

¿*STARE DECISIS* O USO SELECTIVO DE
LOS ANTECEDENTES JUDICIALES?: UN
ANÁLISIS DEL ROL DE LAS DECISIONES
JUDICIALES COMO FUENTES DEL
DERECHO INTERNACIONAL*

*STARE DECISIS OR SELECTIVE USE OF
JUDICIAL DECISIONS?: AN ANALYSIS OF
THE ROLE OF JUDICIAL DECISIONS AS
SOURCES OF INTERNATIONAL LAW*

MIGUEL ANTONIO VILLAMIZAR-PARRA**

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2009

Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2009

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

Miguel Antonio Villamizar-Parra, *¿Stare decisis o uso selectivo de los antecedentes judiciales?: un análisis del rol de las decisiones judiciales como fuentes del derecho internacional*, 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 315-344 (2009).

* Artículo de investigación desarrollado como parte de las actividades como Profesor de Derecho Internacional Público del autor en la Universidad de los Andes.

** Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de Los Andes. Profesor de la cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes y asociado de la firma Gómez-Pinzón Zuleta. Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivas de su autor y no comprometen a la Universidad de Los Andes ni a la firma Gómez-Pinzón Zuleta, Bogotá, Colombia.
Correo electrónico: miguel.villamizar@gmail.com.

RESUMEN

El propósito del presente artículo es revisar algunos sectores de la doctrina y ciertos antecedentes jurisprudenciales de tribunales internacionales, con el fin de analizar cuál es el valor jurídico, en términos de fuentes del derecho internacional, de las decisiones judiciales. La propuesta del artículo es analizar, desde la perspectiva de la escuela del realismo jurídico, cuál es el derecho internacional en los libros, cuál es el derecho internacional en acción y cuál es su relación, en lo que tiene qué ver con el valor jurídico de las decisiones judiciales. La conclusión del artículo es que las decisiones judiciales son parte fundamental en el desarrollo del derecho internacional y, en consecuencia, los árbitros y jueces deben estar familiarizados con las mismas para cumplir su función vital en el proceso de adjudicación: conocer y aplicar el derecho internacional.

Palabras clave autor: Fuentes, Derecho Internacional, adjudicación, decisiones judiciales, arbitraje.

Palabras clave descriptor: Senetencias, Derecho Internacional - Fuentes, Arbitramento internacional.

ABSTRACT

The purpose of this article is to review some opinions of highly qualified publicists and certain judicial decisions from international tribunals, with the object to analyze which is the legal weight, in terms of sources of international law, of judicial decisions. The proposal of the article is to analyze, from the perspective of the school of legal realism, what is the international law in the books, what is in the international law in action, and what is the relation between them, with respect to the legal weight of judicial decisions. The conclusion of the article is that judicial decisions are a fundamental part of the development of International Law, and hence arbitrators and judges should be familiarized with them in order to fulfill their vital function in the process of adjudication: knowing and applying International Law.

Key words author: *Sources, International Law, Adjudication, Judicial Decisions, Arbitration.*

Key words plus: *Sources, International Law, Adjudication, Judicial Decision's, Arbitration.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. EL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS LIBROS.- *A. El caso de la Corte Internacional de Justicia.*- 1. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.- 2. El artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.- 3. ¿Valor jurídico de las decisiones judiciales en el derecho internacional público?- *B. ¿Cuál es el derecho en los libros en el derecho internacional económico?*- 1. El derecho internacional de las inversiones.- 2. Limitaciones frente al uso de los antecedentes judiciales en el contexto de las reglas de solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio.- II. EL DERECHO INTERNACIONAL EN ACCIÓN.- *A. ¿El derecho internacional es utilizado como los prescriben los libros?*- *B. Usos recientes de antecedentes judiciales por la Corte Internacional de Justicia.*- 1. Opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado.- 2. Elettronica Sicula SpA (ELSI), Estados Unidos de América vs. Italia.- 3. Delimitación marítima en el Mar Negro.- *C. Usos recientes de antecedentes judiciales en derecho internacional económico.*- 1. Arbitrajes de disputas entre Inversionista-Estado.- 2. Controversias ante el Órgano de Solución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio.- III. CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes temas que han permeado los debates teóricos contenidos en las reflexiones de juristas en diferentes épocas y lugares, es el relacionado con la función del juez en el proceso de adjudicación de casos.¹ Uno de los aspectos de ese debate es la posición que un sistema jurídico asume, desde el punto de vista normativo, frente a cuál ha de ser el valor jurídico de las decisiones de los jueces. Esta discusión no es ajena a la teoría y práctica del derecho internacional.

La solución pacífica de las controversias entre Estados, y entre éstos y otros sujetos como individuos o multinacionales, representa uno de los ámbitos centrales del desarrollo del derecho internacional contemporáneo. En ese contexto, es necesario reflexionar sobre cuál es la posición del sistema jurídico internacional,² en términos de fuentes jurídicas, sobre el valor jurídico de las decisiones de los jueces en la solución de dichas controversias.

En la tradición jurídica anglosajona,³ el juez es un protagonista central en el proceso de formación del derecho.⁴ Las funciones de los jueces incluyen: i) adjudicar los casos y ii) desarrollar

1 Por *adjudicación* se está haciendo referencia al proceso mediante el cual un juez o un tribunal toman una decisión frente a un caso concreto.

2 En cuanto a las discusiones sobre la naturaleza del derecho internacional como un sistema jurídico, ver, entre otros: Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, 27-55 (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1942).

Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, 213-237 (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 1997).

David J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 1-12 (6th ed., Sweet & Maxwell, London, 2004).

3 El concepto de tradición jurídica fue desarrollado por el comparatista Patrick Glenn quien lo acuñó para describir las diferentes expresiones de derecho en diversas comunidades del planeta. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, 1-31 (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2007).

Patrick Glenn, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 421-440 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).

4 Para entender la tradición anglosajona o del *common law*: Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (Little, Brown and Company, Boston, 1881).

Konrad Zweigert & Heinz Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 180-275 (3rd ed., Tony Weir, trans., Oxford University Press, Oxford, 1998).

Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, 224-272 (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2007).

normas jurídicas que harán parte del sistema jurídico del que son partícipes dichos jueces.

