por su Majestad el Rey de España (23 de diciembre de 1906) relativo a la determinación de la frontera entre estos dos Estados centroamericanos¹⁴⁰. El procedimiento judicial ante la Corte Internacional fue iniciado por Honduras el 1 de julio de 1958 luego de que Nicaragua impugnara la validez del laudo y consiguientemente su carácter de obligatorio. Honduras señaló en su exposición que existía una presunción a favor de la validez del laudo, y que la actitud y el comportamiento que Nicaragua había manifestado por años demostraba su plena aceptación del fallo (cuestión que finalmente fue conformada por la Corte por 14 votos contra 1).

Enfrentada a la cuestión planteada por Nicaragua, esto es, el eventual “re conocimiento” de la controversia sobre delimitación territorial ya zanjada a través del arbitraje conducido por el Rey de España, la Corte rechazó la postura nicaragüense y sentenció que dicho Estado estaba impedido de impugnar un laudo cuya validez había reconocido en variadas ocasiones a lo largo de su vigencia. No obstante, añadió que a pesar de recibir claramente aplicación la regla del “*estoppel*”, de todos modos hubiera procedido a confirmar el laudo (si hubiese decidido entrar al fondo del asunto) puesto que en el tratado de arbitraje suscrito por las partes años atrás que encargaba la resolución de la disputa al Rey de España (tratado Gómez – Bonilla) no se había

¹³⁹ *Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December of 1906*. Honduras v. Nicaragua. ICJ. 1960.

¹⁴⁰ La competencia de su Majestad el Rey de España se fundamentaba en el tratado denominado Gómez – Bonilla de 7 de octubre de 1894, cuyo artículo VII estipulaba que la decisión arbitral debería tenerse como un tratado perfecto, obligatorio y perpetuo, y no sujeto a recurso alguno.

contemplado mecanismo alguno de revisión ni de apelación (artículo VII) lo que le impedía entrar en el análisis de su mérito.

Pese a ello, la Corte sí se estimó competente para conocer la alegación de Nicaragua relativa a la posible nulidad del laudo del Rey por haber éste excedido su competencia (atribuciones) al dictarlo y haber cometido un error esencial en el mismo. Finalmente, ambas cuestiones fueron desechadas por la Corte por carecer en su opinión de mérito y de sustento.

¿Cómo puede explicarse la posición de la Corte a la luz de lo sentenciado años atrás por su predecesora en el “*Société Belgique Case*”, ocasión en la cual la Corte Permanente se abstuvo no sólo de entrar al fondo del asunto (revisión de un laudo, lo que también ocurrió en la disputa entre Honduras y Nicaragua) sino que además de proceder a su confirmación o eventual anulación, lo que sí efectuó en el “*King of Spain Case*” al determinar que el laudo del Rey de España era perfectamente obligatorio para las partes?

Para algunos autores, una posible explicación se encuentra en el hecho específico del lenguaje utilizado por las partes en el compromiso que refería la disputa a la Corte Internacional de Justicia, el cual la autorizó para conocer “desacuerdos en relación con el laudo arbitral”¹⁴¹. Otra posible explicación es que el caso “*Société Belgique*” no puede ser considerado como un precedente en la materia que signifique disminuir el poder de la Corte para supervisar decisiones arbitrales, debido a que no existió una impugnación de la validez del laudo (de hecho, Grecia abogaba por su cumplimiento, pero en un período de tiempo no inmediato sino prolongado, lo que transformó la disputa en una cuestión sobre ejecutabilidad).

En todo caso, cualquiera que sea la explicación que se abrace, parece ser que la Corte actuó más bien como una instancia de casación más que de apelación. Esto implica que las partes sustanciales del procedimiento arbitral y el laudo definitivo fueron

¹⁴¹ SHANY, Yuval. En op.cit. 249p (traducción propia).

completamente apartados de la revisión judicial de mérito. Incluso cuando la Corte decidió analizar la petición de Nicaragua sobre la eventual nulidad del laudo con sus fundamentos, se abstuvo de examinar la discreción del árbitro en la toma de su decisión por no encontrarse, en su opinión, dentro de sus atribuciones.

4.3.3.- “Arbitral Award Case”

Probablemente sea el caso más importante conocido por la Corte hasta la fecha en la temática de los procedimientos sucesivos y el efecto de la “*res iudicata*” en derecho internacional¹⁴².

En este litigio se impugnó ante la Corte Internacional de Justicia la validez de un laudo arbitral pronunciado en 1989 relativo a la delimitación de la frontera marítima entre Guinea – Bissau y Senegal, basándose su jurisdicción en el mecanismo de la cláusula opcional (artículo 36 (2) del estatuto de la Corte). La Corte consideró que se encontraba facultada para re examinar el laudo debido a que la disputa sometida a su conocimiento (validez del mismo) hacía referencia a una cuestión enteramente distinta al litigio original, configurado por una controversia relativa a la delimitación de la frontera marítima (lógica de Reisman). En todo caso, según veremos, lo hizo con las respectivas prevenciones y restricciones, no efectuando una revisión propiamente tal.

Guinea – Bissau, el Estado que solicitaba invalidación del laudo en cuestión, esgrimió concretamente ante la Corte las siguientes peticiones: primero, que ésta declarase que el laudo de 1989 era inexistente; en segundo término y de manera subsidiaria, que lo declarase nulo y sin valor alguno; finalmente, en desmedro de los requerimientos anteriores, que declarase que Senegal no podía exigir su cumplimiento.

¹⁴² *Arbitral Award of 31 July of 1989*. Guinea – Bissau v. Senegal. ICJ. 1991.

Senegal, por su parte, argumentó que si Guinea – Bissau planteaba una impugnación de la decisión del tribunal arbitral que había establecido la frontera marítima entre ambos Estados, levantaría una cuestión excluida de la competencia de la Corte puesto que dirían relación con el fondo del asunto, lo que ya había sido resuelto y no admitía apelación según el compromiso de 12 de mayo de 1985 que refirió la materia a arbitraje. Además, tendría lugar el efecto de la cosa juzgada.

Enfrentadas a la disputa, las partes litigantes convinieron en que debía efectuarse en el razonamiento de la Corte una diferenciación entre la controversia sustantiva – referida a la delimitación de los espacios marítimos entre ambos Estados – y la controversia relativa a la validez del laudo arbitral pronunciado, y que sólo esta última constituiría el objeto del juicio y de la actuación ante la Corte Internacional. En otras palabras, adoptaron la lógica propuesta por Reisman en el sentido de estimar las cuestiones relativas al análisis de la validez de un laudo arbitral como una materia nueva, diferente y separable de la disputa original sometida a arbitraje. De esta manera, no puede ser alegada por las partes (Senegal, de hecho, no la manifestó como alegación) ni aducida por la Corte, la regla de la cosa juzgada puesto que no se satisfacen los requisitos para que ésta opere (en especial, la condición de la identidad del objeto). Finalmente, la Corte desestimó los argumentos de Guinea – Bissau y sentenció que el laudo de 1989 se encontraba perfectamente válido y que por esta razón debía dársele cumplimiento por ambos Estados.

Pese a que el Estado demandado – Senegal – no objetó la jurisdicción de la Corte amparándose en la regla de la cosa juzgada debido a la convención a la que llegaron, lo que impidió que se discutiera específicamente sobre dicho punto, el razonamiento del órgano judicial parece ser de aplicación general, y ciertamente ha revertido el criterio adoptado por la Corte Permanente de Justicia en el caso “*Société Belgique*” acercándose mucho más al utilizado en el litigio “*King of Spain*”. De hecho, se rechazó la solicitud de revisión efectuada por Guinea – Bissau de la interpretación adoptada por el tribunal arbitral (fondo del asunto) agregando que no se encontraba facultada la Corte para revivir la decisión de mérito de los árbitros. Señaló que su

competencia se extendía sólo al análisis de la alegación de que el tribunal arbitral había actuado violando la competencia que se le había otorgado en virtud del acuerdo de arbitraje y no al examen de su razonamiento respecto del fondo de la controversia.

5.- CONCLUSIONES PRELIMINARES

La Parte III de esta investigación nos permite arribar a importantes conclusiones, las que se desprenden del examen de las reglas jurídicas que regulan la existencia de múltiples procedimientos: la cláusula “*electa una via*”, y las reglas de la “*lis alibi pendens*” y de la “*res iudicata*”.

La totalidad de los eventuales conflictos jurisdiccionales surgen de la actual existencia de una gran cantidad de órganos judiciales internacionales con competencia acumulativa para conocer determinadas disputas que caen dentro de la esfera del derecho internacional, litigios que en su mayoría involucran a contrapartes estatales. Si tenemos en consideración que el mecanismo de creación de dichos tribunales y cortes internacionales ha carecido de la debida coordinación entre los diferentes actores de la comunidad jurídica internacional, la ocurrencia de más de un procedimiento relativo a los mismos acontecimientos y entre las mismas partes parece ser una realidad difícil de contrarrestar. La capacidad de las partes disputantes de practicar “*forum shopping*” inclusive de manera unilateral facilita el surgimiento de múltiples procedimientos, los que pueden adoptar cualquiera de las dos posibles variables: procedimientos paralelos o sucesivos. Es precisamente en este punto en el cual radica la principal conveniencia de incluir en los instrumentos jurídicos internacionales, sobre todo en aquellos tratados que sirven como fundamento de creación de órganos judiciales, las tres reglas tradicionales de regulación de la función jurisdiccional. En todo caso, según anticipamos, su incorporación no será necesaria si las partes han dotado previamente o mediante un acuerdo específico a un determinado tribunal o corte con jurisdicción exclusiva sobre una determinada tipología de disputas, pues ello resultará redundante

al no poder practicarse por los reclamantes “*forum shopping*” y por ende, existir sólo un órgano judicial disponible para su resolución.