Como consecuencia de la última de estas funciones, en la tradición jurídica anglosajona se desarrolló la doctrina reflejada en la máxima latina *stare decisis et non quieta movere*. De acuerdo con lo dispuesto por esa doctrina, también llamada *del precedente*, una corte está obligada a seguir la decisión de otras cortes que hayan resuelto un caso con las mismas condiciones.⁵ De esa manera, el derecho que deben aplicar los jueces no es únicamente aquel contenido en las normas desarrolladas por el legislador o las agencias estatales, sino también el desarrollado por las decisiones que en el pasado han tomado los jueces.

Por su parte, la posición de la tradición jurídica continental⁶ sobre el rol de un juez o tribunal que resuelve una controversia, se refleja de forma lapidaria en la famosa sentencia de Montesquieu: “*el juez es la boca de la ley*”.⁷ En tal sentido, el rol del juez está limitado a resolver el caso específico y, en consecuencia, en términos generales su decisión no tiene efectos jurídicamente vinculantes frente a la solución de casos futuros.

El derecho internacional público⁸ se desarrolló con aportes de juristas alrededor de todo el planeta,⁹ pertenecientes entre otras, a las tradiciones continental y anglosajona. Lo anterior se dio como consecuencia del ideal universal del derecho internacional y de su desarrollo en el marco de instituciones en las que participaron representantes de un gran número de Estados.

5 Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary*, 661 (2nd ed., West Group, St. Paul, Minnesota, 2001).

6 Konrad Zweigert & Heinz Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 74-179 (3rd ed., Tony Weir, trans., Oxford University Press, Oxford, 1998).
Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, 125-169 (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2007).

7 Charles Louis de Secondat Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes* (Editorial Tecnos, Madrid, 2000).

8 Según la visión clásica, el derecho internacional público ha sido definido como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre estados. Ese conjunto de normas se distingue del derecho internacional privado, en tanto éste hace referencia a las reglas sobre solución de conflictos de normas entre distintos sistemas jurídicos nacionales.

9 Tales como los miembros de la Comisión de Derecho Internacional desde 1949 hasta la actualidad, los miembros de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia.

En medio de esa discusión entre miembros de las diferentes tradiciones jurídicas del mundo, la visión sobre la función del juez en la tradición jurídica continental influyó sobremanera el proceso de formación sobre las fuentes jurídicas del derecho internacional, por lo que en general se ha afirmado que en el derecho internacional público, y como parte del mismo, en el derecho internacional económico,¹⁰ no existe una disciplina de *stare decisis*. De esa manera, la función de las decisiones judiciales en el derecho internacional público es servir de fuentes auxiliares, en el sentido de contribuir a la identificación e interpretación de las fuentes principales (tratados, costumbre y principios generales del derecho).¹¹

No obstante lo anterior, la práctica de cortes internacionales y tribunales arbitrales evidencia que las decisiones de casos anteriores sirven de guía para la decisión de casos posteriores. Frente a esa situación, surge la pregunta sobre si las decisiones que diferentes órganos o individuos toman en desarrollo de la solución de las controversias entre Estados o entre éstos y terceros, bajo las reglas del derecho internacional, son o no jurídicamente vinculantes para sus pares en el análisis de casos futuros.

El objetivo de este artículo es explorar la forma en que, a partir del análisis de algunos instrumentos de derecho internacional y la práctica judicial de ciertos tribunales,¹² se puede proponer una respuesta a la pregunta sobre el valor jurídico de las decisiones judiciales en el contexto del derecho internacional público y el derecho internacional económico. Siguiendo la clasificación propuesta por los teóricos estadounidenses perte-

10 Por derecho internacional económico, se hace referencia a las normas de derecho internacional público relativas a las áreas del derecho internacional comercial, derecho internacional de las inversiones y demás áreas relacionadas.

Para una revisión sobre el concepto de derecho internacional económico, John Jackson, *Reflections on International Economic Law*, 17 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1, 17-28 (1996).

11 Siguiendo la visión clásica de las fuentes del derecho internacional, según lo señalado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

12 Es importante precisar que el objetivo del presente artículo no es hacer un análisis exhaustivo de un gran número de casos, sino tomar algunos ejemplos que ilustran las discusiones y posiciones sostenidas a lo largo del texto.

necientes al movimiento denominado *realismo jurídico*¹³ entre el derecho en los libros y el derecho en acción, se analizará cuál es el “derecho en los libros” y cuál el “derecho en acción” en el contexto del derecho internacional público y dos ámbitos del derecho internacional económico: el derecho internacional de las inversiones y la solución de controversias bajo el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC).¹⁴

Para desarrollar su objetivo, el artículo está dividido en tres secciones. En la primera, se hace una descripción del deber ser normativo, es decir, según el derecho en los libros cuál ha de ser el rol de las decisiones judiciales en el análisis de las fuentes del derecho internacional. Para tal efecto, se revisa el mandato que la Corte Internacional de Justicia¹⁵ tiene en los términos de los artículos 38 y 59 de su estatuto, y también se revisa si existe una norma equivalente en el contexto del derecho internacional económico, en el ámbito del derecho internacional de las inversiones y de la solución de controversias bajo el régimen de la solución de controversias de la OMC. En la segunda, se hará referencia a algunas decisiones judiciales y laudos arbitrales, mediante los que se busca reflejar el derecho en la acción, presentando una descripción del uso que dichos entes han dado a decisiones anteriores para identificar e interpretar el derecho internacional aplicable. Finalmente, en la tercera sección se incluyen algunas reflexiones sobre cómo analizar el derecho en los libros frente al derecho en la práctica, reflejado en las decisiones judiciales relativas a la solución de controversias internacionales, y proponer una posición que pueden asumir los jueces frente a cómo manejar el tema desde la perspectiva del derecho internacional público.

13 De acuerdo con la expresión desarrollada por los autores del realismo jurídico estadounidense, como Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes o Karl N. Llewellyn. William W. Fisher, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed, eds., *American Legal Realism* (Oxford University Press, Oxford, 1993).