Por razones de conveniencia, para facilitar el análisis de las conclusiones respecto de los puntos tratados en el presente Capítulo, la información se presenta a modo de esquema.

5.1.- Cláusula “*Electa una Via*”

- También denominada tradicionalmente como “elección de una alternativa” o más recientemente como “cláusula de exclusión de foros”, presupone la existencia de más de un foro disponible para zanjar una determinada disputa jurídica internacional. En términos prácticos, efectuada la elección del foro que conocerá de la disputa, la que le corresponderá efectuar generalmente al Estado demandante (pueden las partes actuar de consuno), éste foro pasará a gozar de jurisdicción exclusiva respecto de la controversia, siendo una lógica consecuencia de lo anterior la imposibilidad de que alguno de los litigantes recurra con posterioridad ante cualquiera de los restantes foros que primitivamente también resultaban competentes.
- La mayor cantidad de estipulaciones relativas a la cláusula “*electa una via*” se encuentran en el ámbito de protección de los derechos fundamentales. Un buen ejemplo es el artículo 35 (2) de la Convención Europea de Derechos Humanos. Otras cláusulas de exclusión de foro se contemplan en el artículo 2006 (6) del NAFTA; en el artículo 1 (2) del protocolo de Olivos que regula la solución de controversias al interior del MERCOSUR; y en el artículo 19.04 del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Centroamérica. Estos tres instrumentos tienen como rasgo común la coexistencia de dos mecanismos de solución de disputas: el sistema universal contemplado en el GATT/OMC, y el específico instituido en cada uno de los instrumentos mencionados, en el entendido de que todos los Estados

miembros de los regímenes regionales de integración económica son a la vez partes del sistema de la Organización Mundial de Comercio. Otra importante estipulación la encontramos en el artículo VII (2) de la Declaración de Argelia del año 1981, que dio origen al Tribunal de Reclamación entre estados Unidos e Irán luego de la denominada “crisis de los rehenes”.

- Algunas declaraciones unilaterales de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia efectuadas al amparo del artículo 36 (2) de su Estatuto (mecanismo de la cláusula opcional) pueden servir como fuente alternativa de construcción de la regla. Se trata de un medio alternativo debido a que el instrumento constitutivo del respectivo órgano judicial internacional omite estipulaciones sobre la exclusión de foros. Por ejemplo, la Declaración del Estado de Malta del año 1966.

5.2.- Litispendencia

- Vinculada con el surgimiento de procedimientos paralelos conducidos simultáneamente, la regla de la litispendencia deberá recibir aplicación tratándose de verdaderas contiendas jurisdiccionales y no meramente respecto de procedimientos relacionados. Además, tendrán que satisfacerse los tradicionales requisitos que conforman la triple identidad, de manera similar a lo que ocurre en derecho interno.
- Pese a la escasez de instrumentos jurídicos internacionales que contemplan expresamente la regla en comento, es posible identificar algunos tratados que la estipulan. El más claro es el artículo 5 (2) del Protocolo Opcional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos . Otros casos los encontramos en el artículo 14 del Acuerdo Norteamericano de Cooperación Medioambiental, instrumento que impone como obligación al Estado demandado el informar a la Secretaría de la Comisión la

pendencia de un procedimiento análogo ante otro foro judicial internacional; el artículo 47 del Estatuto de la Corte europea de Justicia, que como señalamos, regula la relación entre ambas instancias de la Corte (Corte de Primera Instancia y Corte Europea); y los articulados pertinentes de los tribunales penales “*ad hoc*” establecidos a instancias de las Naciones Unidas para sancionar los crímenes internacionales cometidos en territorios de la ex Yugoslavia y de Ruanda.

- Si bien la jurisprudencia relativa a la aplicación de la “*lis alibi pendens*” por parte de órganos judiciales internacionales es exigua y se trata de dictámenes que se remontan a la práctica de la Corte Permanente de Justicia Internacional, han permitido ir desarrollando – aunque con prescindencia del grado de celeridad requerida – la regla. Por otro lado, la tarea de los tribunales y cortes internacionales se ha visto dificultada debido a la ausencia de regulación positiva de los procedimientos paralelos. Ello ha impedido la obtención de conclusiones definitivas, especialmente cuando los órganos en contienda pertenecen y operan en el mismo nivel jurídico (a la fecha, no ha existido pronunciamiento).
- No ha ocurrido lo mismo tratándose de las interacciones entre un procedimiento jurisdiccional seguido ante un tribunal o corte internacional, y uno ventilado ante instancias políticas (como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o ante la propia Asamblea General). Enfrentada a estas circunstancias, la Corte Internacional de Justicia ha rechazado categóricamente la aplicación de la litispendencia (y su consiguiente declinatoria de jurisdicción) cuando ésta desarrolla funciones en paralelo con órganos de naturaleza política. Su posición ha encontrado fundamento en el artículo 14 de la Carta de las Naciones Unidas, disposición que si bien prohíbe a la Asamblea general inmiscuirse en asuntos conocidos actualmente por el Consejo de Seguridad, no impone restricciones a la coexistencia de procedimientos judiciales con políticos. Esta doctrina se ha reiterado en dos prominentes ocasiones: en el caso del Personal Diplomático y Consular en Teherán, y en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua.

- Respecto de la relación entre procedimientos conducidos simultáneamente ante un foro internacional y ante cortes domésticas, destaca una resolución del CIADI en el denominado “*Pyramids Case*” en la cual el tribunal arbitral constituido consideró explícitamente que el ejercicio de su función jurisdiccional no se encontraba limitada por la regla de la litispendencia, puesto que estimó que no existía regla de derecho internacional que así lo dispusiera.
- Finalmente, destaca la opinión emitida por el Juez Treves a raíz del conocimiento del caso “*Mox Plant*” que reconoce que la cuestión de la “*lis alibi pendens*” se mantiene hasta estos días como una “materia abierta”. Aboga, en todo caso, por una discusión que derive en su incorporación y debido reconocimiento por parte de los sujetos de derecho internacional.

5.3.- Cosa Juzgada

- De las tres reglas mencionadas, es la que tiene un origen más pretérito, y la que mayor aceptación presenta. El efecto final y obligatorio de las resoluciones judiciales ha sido positivamente reconocido a los largo del tiempo por aquellos Estados que han sido parte de litigios conducidos ante foros judiciales internacionales, pese a la inexistencia de mecanismos compulsorios de cumplimiento. Deberá estipularse cuando las partes disputantes no hayan investido a un foro con jurisdicción exclusiva para el conocimiento de una determinada disputa, y al mismo tiempo, no reciba aplicación la cláusula de exclusión de foro.
- Japón, en su declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia efectuada bajo el artículo 36 (2) de su Estatuto (mecanismo de la cláusula opcional), ha incluido claramente una disposición relativa a la cosa juzgada. En este sentido, si bien concede jurisdicción a la Corte

respecto de la generalidad de los asuntos, excluye expresamente de dicha competencia aquellos conflictos que ya hayan sido compuestos por otros medios pacíficos de solución de controversias. Como se aprecia, no se limita sólo a conflictos resueltos en sede judicial, sino que incluye a los restantes medios de solución que hubieren sido conducidos a través de procedimientos pacíficos.

- A pesar de que existe consenso en la necesidad de reconocimiento de la cosa juzgada como regla obligatoria de derecho internacional, ha sido planteado por algunos internacionalistas entre los que destaca Cheng que existirían poderosas razones de diversa índole que justificarían en determinados casos la existencia de ciertas excepciones al efecto final y obligatorio de las sentencias emanadas de foros judiciales internacionales. De las siete circunstancias que menciona este autor, destaca por lo controversial la comisión de un error manifiesto y esencial en la dictación de la sentencia definitiva. Las restantes encuentran asidero en disposiciones contenidas en tratados, como el artículo 1904 (3) del NAFTA.
- Pese a no existir una jurisprudencia decisoria en la materia, destacan tres casos conocidos por la Corte Internacional de Justicia (y por su predecesora): “*Société Belgique Case*”, “*King of Spain Case*”, y “*Arbitral Award Case*”, litigios que versaron sobre la impugnación de laudos arbitrales pronunciados con anterioridad. En los dos primeros, la Corte Internacional rechazó la solicitud de revisión de lo sentenciado por los respectivos paneles arbitrales, acogiendo la tesis de que si las partes han previamente dotado a la resolución arbitral con un efecto definitivo e inapelable, no existen posibilidades de revertir lo ya sentenciado. No obstante, en el “*Arbitral Award Case*” la Corte ha modificado el criterio mencionado, pues procedió a “re conocer” el asunto bajo el argumento de que si una de las partes impugna una sentencia arbitral lo que hace es plantear a la Corte una cuestión distinta del conflicto primitivo. Adopta la posición de Reisman, quien criticando los dos dictámenes anteriores de la Corte, ha sostenido que los conflictos derivados de la ejecución de un laudo arbitral (o de cualquier otra clase de sentencia judicial) configuran un asunto distinto y separable de la cuestión de fondo que dio origen al

procedimiento primario, por lo que nada obsta a que sean conocidos en este caso, por la Corte Internacional de Justicia.

CONCLUSIONES FINALES

CONCLUSIONES FINALES

Se ha intentado demostrar que la proliferación de cortes y de tribunales internacionales ha generado radicales cambios en la configuración de la esfera de las relaciones internacionales interestatales en general, y de la solución de las controversias en particular. El cuantioso número de órganos judiciales creados a partir de la segunda mitad del siglo pasado y la profundización de dicha tendencia durante las décadas de los ochenta y noventa ha modificado sustancialmente la estructura del sistema judicial internacional. La Corte Internacional de Justicia – instituida en 1945 como principal órgano de las Naciones Unidas y como único foro internacional con competencia general en razón del sujeto materia – ha pasado a compartir roles con tribunales y cortes regionales y especializados creados para dirimir las más variadas diferencias que puedan producirse entre los Estados.