14 Para información completa de la OMC, <http://www.wto.org/>

15 Para información completa de la Corte Internacional de Justicia, <http://www.icj-cij.org/>

I. EL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS LIBROS

Se puede afirmar que, a lo largo del siglo XX, los internaciona-
listas han identificado que la función de las decisiones judiciales
dentro del sistema de fuentes del derecho internacional es la
consagrada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Interna-
cional de Justicia. Es decir, que de acuerdo con lo contemplado
en el derecho en los libros, las decisiones judiciales en el ámbito
internacional se deben sujetar a lo prescrito en la norma antes
mencionada. Lo anterior se debe a que existe un gran consen-
so según el cual es claro que dicha norma ha sido reconocida
como la norma de normas¹⁶ o, en otras palabras, como aquella
norma que recoge e identifica cuáles son las fuentes del derecho
internacional público. La anterior posición ha sido objeto de
críticas¹⁷ y, sin duda, es susceptible de ser revisada, no obstante,
sigue sirviendo de fundamento para aproximarse al estudio de
las fuentes del derecho internacional público y, en cierta medida,
del derecho internacional económico.

A. El caso de la Corte Internacional de Justicia

Como se mencionó anteriormente, los límites normativos que
sujetan el valor de las decisiones de la Corte Internacional de
Justicia como fuentes del derecho internacional son el artículo
38 y el artículo 59 del estatuto de la Corte. A continuación, se
desarrollan esos límites y la forma en que su presencia determina
cuál es el derecho en los libros, en lo que tiene qué ver con el
papel de las decisiones judiciales como fuentes del derecho, en
el contexto del derecho internacional público.

16 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3-6 (7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2008).

David J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 18-20 (6th ed., Sweet & Maxwell, London, 2004).

Malcolm N. Shaw, *International Law*, 70 (6th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008).

Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, en *International Law*, 117-119 (Malcolm D. Evans, ed., 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).

17 Ver nota 16 anterior.

1. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a aquellos instrumentos o reglas de derecho internacional que la Corte Internacional de Justicia deberá tener en cuenta al momento de decidir respecto de una controversia que le haya sido sometida o, en otras palabras, de donde surge el derecho internacional público que deberá ser aplicado por la Corte. En tal sentido, este artículo dispone lo siguiente:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las disputas que le sean sometidas, aplicará:

(...)

d. Sujeto a las disposiciones del artículo 59, las decisiones judiciales (...).

El origen del anterior artículo se remonta al estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁸ y refleja la forma en que los internacionalistas de la época consideraban que se conformaba el derecho internacional. En tal sentido, el artículo 38 del estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional disponía que las fuentes del derecho internacional incluyen: i) los tratados, ii) la costumbre, iii) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas y, de forma auxiliar, las decisiones judiciales y la opinión de los principales doctrinantes del derecho internacional. Es importante anotar que actualmente se reconoce que, además de esas fuentes, también surgen obligaciones para los Estados de otras fuentes, como los actos unilaterales de los Estados¹⁹ o las decisiones de ciertos órganos de las organizaciones internacionales de las que son parte los Estados, como es el caso de las decisiones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.²⁰

18 Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, en *International Law*, 118 (Malcolm D. Evans, ed., 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).

19 *Nuclear Tests, New Zealand v. France*. Judgment, *ICJ Reports 1974*, 472-473, paras 46-49.

20 Artículo 25 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter5.shtml>.

Esta clasificación, en lo que tiene que ver con el rol de las decisiones judiciales, se debe a que el estatuto de la Corte Internacional de Justicia se basó en la tradición del derecho continental.²¹ En tal sentido, los redactores de la norma se apartaron de forma clara y explícita de la visión de los precedentes del derecho anglosajón también conocida como la doctrina del *stare decisis*. Esa posición no fue el resultado de un capricho o de la prevalente posición de un grupo de juristas, sino estuvo estrechamente ligada a la visión *voluntarista* del derecho internacional, según la cual las únicas normas que podrían ser jurídicamente vinculantes a los Estados son aquellas derivadas de la expresión de su consentimiento directo.²² De tal manera, una decisión judicial que no fuera expresamente reconocida como vinculante para un Estado no podría obligar a otros Estados en el futuro.

Teniendo en cuenta lo anterior, los mismos redactores incluyeron en el estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el texto del artículo 59, reproducido integralmente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que como se explica a continuación dimensiona el alcance de las decisiones de la corte, respecto de las partes involucradas en una disputa que haya sido sometida a su consideración.

Es importante precisar que en ese texto no se hizo una clara delimitación frente a qué tipo de decisiones judiciales se estaba haciendo referencia. Al respecto, algunos doctrinantes han señalado que la norma no hace referencia exclusiva a las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional o de la Corte Internacional de Justicia, sino que también abarca decisiones de otros órganos internacionales tales como los tribunales de arbitramento o los tribunales *ad hoc* para la solución de controversias internacionales, como el tribunal de reclamaciones entre Irán y Estados Unidos, o los tribunales *ad hoc* en materia penal internacional (como el Tribunal Penal

21 Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, xvii (Digitally Printed Version, Cambridge University Press, Cambridge, 2007).

22 Stephen C. Neff, *A Short History of International Law*, en *International Law*, 29-55 (Malcolm D. Evans, ed., 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).

Internacional para la Antigua Yugoslavia, TPIY/ICTY o el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, TPIR/ICTR).²³

2. El artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Con el fin de salvaguardar el principio de consentimiento, y guiados por la tradición jurídica continental, los redactores del estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y del de la Corte Internacional de Justicia incluyeron los siguientes términos en el artículo 59:

La decisión de la Corte es únicamente jurídicamente vinculante para las partes del caso particular.

En consonancia con el literal d) del numeral 1 del artículo 38 antes mencionado, esas normas han sido entendidas como una barrera de contención frente a la posible existencia de una práctica de *stare decisis* en el ámbito del derecho internacional público. En tanto la doctrina del *stare decisis*,²⁴ que en su significado literal quiere decir “estarse a lo decidido”, implica que los jueces están obligados a seguir como derecho vinculante las reglas derivadas de los casos que se hayan decidido en el pasado; posición normativa diametralmente opuesta a la contemplada en los artículos 38 y 59 antes mencionados.

No obstante lo anterior, es necesario analizar si esto implica que las decisiones judiciales no tienen ningún valor jurídico en el contexto del derecho internacional público.

3. ¿Valor jurídico de las decisiones judiciales en el derecho internacional público?

En medio del anterior marco normativo, hay grandes debates académicos respecto de si las anteriores normas limitan de forma

23 Malcolm N. Shaw, *International Law*, 111 (6th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008).

24 Nota 5 *supra*.

fundamental la posibilidad de que tribunales internacionales—en particular la Corte Internacional de Justicia— utilicen decisiones de casos anteriores como fuente de derecho para decidir respecto de nuevos casos que sean sometidos a su competencia.²⁵ La pregunta central es si esas decisiones judiciales contribuyen a la formación del derecho internacional y, en consecuencia, crean derecho, o si su función es simplemente indicativa para la decisión de futuros casos.

Independientemente de la posición que se asuma en medio del debate, es claro que en la práctica de la Corte Internacional de Justicia se han utilizado decisiones anteriores para desarrollar argumentos jurídicos destinados a la solución de nuevos casos.²⁶

Lo anterior plantea la necesidad de revisar qué distancia hay entre el derecho en los libros, de acuerdo con las normas descritas hasta el momento y el derecho en acción, visto desde la práctica de la Corte Internacional de Justicia.

A. ¿Cuál es el derecho en los libros en el derecho internacional económico?

Como se mencionó en la introducción del presente artículo, el objetivo es analizar la pregunta sobre el valor jurídico de las decisiones judiciales, tanto en el ámbito del derecho internacional público como del derecho internacional económico. Hasta el momento, se ha presentado la concepción del derecho internacional público en los libros, es decir, en su contexto normativo. Teniendo en cuenta que el derecho internacional público es el marco general desde el cual se desarrollan las otras ramas del derecho internacional, como el derecho internacional económico, en la presente sección se procede a precisar cómo se debe entender el derecho internacional económico en los libros. Para tal efecto, se revisan los límites normativos en el caso del derecho internacional de las inversiones y en el caso de la solución

25 Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, xvii (Digitally Printed Version, Cambridge University Press, Cambridge, 2007).

26 Algunas de estas decisiones son descritas en la sección II del presente artículo.

de controversias en el contexto de la Organización Mundial del Comercio.

1. El derecho internacional de las inversiones

Por derecho internacional de las inversiones, se está haciendo referencia al conjunto de reglas convencionales y consuetudinarias que regulan la promoción y protección de inversiones que los nacionales de un Estado llevan a cabo en el territorio de otro. Es importante anotar que, debido a su relativa novedad, el derecho internacional de las inversiones aún se encuentra en proceso de desarrollo y no es del todo claro cuáles son las fuentes jurídicas internacionales que lo componen.²⁷ No obstante lo anterior, los recientes desarrollos del derecho internacional de las inversiones evidencian la existencia de un amplio cuerpo de reglas de derecho internacional aplicables a la materia,²⁸ que se pueden dividir entre reglas convencionales y reglas consuetudinarias.

En materia convencional, los principales instrumentos jurídicos mediante los cuales se han desarrollado esas reglas son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI o BIT, por su sigla en inglés) que, según reportes de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo²⁹ (UNCTAD, por su sigla en inglés), ascienden a unos 2.676 tratados firmados entre diferentes miembros de la comunidad internacional. Además de esos tratados, también se han desarrollado normas sustantivas de derecho internacional económico por medio de normas desarrolladas en el contexto de acuerdos de integración regional (por ejemplo, bajo la Unión Europea, el Mercado Común del Sur, MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones, CAN, entre otros), de Acuerdos de Libre Comercio (como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN; el Tratado

27 Lori F. Damrosch, Louis Henkin & Sean D. Murphy, *International Law: Cases and Materials*, 1614 (4th ed., West Group, St. Paul, Minnesota, 2001).

28 Gerhard Loibl, *International Economic Law*, en *International Law*, 708-709 (Malcolm D. Evans, ed., 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).

29 Informe de prensa del 6 de julio de 2009, <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=11719&intItemID=1634&lang=1>.

de Libre Comercio del Grupo de los Tres –México, Colombia y Venezuela– o el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos), en especial en los capítulos de promoción y protección de inversión de esos acuerdos, o en los tratados de Doble Tributación (como el Tratado de Doble Tributación entre Colombia y España), en lo que tiene que ver con el estándar de tratamiento en materia tributaria.

Además de esas normas convencionales, se ha reconocido en la doctrina que existe un cuerpo de normas consuetudinarias, en su mayoría relacionadas con las obligaciones relativas a las condiciones en que se podrá llevar a cabo la expropiación de bienes de extranjeros ubicados en el territorio de un Estado.³⁰ Vale la pena anotar que hay un debate sobre si las reglas consuetudinarias también se extienden a otros aspectos sustantivos del derecho internacional de las inversiones.³¹

En medio de la variedad de fuentes y la falta de sistematización de las reglas aplicables a la protección de inversiones, es complicado identificar unas normas claras sobre qué rol tienen las decisiones judiciales o los laudos arbitrales en el contexto de la solución de controversias relacionadas con la protección de inversiones. Para construir una regla semejante a la contenida en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el derecho internacional de las inversiones, es posible seguir dos caminos.

En el primer escenario, se puede afirmar que en tanto el derecho internacional de las inversiones está enmarcado en el derecho internacional público, las reglas generales aplicables a la identificación de las fuentes del derecho internacional son análogamente extensibles al caso de las inversiones. De esa manera, los efectos jurídicos de las decisiones judiciales de casos relativos a la protección de inversiones estarán circunscritos a la solución del caso particular y en ningún caso podrán trascender

30 Gerhard Loibl, *International Economic Law*, en *International Law*, 708-709 (Malcolm D. Evans, ed., 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).

31 Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investments* (2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004).

a la solución de casos futuros. Este caso sería aceptable, si se valida la tesis según la cual el derecho internacional público es un todo que no está fragmentado temáticamente y que en él no hay sistemas autocontenidos con reglas particulares y diferenciadas del resto del derecho internacional.