Este explosivo y a la vez complejo proceso puede ser valorizado tomando en consideración aspectos positivos y negativos. Entre los primeros destacan su trascendental aporte a la institucionalización de los medios pacíficos de solución de controversias internacionales y al fortalecimiento de la regla de derecho del sistema supra nacional. Pese a los inconvenientes a los que se hizo referencia en su oportunidad, la existencia de un mayor número de foros internacionales disponibles para zanjar disputas interestatales necesariamente ha traído consigo una mayor “justiciabilidad” de las controversias internacionales, generando un valioso incentivo para las partes en discordia para recurrir preferentemente ante éstos, atenuando de esta manera el riesgo de generación de situaciones en las cuales la paz y la seguridad internacionales puedan verse conculcadas. Un sistema judicial carente de adecuados mecanismos preestablecidos de adjudicación queda expuesto innecesariamente a la primacía de los poderosos. Esa ha sido sin lugar a dudas su principal contribución, en un mundo cuyas transformaciones se generan cada vez con mayor prontitud.

Paralelamente, la proliferación de órganos judiciales internacionales ha vuelto a desnudar ciertos aspectos tradicionalmente conflictivos para el derecho internacional público. Se han sucedido fuertes críticas a su creciente y al parecer irreversible fragmentación, en el entendido de que las nuevas cortes y tribunales han sido establecidos con prescindencia de los grados de coordinación deseables entre éstos. Cada nuevo foro judicial que se incorpora al mapa de los existentes lo ha hecho de manera independiente y aislada, en muchos casos con pretensiones de constituirse en regímenes regionales autosuficientes. Ello se ha traducido, entre otras cosas, en la aparición de ciertas cuestiones jurisdiccionales que si bien son conocidas y reguladas a nivel interno desde la gestación de las diferentes tradiciones jurídicas, no han sido abordadas exhaustivamente por la comunidad internacional.

La ausencia de coordinación en el establecimiento de los nuevos tribunales y cortes internacionales concretizada en este aspecto en una confusa delimitación de la esfera de sus competencias, ha hecho necesario el poner atención en aquellas situaciones en las cuales una misma disputa surgida entre Estados cae bajo la jurisdicción de más de un foro judicial. Es decir, dada la existencia de varios órganos judiciales disponibles para resolver disputas creados de forma independiente unos con otros, surgida que sea una determinada controversia las partes deben escoger ante cuál de ellos la referirán para su justa composición. Esto que aparece a primera vista como el ejercicio legítimo de la autonomía estatal, ha tornado en imperativo el estudio de las tres temáticas centrales de esta investigación: la elección de foro, y los múltiples procedimientos en sus dos variantes, procedimientos paralelos y sucesivos.

Respecto de la elección de foro – procedimiento también conocido como “*forum shopping*” – se han mencionado diversos instrumentos internacionales que dirigen la libertad de las partes para escoger el órgano que conocerá del litigio, en el entendido en que éstas cuentan con más de uno para remitir la disputa (por ejemplo, el artículo 2005 (6) del NAFTA que obliga al demandante a optar entre el mecanismo de solución de controversias específico contenido en el tratado y el procedimiento general estipulado en la OMC). No es posible identificar una práctica general, consistente y

sostenida en el tiempo que pueda estimarse como base para el establecimiento de un principio general del derecho en cuanto a restringir la libertad de las partes al momento de efectuar la elección del foro cuando no existe texto positivo aplicable. No obstante, el problema parece estarse atenuando debido a que los instrumentos jurídicos internacionales han comenzado a incluir entre sus regulaciones la manera bajo la cual el Estado demandante deberá escoger el órgano al cual llevará la disputa, incluyendo de este modo limitaciones al *“forum shopping”*, y estableciendo la regla de que una vez efectuada la elección el foro seleccionado quedará investido con jurisdicción exclusiva sobre la controversia, impidiendo de esta forma el recurso ante los restantes primariamente disponibles (cláusula de exclusión de foros o *“electa una via”*). Pioneros en este sentido han sido los acuerdos regionales de integración económica destinados a liberalizar las relaciones comerciales entre países miembros de una misma región.