El segundo camino, desde el punto de vista normativo o del derecho en los libros, para establecer el valor jurídico de las decisiones judiciales en el ámbito del derecho internacional de las inversiones, es la posición que del tema se puede derivar de las reglas sobre solución de controversias en materia de inversiones. Seguir este camino tiene el reto que surge de la diversidad de mecanismos de solución de controversias: reglas UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law o CNUMDI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), reglas de la Cámara de Comercio Internacional y reglas del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones). Siguiendo el alcance de estas reglas, en general,³² todas están diseñadas de forma tal que las partes de las controversias sean las que, mediante el pacto arbitral correspondiente, establezcan el derecho sustantivo que el tribunal deberá aplicar y, en caso de falta de estipulación de las partes de la controversia en tal sentido, será el tribunal el que establezca el derecho sustantivo que aplicará.³³ En ese sentido, no es claro que de estas reglas se pueda identificar una posición contundente, como la que parece estar reflejada en el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, respecto del valor jurídico de las decisiones de los tribunales de arbitramento sujetos a las reglas de arbitraje.

En la segunda sección del presente artículo se revisa la manera como en la práctica se ha dimensionado el valor de dichas decisiones en el contexto normativo antes descrito.

32 Artículo 33 de las reglas de arbitraje de UNCITRAL, artículo 17 de las reglas de arbitraje la Cámara de Comercio Internacional y artículo 42 de la Convención del CIADI.

33 Domenico Di Pietro, *Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia*, en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 223-279 (Todd Weiler, ed., Cameron May, London, 2005).

2. Limitaciones frente al uso de los antecedentes judiciales en el contexto de las Reglas de Solución de Controversias en la Organización Mundial del Comercio

Finalmente, también se resuelve la pregunta para el caso de la solución de controversias en el contexto de la OMC.

El caso de la OMC es más cercano a la Corte Internacional de Justicia que al ámbito de solución de controversias en materia de derecho internacional de las inversiones. Lo anterior se debe a que bajo el desarrollo institucional de la OMC se fijaron reglas claras y precisas sobre cómo se llevarían a cabo los procedimientos para la solución pacífica de controversias, los cuales estaban centralizados en el Órgano de Solución de Disputas, que se regirían por las reglas procedimentales contenidas en el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias (el “Arreglo para la Solución de Controversias”).³⁴

De acuerdo con lo señalado en el artículo 1 del Arreglo para la Solución de Controversias, el Órgano de Solución de Disputas, OSD, deberá decidir las controversias a partir de lo dispuesto en los acuerdos abarcados (que incluyen los siguientes: Acuerdo mediante el que se establece la OMC, Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Arreglo para la Solución de Controversias, y algunos acuerdos plurilaterales). Por su parte, el artículo 3.2 del Arreglo para la Solución de Controversias contiene la referencia al papel de la solución de controversias en el contexto de la OMC. Este artículo establece lo siguiente:

El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos

³⁴ Para información completa sobre el proceso de solución de controversias en la OMC, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm.

y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

En las normas anteriores, se identifica una primera barrera de contención frente a cómo se debe entender el valor jurídico de las decisiones que sean tomadas por el Órgano de Solución de Disputas en las controversias que le sean presentadas por los miembros de la OMC.³⁵

II. EL DERECHO INTERNACIONAL EN ACCIÓN

A. ¿El derecho internacional es utilizado como los prescriben los libros?

Ahora, se revisan algunos ejemplos sobre cómo se ha utilizado el derecho internacional en la práctica de algunos tribunales internacionales. El propósito de presentar estos casos es analizar si el derecho internacional, en lo que tiene que ver con el valor jurídico de las decisiones judiciales, se ajusta a lo que prescribe el derecho en los libros o no.

Los casos que se incluyen en la presente sección son ejemplos de decisiones relevantes, de acuerdo con la calificación que de ellos han hecho la doctrina o los propios tribunales, en cada uno de los ámbitos que se exponen.

B. Usos recientes de antecedentes judiciales por la Corte Internacional de Justicia

Para ejemplificar la práctica de la Corte Internacional de Justicia en lo que atañe al valor que les ha dado a sus decisiones ante-

³⁵ Para una revisión de la existencia de una práctica del *stare decisis*, Raj Bhala, *The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)*, en *14 American University International Law Review*, 4, 845-956 (1998-1999).

riores en el proceso de adjudicación de nuevos casos, se toman tres casos de distintos períodos de la Corte y en diferentes áreas del derecho internacional público. Antes de entrar en el análisis de cada uno de esos casos, es importante advertir que, tal como lo han señalado algunos doctrinantes,³⁶ la práctica usual de la Corte Internacional de Justicia es seguir cuidadosamente sus propias decisiones o, como lo planteó la misma Corte respecto al caso entre *Camerún vs. Nigeria*,³⁷ refiriéndose al argumento de Nigeria, según el cual la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso de los *Derechos de Paso*,³⁸ no le era aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

*Es cierto que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59, las sentencias de la Corte solamente son vinculantes para las partes involucradas en y respecto de un caso particular. No hay ningún caso en obligar a Nigeria a cumplir decisiones a las que llegó la Corte en casos anteriores. La verdadera pregunta es, si en este caso, existe alguna razón para no seguir el razonamiento y conclusiones de casos anteriores.*³⁹

Con la última frase de este pasaje, la Corte Internacional de Justicia evidencia su posición sobre el valor que se debe dar a las posiciones jurídicas que desarrolla en decisiones anteriores. En tal sentido, aunque las decisiones precedentes no son en sí mismas jurídicamente vinculantes, la Corte sí hace un exhaustivo análisis de por qué ante un caso nuevo se deben dejar de lado las decisiones que haya tomado en el pasado y que han servido de base para establecer cuál es el derecho internacional.

36 Entre otros, Malcolm N. Shaw, *International Law*, 110 (6th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008).

Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, 26-29 (Digitally Printed Version, Cambridge University Press, Cambridge, 2007).

37 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Cameroon v. Nigeria*. Preliminary Objections Judgment, 275, *ICJ Reports 1998*.

38 *Right of passage over Indian territory, Portugal v. India*. Preliminary Objections, Judgment of November 26th, 1957, 125, *ICJ Reports 1957*.