Poniendo atención en lo que ha sido la práctica de la Corte Internacional de Justicia, se desprende que ésta ha sido reacia a declinar su jurisdicción cuando no ha existido una clara manifestación de las partes de investir a otro órgano con jurisdicción exclusiva (y a la vez excluyente) sobre el litigio. Ha sido la doctrina la encargada de describir ciertas circunstancias en las cuales dada la defectuosa o inexistencia de regulación, se hace necesario el imponer ciertas limitaciones a la libertad de las partes de la disputa en cuanto a la selección del foro, con el objetivo de resguardar la buena fe procesal. Por ejemplo, se considera como abusivo el conducir un proceso de elección de un tribunal o corte cuando éste se practica desconociendo un acuerdo previo destinado a investir con jurisdicción exclusiva a otro órgano judicial internacional (no seleccionado). Para los autores se trata no sólo de un caso de violación del derecho de los tratados, sino además de una situación en que podría recibir aplicación la teoría del abuso del derecho. El otro de los casos mencionados se refiere al ejercicio de aquellas tácticas de litigación que no se encuentran apoyadas en intereses legítimos por parte del Estado que las efectúa. No se conoce un litigio específico en que esto último haya sido planteado. El resultado del reconocimiento de dichas limitaciones se traduce en que el foro escogido debe declinar su jurisdicción a favor del que corresponda, apoyándose en consideraciones de buena fe y de certeza jurídica.

Respecto de los múltiples procedimientos, tampoco cabe aventurar pronunciamientos demasiado definitivos. De todos modos es posible identificar ciertas tendencias.

Reconocida la posibilidad de que una controversia internacional sea referida a más de un tribunal para su composición de forma paralela (y a la vez, simultánea) o sucesiva, se producirá lo que denominamos “conflicto de jurisdicción”. La necesidad de extrapolar las reglas jurídicas domésticas de la litispendencia y de la cosa juzgada con mayor prestancia y decisión a la esfera internacional ha sido sugerida a lo largo de esta investigación. El riesgo de alcanzar decisiones inconsistentes e incluso contradictorias es alto al iniciarse más de un procedimiento judicial para la composición de una disputa emanada de los mismos acontecimientos y entre las mismas partes, o en la eventualidad de un “re conocimiento” de un caso judicial respecto del cual ya se ha pronunciado una resolución definitiva. El resguardo de la coherencia sistémica y de la certeza jurídica apoya la inclusión normativa de ambas reglas jurídicas, destinadas precisamente a regular el eventual surgimiento de múltiples procedimientos. Además, contribuye a la confiabilidad del sistema judicial internacional y a la estabilidad de las relaciones interestatales.

El proceso de institucionalización de la litispendencia y de la cosa juzgada ha seguido diferentes cursos. La *“lis alibi pendens”* ha sido consagrada exiguamente en instrumentos jurídicos internacionales, con excepción de la regla establecida en el artículo 5 (2) del Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a las disposiciones pertinentes contenidas en los Estatutos de los tribunales penales *“ad hoc”* creados en la pasada década por las Naciones Unidas para sancionar violaciones al derecho internacional humanitario. La jurisprudencia tampoco es generosa. Destaca la negativa de aplicar la regla por parte de un panel arbitral del CIADI en el denominado *“Pyramids Case”* en el cual se intentó frenar la continuación de los procedimientos ante el Centro por el Estado demandado, argumentando que paralelamente el asunto estaba siendo conocido por una Corte Francesa de Casación. Se rechazó suspender el litigio debido a que en opinión de los miembros del panel, no

existe regla jurídica internacional que le impida proseguir con el juicio cuando dos órganos judiciales que se encuentran conociendo paralelamente la misma controversia operan en un nivel jurídico diferente: uno (el Centro) bajo la esfera internacional, y el otro (la Corte Francesa) de manera interna. Tampoco se han suspendido procedimientos en circunstancias en las cuales existe un conflicto de jurisdicción entre un tribunal o corte internacional y un órgano que desempeña funciones políticas (por estar ambos conociendo en litigio referido a los mismos hechos) como las Naciones Unidas. A pesar de que intentó frenarse la prosecución de los procedimientos, la Corte Internacional de Justicia rechazó tal posibilidad en los casos “Nicaragua” y del “Personal Diplomático y Consular en Teherán”. A la fecha, no ha existido un pronunciamiento respecto de casos similares ventilados ante dos foros judiciales internacionales diferentes (operando de este modo en el mismo nivel judicial) que permita afirmar con certeza la premisa según la cual el derecho internacional reconoce la regla de la litispendencia. Haciendo eco de las palabras de Treves mencionadas en el cuerpo de este trabajo, la *“lis alibi pendens”* mantiene su estatus de “materia abierta”.

Tratándose de la cosa juzgada, podemos afirmar que su reconocimiento goza de un mayor grado de aceptación por parte de los sujetos de derecho internacional, principalmente debido a su centenario origen. Ya desde la época de los romanos se consideraba que la sentencia final dictada en un procedimiento judicial gozaba de un carácter final y obligatorio, lo que salvo circunstancias atendibles y debidamente calificadas, impedía la reapertura de un caso respecto del cual se había emitido sentencia definitiva. Por otro lado, hoy en día es posible identificar una beneficiosa tendencia por parte de los Estados hacia el cumplimiento de las resoluciones judiciales que les empecen, pese a la inexistencia de mecanismos compulsorios. Un buen ejemplo de estipulación de la *“res iudicata”* lo encontramos en la Declaración unilateral del Estado de Japón de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia bajo el mecanismo de la cláusula opcional, la que le resta jurisdicción a la Corte respecto de una controversia que ya hubiere sido solucionada al haber sido objeto de un procedimiento anterior de arreglo pacífico.

La práctica de la Corte Internacional de Justicia en relación con la aplicación de la regla de la cosa juzgada nos muestra dos etapas diferentes de razonamiento: una primera de negativa hacia su reconocimiento ("*Société Belgique Case*" y "*King of Spain Case*"), y una segunda que recientemente ha revertido el criterio ("*Arbitral Award Case*"). No se han explorado otras situaciones debido a que no han generado procedimientos judiciales internacionales.

Las indefiniciones y ausencia de conclusiones definitivas respecto de estas importantes materias abordadas por el presente estudio nos sugieren la introducción de ciertas modificaciones a la estructuración del sistema judicial internacional, más aún si se considera que la proliferación de tribunales y cortes no es un proceso que se encuentre agotado. Reconociendo que el grado de coordinación y de armonización entre éstos es en la práctica inexistente, urge enfrentar la problemática de los procedimientos múltiples de manera eficaz para contrarrestar el creciente incentivo que se genera para los Estados de desatar contiendas jurisdiccionales abusando del "*forum shopping*" o desafiando las resoluciones judiciales definitivas. Es necesaria una reorganización de las instancias jurisdiccionales que reconozca en primer lugar los vínculos existentes entre éstas, para posteriormente dar paso a la estipulación de medidas concretas, por ejemplo, optando por la primacía de los procedimientos judiciales regionales o especializados por sobre los de alcance general y universal. Asimismo, más trabajoso y políticamente costoso pero no menos importante sería dotar a la Corte Internacional de Justicia del poder de decisión respecto de las contiendas jurisdiccionales que se presenten entre tribunales y cortes internacionales, al estilo de una Corte Suprema Internacional con el objeto de zanjar los conflictos de jurisdicción uniformando de esta forma los criterios de razonamiento. Otro paso puede ser la adopción definitiva de la teoría del abuso del derecho y de la doctrina del "*comity*" (respeto jurídico) para solucionar aquellos casos en los cuales los requisitos tradicionales de aplicación de las reglas de la litispendencia y de la cosa juzgada (triple identidad, difícil de configurar a nivel internacional) no hubieren sido satisfechos y no puede demostrarse un interés legítimo en desatar múltiples procedimientos.

Estas medidas pueden contribuir a la coherencia del sistema judicial internacional morigerando el riesgo de incurrir en decisiones contradictorias y en conductas abusivas. Mientras la comunidad internacional no adopte una posición clara y se decida por la adopción de algún tipo de medidas, habrá que ponderar con la debida responsabilidad la necesidad de crear nuevas cortes internacionales, con los perjuicios e incertidumbres que bajo las circunstancias actuales ello conlleva.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Libros

- **COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO.** *Sexto Curso de Derecho Internacional Público.* Río de Janeiro. Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington DC, 1979.
- **CHENG, Bin.** *General Principles of Law as Applied by the International Courts and Tribunals.* Oxford University Press, 1987.
- **FUENTES, Ximena.** *La Solución Pacífica de las Controversias Internacionales.* Materiales de Curso. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Segundo Semestre 2003.
- **INTERNATIONAL LAW COMMISSION.** *The Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law.* New York, 2006.
- **KELSEN, Hans.** *Principles of International Law.* 2nd Edition. Holt Rinehart and Winston Inc. John Hopkins University, 1963.
- **LAREDO, Iris Mabel.** *La Solución de Conflictos Intrabloques.* Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1970.
- **MERRILS, John Graham.** *International Dispute Settlement.* 3rd Edition. Cambridge University Press, 1998.
- **REISMAN, Michael.** *The Supervisory Jurisdictions of the International Courts of Justice: International Arbitration and International Adjudication.* Recueil des Cours, 1996.
- **SHANY, Yuval.** *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals.* International Courts and Tribunals Series. Oxford University Press, 2003.

2.- Artículos en Revistas

- **ABI SAAB, Georges.** “Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks”. En: *N.Y.U.J. International Law and Politics*. Vol. 31:919. New York, 1999.
- **CONDORELLI, Luigi.** “La Corte Internacional de Justicia bajo el Peso de las Armas Nucleares”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Número 139. Enero 1998.
- **CHARNEY, Jonathan.** “The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals”. En: *N.Y.U.J. International Law and Politics*. Vol. 31:709. New York, 1998.
- **DAVID, Eric.** “La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Licitud del Empleo de las Armas Nucleares”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Número 139, Enero 1997.
- **DELPIANO LIRA, Cristián.** “La Cláusula de Exclusión de Foros en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y la Comunidad Europea en el Marco de la Solución de Controversias de la OMC”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 3 N°2, 2006.
- **DUPUY, Pierre.** “The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice”. En: *N.Y.U.J. International Law and Politics*. Vol. 31:709. New York, 1998.
- **GREENWOOD, Christopher.** “La Opinión Consultiva de las Armas Nucleares y la Contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Número 139, Enero 1997.

- **KINGSBURY, Benedict.** “Foreword: is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systematic Problem?”. **En:** *N.Y.U.J. International Law and Politics. Vol. 31:697. New York, 1999.*
- **McCORMACK, Tomothy.** “Un Non Liqueet Respecto a las Armas Nucleares”. **En:** *Revista Internacional de la Cruz Roja. Número 139. Enero 1997.*
- **ROMANO, Cesare.** “El Lado Oscuro de la Luna: Fragmentación de las Instituciones que Aplican Normas Jurídicas Internacionales”. **En:** *Revista Puente Europa. Año V N°2. Junio 2007.*
- **ROMANO, Cesare.** “The Proliferation of International Bodies: the Pieces of the Puzzle”. **En:** *N.Y.U.J. International Law and Politics. Vol. 31:709. New York, 1998.*
- **TREVES, Tullio.** “Conflicts between the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”. **En:** *N.Y.U.J. International Law and Politics. Vol. 31:809. New York, 1999.*

3.- Instrumentos Jurídicos Internacionales

- *Carta de la Organización de las Naciones Unidas. San Francisco, 1945.*
- *Carta de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, 1949.*
- *Convención Americana de Derechos Humanos. San José, 1969.*
- *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. Montego Bay, 1982.*
- *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 1965.*
- *Declaración de Manila sobre Arreglo Pacífico de las Controversias. Manila, 1982.*
- *Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of*

America and the Government of the Islamic Republic of Iran. Iran – US Cl. Trib. 19 Jan 1981.

- *Declaration of the Government of Japan under Art. 36 (2) of the ICJ Statute,* 1958.
- *Declaration of the Government of Malta under Art. 36 (2) of the ICJ Statute,* 1966.
- *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,* 1945.
- *Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional,* 1920.
- *Estatuto de Roma Corte Penal Internacional.* Roma, 1998.
- *North American Free Trade Agreement.* 17 Dec. 1992.
- *North American Agreement on Environmental Cooperation,* 1993.
- *Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias bajo el Mercado Común del Sur,* Ciudad de Olivos, 2002.
- *Protocol on the Statute of the Court of Justice of the European Economic Community,* 1957.
- *Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* 1966.
- *Protocolo de Tegucigalpa de Reforma a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos.* Tegucigalpa, 1991.
- *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991.* S.C. Res. 827 25 May 1993.
- *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Others Serious Violations of the International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwanda Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 Jan. 1994 and 31 Dec. 1994.* S.C. Res. 955 8 Nov. 1994.
- *Tratado Americano de Solución Pacífica de las Controversias, Pacto de Bogotá.* Bogotá, 1948.
- *Tratado que establece la Corte de Justicia de Cartagena,* 1979.
- *Tratado que establece la Comunidad Económica Europea.* Roma, 1957.

4.- Lista de Casos

4.1.- Corte Permanente de Justicia Internacional

- *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Germany v. Poland. PCIJ, 1925.
- *Factory at Chorzów*. Germany v. Poland. PCIJ, 1927.
- *Mavrommatis Palestine Concessions*. Greece v. UK. PCIJ, 1924.
- *Rights of Minorities in Upper Silesia*. Germany v. Poland. PCIJ, 1928.
- *Société Commerciale de Belgique*. Belgium v. Greece. PCIJ, 1939.

4.2.- Corte Internacional de Justicia

- *Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906*. Honduras v. Nicaragua. ICJ, 1969.
- *Arbitral Award of 31 July of 1989*. Guinea – Bissau v. Senegal. ICJ, 1991.
- *La Grand*. Germany v. US. ICJ, 1999.
- *Licitud del Empleo de Armas Nucleares*. Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996. CIJ, 1996.
- *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*. Nicaragua v. US. ICJ, 1984.
- *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. US v. Iran. ICJ, 1980.
- *Vienna Convention on Consular Relations (Breard)*. Paraguay v. US. ICJ, 1998.

4.3.- Tribunal sobre Derecho del Mar

- *Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South – Eastern Pacific Ocean*. Chile v. EC. ITLOS, 2000.
- *Mox Plant Industrie*. Ireland v. UK. ITLOS, 2002.
- *The Southern Bluefin Tuna Case*. Australia and New Zeland v. Japan. ITLOS, 2000.

4.4.- CIADI

- *Chile – Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish*. Case N° WT/DS193/1. Complaint by the EC.
- *The Klöckner Industrie v. Cameroon*. ICSID, 1983.

4.5.- Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia

- *Prosecutor v. Tadic*. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. Case N° IT-94-1-AR72. Int'l Crim. Trib. Former Yugoslavia. App. Chamber, 1995.