39 *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Cameroon v. Nigeria*. Preliminary Objections Judgment, 292, para 28, *ICJ Reports 1998*. Traducción libre del autor y resaltado fuera del texto original.

1. Opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado⁴⁰

En este caso, la Corte Internacional de Justicia resolvió la pregunta que le fue sometida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2003:

¿Cuáles son las consecuencias legales que surgen de la construcción del muro que está siendo levantado por Israel, la Fuerza Ocupante, en el Territorio Palestino Ocupado, incluyendo el interior y exterior de Jerusalén oriental, en las condiciones descritas en el informe del Secretario-General, teniendo en cuenta las reglas y principios de derecho internacional, incluyendo la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, y resoluciones relevantes del Consejo de Seguridad y la Asamblea General? [traducción libre del autor].

Para responder esta pregunta, la Corte analizó, entre otros aspectos, si esa situación constituía una transgresión al principio de la libre determinación de los pueblos contenido en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, adoptada el 24 de octubre de 1970, y el artículo I común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR, por su sigla en inglés) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés).

En la evaluación de este tema, la Corte Internacional de Justicia se refirió a varias sentencias que había tomado en el pasado, en las cuales reconoció el carácter jurídicamente vinculante de ese principio y adicionalmente lo identificó como norma *erga omnes*. Los casos citados para tales efectos fueron los siguientes:⁴¹ Opinión consultiva sobre *Sahara Oriental*⁴² y el caso de *Timor Oriental entre Portugal y Australia*.⁴³

40 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion, 136, *ICJ Reports 2004*.

41 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion, 171-172, *ICJ Reports 2004*.

42 *Western Sahara*. Advisory Opinion, 68, para. 162, *ICJ Reports 1975*.

43 *East Timor, Portugal v. Australia*. Judgment, 102, para 29, *ICJ Reports 1995*.

2. Elettronica Sicula SpA (ELSI), Estados Unidos de América vs. Italia⁴⁴

En este caso, la Corte Internacional de Justicia resolvió las pretensiones presentadas por Estados Unidos de América en contra del Estado italiano, frente al supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado de Amistad, Comercio y Navegación, suscrito entre los Estados. La demanda fue presentada con el fin de reclamar los perjuicios derivados de ciertas medidas que el gobierno de Italia tomó respecto de ELSI, una compañía de propiedad de dos sociedades con domicilio social en Estados Unidos.

En la discusión judicial de las partes, se encontraba el punto sobre si existía o no una violación directa al derecho internacional y, en consecuencia, no era necesario cumplir el requisito del agotamiento de los recursos internos antes de proceder con la demanda ante la Corte Internacional de Justicia. Lo anterior se debió a que Estados Unidos reclamaba que Italia había cometido una violación directa de las obligaciones internacionales que le debía en virtud del tratado de Amistad, Comercio y Navegación. Al respecto, siguiendo el razonamiento que había trazado en el caso de *Interhandel*,⁴⁵ la Corte estableció que Estados Unidos efectivamente estaba haciendo uso de la figura de la protección diplomática y, en consecuencia, sí estaba actuando con el objetivo de conseguir la reparación de los daños causados a las compañías controlantes de ELSI, ambas con domicilio social en Estados Unidos y, por tanto, era necesario agotar los recursos internos antes de acceder a la reparación en el plano internacional.

Vale la pena anotar que en este caso, el juez Shigeru Oda emitió una opinión disidente, en la que señaló que se apartaba del análisis hecho respecto del tema de la protección diplomática,

44 *Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States of America v. Italy*. Judgment, 15, *ICJ Reports* 1989.

45 *Interhandel Case, Switzerland v. United States*. Judgment of March 21st 1959, 28, *ICJ Reports* 1959.

pues la Corte no había tenido en cuenta los elementos sobre la nacionalidad de los ciudadanos, requeridos en el caso de *Barcelona Traction*,⁴⁶ para que efectivamente se pudiera ejercer la protección diplomática. En esencia, la Corte no evaluó si los accionistas de las compañías de Estados Unidos también eran nacionales de ese país. Lo anterior en tanto, según lo señalado en el caso *Barcelona Traction*, lo que determina la posibilidad de ejercer la protección diplomática frente a compañías es la nacionalidad de sus accionistas y no la de la compañía en sí misma.

En este caso, se evidencia cómo la mayoría de la Corte utilizó un caso para fundamentar los temas relacionados con la protección diplomática y agotamiento de recursos internos, al igual que el uso de decisiones anteriores para criticar la opinión de la mayoría frente al cumplimiento de los requisitos trazados por la Corte para el efectivo ejercicio de la protección diplomática.

3. Delimitación Marítima en el Mar Negro⁴⁷

En este caso, la Corte Internacional de Justicia se pronunció sobre una disputa de delimitación marítima entre Rumania y Ucrania.

Entre los temas analizados por la Corte, estaba la evaluación sobre quién tiene la carga de la prueba. Para analizar ese tema jurídico, la Corte se remitió a varios casos anteriores: *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*,⁴⁸ *Caso de la Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio*⁴⁹ y el *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*.⁵⁰ En todas esas decisiones, la Corte sostuvo que quien alega un

46 *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Belgium v. Spain*. Judgment of February 5th, 1970, 34, 35, 37, *ICJ Reports 1970*.

47 *Maritime Delimitation in the Black Sea, Romania v. Ukraine*. Judgment February 3rd, 2009, ICJ. <http://www.icj-cij.org/doCKET/index.php?p1=3&p2=3&k=95&case=132&code=ru&p3=4>.

48 *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge, Malaysia v. Singapore*. Judgment of May 23th 2008, para. 45, ICJ.

49 *Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro*. Judgment February 26th 2007, para. 204, ICJ.

50 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States*. Jurisdiction and Admissibility Judgment, 437, para. 101, *ICJ Reports 1984*.

hecho como fundamento de sus pretensiones tiene la carga de probarlo.

En este caso, la Corte reiteró una de las reglas probatorias básicas que ha desarrollado y mantenido a lo largo de sus decisiones.

C. Usos recientes de antecedentes judiciales en derecho internacional económico

En esta sección, se revisan ciertas decisiones de tribunales internacionales relativas a algunos temas del derecho internacional económico. En la primera parte, se exponen ejemplos sobre el uso que se ha dado a decisiones judiciales en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados y en la segunda, se revisa la posición del Órgano de Solución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio, respecto del valor jurídico de decisiones anteriores.

1. Arbitrajes de disputas entre Inversionista-Estado

A continuación, se presentan dos casos resueltos por tribunales de arbitramento conformados de acuerdo con las reglas del CIADI. Estos casos son ejemplos de cómo, en ese contexto, se han utilizado antecedentes judiciales del derecho internacional.

Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos⁵¹

En este caso, Metalclad Corporation, una compañía con domicilio en Estados Unidos, inició un procedimiento de arbitraje ante el CIADI, invocando la violación de las obligaciones de los Estados Unidos Mexicanos contenidas en los artículos 1105 y 1110 del TLCAN. Esa solicitud surgió como consecuencia de ciertas medidas que los gobiernos locales de San Luis de Potosí

51 *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario), Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, laudo enviado a las partes el 30 de agosto de 2000.

y de Guadalcázar tomaron frente al desarrollo y operación del confinamiento de residuos peligrosos de Metalclad.

Entre los temas objeto de la controversia, se encontraba la discusión de si las medidas tomadas por los gobiernos locales de San Luis Potosí y de Guadalcázar constituyen o no una expropiación indirecta contraria a lo establecido en el artículo 1110 del TLCAN. En desarrollo del análisis, y como argumento para fundamentar la existencia de una expropiación indirecta, el tribunal hizo referencia al caso *Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre & the Government of Ghana*,⁵² en el cual identificó que en supuestos fácticos muy similares, las medidas tomadas por las autoridades de Ghana constituían en su conjunto expropiación indirecta, en la medida en que tenían el efecto de causar una suspensión irreparable de los trabajos del proyecto.

The Loewen Group, Inc. & Raimond L. Loewen
vs. Estados Unidos de América⁵³

En este caso, el grupo Loewen, un grupo de compañías canadienses, participó en un litigio comercial iniciado en su contra por compañías de la familia O'Keefe, en el Estado de Misisipi en Estados Unidos de América. Durante el litigio, se llevaron a cabo ciertas arbitrariedades en contra del grupo Loewen, relacionadas con acusaciones infundadas hechas por el abogado de O'Keefe, respecto del origen nacional de Loewen, que tuvieron como desenlace una condena adversa por US\$500 millones. El grupo Loewen buscó apelar esa decisión y se le exigió un bono judicial de US\$625 millones, lo que en criterio del grupo Loewen hacía nugatorios sus derechos de apelar.

52 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario), Caso No. ARB(AF)/97/1, laudo enviado a las partes el 30 de agosto de 2000, para. 108. 95 *International Legal Materials, ILM*, 183, 207-210.

53 *The Loewen Group, Inc. y Raimond L. Loewen v. Estados Unidos de América*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso No. ARB(AF)/98/3, laudo enviado a las partes el 26 de junio de 2003.

En virtud de los anteriores hechos, el grupo Loewen decidió iniciar un procedimiento arbitral bajo las reglas del CIADI, para que se reconociera que los límites al desarrollo de sus actuaciones judiciales en Misisipi era contrario al artículo 1105 del TLCAN, en tanto constituía un trato contrario al principio de trato justo y equitativo.

En desarrollo del análisis del caso, el tribunal de arbitramento fundamentó su interpretación del contenido del principio de trato justo y equitativo en el razonamiento que del tema hizo la Corte Internacional de Justicia en el caso ELSI,⁵⁴ al igual que en el análisis propuesto por el tribunal de arbitramento en el caso CIADI entre *Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América* (Caso No. ARB(AF)/99/2, laudo del 11 de octubre de 2002).

Estos casos, representativos, son evidencia de cómo en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, existe una práctica de utilizar las decisiones de tribunales anteriores y otros tribunales internacionales para identificar y aplicar el derecho internacional relativo a la protección de inversiones.

2. Controversias ante el Órgano de Solución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio

El caso del valor jurídico de las decisiones judiciales en el contexto de la solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio difiere en cómo se entiende el derecho en los libros, frente al caso de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales de arbitramento conformados para la solución de controversias relacionadas con inversiones. Esta diferencia radica en que desde el texto mismo del artículo 3.2 del Arreglo para la Solución de Controversias se establece cuál es el papel del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio: salvaguardar la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio. En tal sentido, es fundamental

54 Nota 44 *supra*.

el texto final del artículo 3.2, que dispone: “*Las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Disputas no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados*”.

Como consecuencia de lo anterior, en la presente sección no se presentarán casos como en las secciones anteriores, sino simplemente se precisa que el texto del artículo 3.2 del Arreglo de Solución de Controversias ha sido generalmente seguido por el Órgano de Solución de Disputas.⁵⁵

55 Para un análisis detallado sobre el valor jurídico del distinto tipo de decisiones de solución de controversias en el contexto de la Organización Mundial del Comercio, David Palmeter & Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: practice and procedure*, 51-64 (2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004).

III. CONCLUSIONES

La principal conclusión es que hay una distancia real entre lo que establece el derecho en los libros y la forma en que se evidencia el derecho en acción. Lo anterior se debe a que en la práctica, los tribunales que resuelven controversias en los ámbitos del derecho internacional antes mencionados, se guían en el proceso de adjudicación por las decisiones que sus pares han tomado en el pasado. Aunque se podría argumentar que ese uso de las decisiones no implica reconocerles un valor jurídicamente vinculante, lo cual no sería impreciso, es igualmente claro que en un gran número de casos el uso que los tribunales dan a los precedentes es muy similar al uso que bajo la tradición jurídica anglosajona se da al derecho producido por los jueces y, en consecuencia, sí se puede hablar de una práctica de *stare decisis*. Tanto, que en muchas ocasiones en sus decisiones o en opiniones disidentes o salvamentos de voto, los jueces de los tribunales internacionales expresan las razones por las cuales el tribunal se separó de forma correcta o incorrecta de la línea de decisión construida a partir de casos anteriores.

De acuerdo con la reflexión de Jan Paulsson⁵⁶ sobre el tema objeto de este artículo, quien siguiendo lo dicho por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de los *Créditos de Brasil*,⁵⁷ sostiene que la obligación principal de los tribunales y sus miembros es conocer el derecho. De tal suerte que en el ámbito del arbitraje internacional, una de las responsabilidades centrales de las partes de una controversia es escoger a los árbitros que en su criterio conozcan el derecho aplicable a su controversia. Responsabilidad a la que los árbitros deben atender con suprema cautela y que, en muchas ocasiones, implicará apoyarse en las decisiones judiciales anteriores, bien sea para tomarlas como guías en la solución del caso específico o para criticarlas y apartarse de

56 Jan Paulsson, *International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law*, 3 *Transnational Dispute Management*, 5 (2006).

57 *Brazil Loans Case*. PCIJ, Judgment July 12th, 1929, Series A, No. 21, 12.

ellas, todo lo cual hace parte de esa responsabilidad fundamental de quien adjudica: conocer y desarrollar el derecho.

La posición del juez Azevedo en el caso del *Asilo*⁵⁸ sintetiza muy bien el valor jurídico que se ha de reconocer a las decisiones judiciales en el contexto del derecho internacional:

Se debe recordar... que la decisión de un caso particular tiene profundas repercusiones, particularmente en la interpretación del derecho, en tanto los puntos de vista que han sido confirmados por dichas decisiones adquieren un valor cuasi-legislativo, no obstante el principio jurídico según el cual la decisión no tiene ningún efecto vinculante excepto para las partes involucradas y respecto del caso particular (Artículo 59 del Estatuto).

58 Asylum case, Colombia v. Peru. Judgment of November 20th, 1950, 332, ICJ Reports. David J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 52 (6th ed., Sweet & Maxwell, London, 2004). Traducción libre del autor.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law* (7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2008).
- Damrosch, Lori F., Henkin, Louis & Murphy, Sean D., *International Law: Cases and Materials* (4th ed., West Group, St. Paul, Minnesota, 2001).
- Fisher, William W., Horwitz, Morton J. & Reed, Thomas A., eds., *American Legal Realism* (Oxford University Press, Oxford, 1993).
- Garner, Bryan A., ed., *Black's Law Dictionary* (2nd ed., West Group, St. Paul, Minnesota, 2001).
- Glenn, Patrick, *Legal Traditions of the World* (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2007).
- Harris, David J., *Cases and Materials on International Law* (6th ed., Sweet & Maxwell, London, 2004).
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law* (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 1997).
- Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law* (Little, Brown and Company, Boston, 1881).
- Kelsen, Hans, *Law and Peace in International Relations* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1942).
- Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *El Espíritu de las Leyes* (Editorial Tecnos, Madrid, 2000).
- Palmeter, David & Mavroidis, Petros C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization: practice and procedure*, 51-64 (2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004).
- Shahabuddeen, Mohamed, *Precedent in the World Court* (Digitally Printed Version, Cambridge University Press, Cambridge, 2007).
- Shaw, Malcolm N., *International Law* (6th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008).
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investments* (2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004).
- Zweigert, Konrad & Kötz, Heinz, *An Introduction to Comparative Law* (3rd, Tony Weir, trans., Oxford University Press, Oxford, 1998).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Glenn, Patrick, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 421-440 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).
- Loibl, Gerhard, *International Economic Law*, en *International Law* (Malcolm D. Evans, ed., 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).
- Neff, Stephen C., *A Short History of International Law*, en *International Law* (Malcolm D. Evans, ed., 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).

Pietro, Domenico di, *Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco v. Indonesia*, en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Todd Weiler, ed., Cameron May, London, 2005).

Thirlway, Hugh, *The Sources of International Law*, en *International Law* (Malcolm D. Evans, ed., 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006).

REVISTAS

Bhala, Raj, *The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy)*, en *14 American University International Law Review*, 4, 845-956 (1998-1999).

Jackson, John, *Reflections on International Economic Law*, *17 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1, 17-28 (1996).

Paulsson, Jan, *International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law*, *3 Transnational Dispute Management*, 5 (2006).

CASOS

Corte Internacional de Justicia (cronológicamente)

Brazil Loans Case. Permanent Court of International Justice, PCIJ, Judgment July 12th, 1929, Series A, No. 21, 12.

Asylum case, Colombia v. Peru. Judgment of November 20th, 1950, 332, *ICJ Reports 1950*.

Right of passage over Indian territory, Portugal v. India. Preliminary Objections, Judgment of November 26th, 1957, *ICJ Reports 1957*.

Interhandel Case, Switzerland v. United States. Judgment of March 21st 1959, *ICJ Reports 1959*.

Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Belgium v. Spain. Judgment of February 5th, 1970, *ICJ Reports 1970*.

Nuclear Tests, New Zealand v. France. Judgment, *ICJ Reports 1974*.

Western Sahara. Advisory Opinion, *ICJ Reports 1975*.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States. Jurisdiction and Admissibility Judgment, *ICJ Reports 1984*.

Elektronika Sicula SpA (ELSI), United States of America v. Italy. Judgment, *ICJ Reports 1989*.

East Timor, Portugal v. Australia. Judgment, *ICJ Reports 1995*.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Cameroon v. Nigeria. Preliminary Objections Judgment, *ICJ Reports 1998*.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion, *ICJ Reports 2004*.

Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro. Judgment February 26th 2007, *ICJ Reports*.

Sovereignty over Pedra Branca/Pulua Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge, Malaysia v. Singapore. Judgment of May 23th 2008, *ICJ Reports*.

Maritime Delimitation in the Black Sea, Romania v. Ukraine. Judgment February 3rd, 2009, *ICJ Reports*.

Laudos arbitrales (cronológicamente)

Metalcad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario), Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, laudo enviado a las partes el 30 de agosto de 2000.

The Loewen Group, Inc. y Raimond L. Loewen vs. Estados Unidos de América. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, laudo enviado a las partes el 26 de junio de 2003.

SITIOS WEB

<http://www.wto.org/>

<http://www.icj-cij.org/>

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=95&case=132&code=ru&p3=4>

<http://www.un.org/en/documents/charter/>

<http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=11719&intItemID=1634&lang=1>

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm