

LOS JUECES NACIONALES COMO GARANTES DE BIENES JURÍDICOS HUMANITARIOS *

Nicolás CARRILLO SANTARELLI

Investigador de Derecho Internacional Público
Universidad Autónoma de Madrid

Carlos ESPÓSITO

Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS JUECES Y DERECHOS INTERNOS DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA INTERNACIONAL.—2.1. Los contactos entre los ordenamientos jurídicos internos e internacional ante los estrados judiciales.—2.2. La finalidad protectora de los ordenamientos jurídicos y los jueces como sus garantes.—3. LAS FUNCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PARA LOS JUECES NACIONALES.—3.1. La dimensión individual y las motivaciones personales de los jueces.—3.2. Posibilidad de acudir al Derecho internacional de conformidad con el marco normativo interno.—3.3. Los jueces nacionales como partícipes y actores del Derecho internacional.—4. LOS BIENES JURÍDICOS HUMANITARIOS GLOBALES COMO FACTOR DE COHESIÓN Y ORIENTACIÓN DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL.—5. CONCLUSIONES.

* Este trabajo se enmarca en el contexto de dos proyectos de investigación: el proyecto DER2009-11436 sobre «Protección de bienes jurídicos globales: el desafío de los actores no estatales» y el proyecto del Centro de Estudios de América Latina de la UAM sobre «El papel de los jueces iberoamericanos en la implementación de normas internacionales de protección a las personas, transacciones económicas y lucha contra el crimen organizado». Este trabajo fue presentado en un seminario sobre jueces nacionales y Derecho internacional, que tuvo lugar en la UAM los días 24 y 25 de mayo de 2010. Agradecemos a todos los participantes en el seminario sus críticas y observaciones, especialmente a Paola Andrea Acosta Alvarado, Marcelo Alegre, Jessica Almqvist, Sebastián Elías, Astrid Espaliat, Leonardo Filippini, Luciano Donadío, Mercedes Pérez Manzano y Gabriela Rodríguez.

1. INTRODUCCIÓN

No es extraño que la globalización y la mayor facilidad con que se accede a la información sobre la labor de los jueces nacionales hayan contribuido a que su papel en la formación, aplicación y modificación del Derecho internacional sea uno de los temas más relevantes de la discusión doctrinal actual¹. Este fenómeno no se debe únicamente a los avances tecnológicos aparejados a la globalización: la posición del Juez nacional siempre ha sido única en la medida en que representa a un órgano principal del Estado que tiene capacidad para operar directamente con el Derecho internacional. Sin embargo, en las últimas dos décadas se ha producido un cambio sustancial en la medida en que esa posición de los jueces nacionales se ha profundizado más allá de los aspectos meramente formales, dado que estos jueces deciden con mayor conocimiento del Derecho internacional y en relación con ámbitos de ese ordenamiento jurídico que hasta hace poco tiempo era reservado a unos pocos especialistas. Además, los jueces nacionales se relacionan hoy con otros actores en un escenario transnacional, conformando grupos y hasta redes asociativas², que amplían las perspectivas de su actuación e influencia³, que en muchos casos ya no están limitadas por las fronteras de los Estados. Esa profundización sustantiva y expansión temática va unida a la toma de conciencia de que en la actualidad los jueces nacionales adoptan decisiones comprometidas sobre determinados bienes jurídicos globalmente relevantes.

En este texto nos proponemos analizar los posibles contactos entre jueces nacionales y Derecho internacional en el contexto jurídico global y transnacional de hoy, donde los nexos entre ordenamientos jurídicos y diversos actores se acrecientan en un entorno de interdependencia. Además de este propósito eminentemente descriptivo, buscamos ofrecer una propuesta teórica sobre los jueces como garantes de bienes jurídicos globales, que pueden operar como agentes de coordinación y armonización de la actividad judicial

¹ Varias organizaciones académicas nacionales e internacionales se ocupan o se han ocupado recientemente del Derecho internacional en los tribunales nacionales; entre las internacionales es necesario citar al Institute of Droit International, que tiene una resolución sobre las *Actividades de los Jueces Nacionales y las Relaciones Internacionales de sus Estados*, emitida en la sesión de Milán, 1993, y al Comité de la International Law Association sobre «International Law in Municipal Courts», que ha publicado varios informes sobre su objeto de estudio. La literatura contemporánea sobre el tema es extensa y crece constantemente. Cabría citar los libros de CONFORTI, B., y FRANCONI, F., *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997; y FRANCK, Th. M., y FOX, G. H. (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Nueva York, Transnational Publishers, 1996. También resultan de interés numerosos artículos, entre los que se incluyen FRANCONI, F., «International Law as a Common Language for National Courts», *Texas International Law Journal*, vol. 36, 2001, pp. 587-598; KOH, H. H., «How is International Human Rights Law Enforced?», *Indiana Law Journal*, vol. 74, 1997, pp. 1397-1417; BENVENISTI, E., y DOWNS, G. W., «National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law», *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, pp. 59-72, y muchos otros que aparecerán citados a lo largo del texto.

² Véase, por ejemplo, SLAUGHTER, A.-M., *A New World Order*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2005.

³ Véase BENVENISTI, E., y DOWNS, G. W., «National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law», *op. cit.*, nota 1.

interna frente al Derecho internacional e incorporar metas compartidas por los ordenamientos jurídicos de diversos niveles. Estimamos que los factores individuales que influyen en el posicionamiento judicial frente al Derecho internacional, junto a las posibilidades y límites presentes en los ordenamientos jurídicos estatales, posibilitan que los jueces empleen diversas estrategias jurídicas que permiten hacer de los estrados judiciales escenarios de protección de fines jurídicos de la comunidad mundial protectores de la dignidad humana. El ejercicio y la justificación de la jurisdicción estatal hacen cada vez más factible esta defensa, y los crecientes acercamientos entre ordenamientos jurídicos en cuanto al contenido de los bienes jurídicos que protegen la dignidad humana⁴ pueden ser elementos unificadores que orienten la actividad judicial y la armonicen en diversas jurisdicciones.

Partiendo de las anteriores consideraciones, en este escrito exponemos cómo los jueces estatales tienen hoy día la posibilidad de operar como garantes de bienes jurídicos respaldados por la comunidad mundial. Esta exposición seguirá el siguiente esquema: tras analizar la posible regulación jurídica internacional de las acciones judiciales internas, exploraremos si existen contactos entre ordenamientos y actores internos, transnacionales e internacionales. Seguidamente, se indagará si los jueces pueden operar como garantes del Derecho internacional, lo cual nos llevará a estudiar las razones y motivos que puedan influir en este posicionamiento. Posteriormente, se analizará si dicho proceder está habilitado por los Derechos internos, y cómo los jueces estatales pueden contribuir a la transformación del propio Derecho internacional. Finalmente, se describirá brevemente la idea de los bienes jurídicos globales como núcleos esenciales para conformar los parámetros de actuación y cooperación de los jueces nacionales en la implementación del Derecho internacional.

2. LOS JUECES Y DERECHOS INTERNOS DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA INTERNACIONAL

Desde la perspectiva jurídica internacional es pacífica la consideración de que la prevalencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno es una consecuencia que exige la lógica de la efectividad de las normas internacionales frente a la interrelación entre ambos sistemas normativos. En consecuencia, las disposiciones de Derecho interno no pueden ser invocadas para justificar el incumplimiento o la inaplicación del Derecho internacional⁵.

⁴ El fundamento jurídico de la dignidad humana se apoya en muchos textos, pero los más generales y persuasivos siguen siendo el Preámbulo y arts. 1, 22 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Véase VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 63, 92.

⁵ Véanse los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 32 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional. Véase también Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Fiscal c. Anto Furundzija*, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 155.

Sin embargo, el Derecho interno no es irrelevante para el Derecho internacional. En este sentido, por ejemplo, se constata que la contravención de las normas internas puede comportar ocasionalmente la invalidez de los productos de las fuentes del Derecho internacional⁶, que los Tribunales internacionales las pueden examinar para dilucidar el contenido de las obligaciones y compromisos estatales, o que existen principios que exigen tener en cuenta su contenido, como es el caso del principio *pro homine*, según el cual debe aplicarse la interpretación o la norma cuyo contenido resulte más favorable para los derechos de las personas⁷, con independencia de su nivel (interno o internacional). La relevancia del Derecho interno también se constata cuando los órganos internacionales se ven obligados a examinarlo con el fin de determinar su compatibilidad con obligaciones internacionales, que pueden ser infringidas por la contradicción entre ellas y las normas internas, constitutiva de hechos ilícitos atribuibles a los órganos con competencias legislativas en un Estado⁸.

Al igual que otros agentes estatales, aquellos con funciones judiciales tienen la capacidad *autónoma* de comprometer la responsabilidad internacional del Estado con sus actos y omisiones, capaces de generar hechos internacionalmente ilícitos *independientes* de las contravenciones de orden legislativo o ejecutivo. Además, el estrecho vínculo entre los jueces y el Derecho cuya aplicación se les encarga supone que pueden generar violaciones adicionales del Derecho internacional atribuibles a su Estado cuando confirmen y den efectividad a decisiones de otras autoridades estatales⁹ cuyo contenido sea internacionalmente ilícito. Esta situación supone un dilema para las autoridades judiciales: según el ordenamiento jurídico del Estado que reconoce su autoridad están en la obligación de aplicar sus normas, pero hacerlo puede generar la responsabilidad del mismo Estado cuando dichas normas sean incompatibles con el Derecho internacional o impidan una actuación de conformidad con este Derecho.

⁶ Art. 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁷ Véanse los arts. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Artículos, y 53 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; AMAYA VILLARREAL, A. F., «El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2005, pp. 356, 361, 374-375.

⁸ Véase el art. 4 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que menciona a las autoridades legislativas o judiciales, entre otras, como órganos que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Véase, además, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero c. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrs. 97-99.

⁹ Véanse el art. 4 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, y el párr. 6 del Comentario de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas a dicho artículo, disponible en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53.º periodo de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), A/56/10, p. 70.

2.1. Los contactos entre los ordenamientos jurídicos internos e internacional ante los estrados judiciales

Es un hecho que la frontera entre lo interno y lo internacional se erosiona en virtud de la generación espontánea de un espacio jurídico global y de la creciente interacción entre participantes de diversos ordenamientos jurídicos¹⁰. En consecuencia, los contactos entre los órdenes internacional e interno y sus respectivos agentes pueden aproximar su contenido y ofrecer posibilidades de interpretación que armonicen sus normas y eviten posibles contradicciones en virtud de la persecución de metas comunes y la difuminación de la frontera entre lo interno y lo internacional, potenciada por la globalización¹¹. Una frontera que, además, se ve debilitada en virtud de la expansión material del Derecho internacional, que propicia la coincidencia entre el ámbito de aplicación de los Derechos internacional e internos en diversas áreas, como las relativas a la protección de la dignidad humana¹². Este solapamiento, aunado al aumento de órganos encargados de la vigilancia del Derecho internacional, potencia la posibilidad de que las normas y las decisiones internacionales sean examinadas en los foros internos.

A su vez, esta situación puede conducir a que el prestigio y la operatividad del Derecho internacional se vea fortalecido o debilitado en el plano interno en virtud de su recepción por los jueces nacionales, cuya práctica puede generar un mensaje simbólico legitimador¹³. Al respecto, es interesante que algunos consideren que los estrados judiciales se han convertido en campos de batalla de cuestiones problemáticas, lo que exige establecer controles a posibles abusos judiciales por parte de otros poderes del Estado y permitir críticas de individuos y de la sociedad, siempre que respeten la independencia e imparcialidad de los jueces.

¹⁰ La teoría de un espacio jurídico global ha sido formulada por autores que estudian el llamado Derecho *administrativo global*, mientras que la interacción de participantes y normas de diversos sistemas jurídicos también ha sido discutida por la doctrina. Sobre estos temas, véase KINGSBURY, B.; KRISCH, N., y STEWART, R., «The Emergence of Global Administrative Law», *ILLJ Working Paper 2004/1*, New York University, pp. 12-18; KOH, H. H., «Review Essay: Why Do Nations Obey International Law?», *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pp. 2646, 2649-2650. Es interesante la consideración de que los derechos humanos (en general, la protección de la dignidad humana) pueden ser una fuerza que limite la fragmentación jurídica, como se enuncia en REINISCH, A., «The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors», en ALSTON, Ph. (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, pp. 72-74.

¹¹ Véanse KINGSBURY, B.; KRISCH, N., y STEWART, R., *op. cit.*, nota 10, pp. 9-10, 12-13; KINGSBURY, B., «The Concept of "Law" in Global Administrative Law», *European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 1, 2009, pp. 52-55, 57; NIJMAN, J., y NOLKKAEMPER, A. (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 11; DEL ARENAL, C., «La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2001*, Bilbao, 2002, p. 53.

¹² Véase GÓMEZ ISA, F., «International Protection of Human Rights», en GÓMEZ ISA, F., y DE FEYTER, K. (eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 19-21.

¹³ Véase GOODMAN, R., y JINKS, D., «Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law», *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 4, p. 735.

Al respecto, es interesante señalar una cuestión discutida por David Caron, quien ha señalado que existen diversas posiciones estratégicas e institucionales frente a las Cortes y Tribunales, entre las cuales se encuentran aquella de las partes enfrentadas en una disputa que debe ser resuelta por los jueces, y la de terceros afectados por eventuales decisiones judiciales (entre quienes puede haber numerosos actores no estatales), buscando con frecuencia quienes se encuentren en estas posiciones que sus intereses sean tenidos en cuenta, lo que exige analizar de manera crítica y cuidadosa sus posiciones y comentarios, sin creer en ellos de manera automática¹⁴. Las entidades que interactúan con los jueces persiguen estos fines, pero ha de señalarse que resulta difícil definir cuáles son sus intereses, en tanto pueden tener objetivos de corto, medio o largo plazo, y debido a que esas entidades pueden identificarse con intereses únicos a ellos o compartidos con otros sujetos, en micro o macro-comunidades.

Por otra parte, los jueces nacionales deben justificar cada vez más su proceder cuando se separen de decisiones de órganos internacionales o de Derecho comparado apoyadas por la sociedad jurídica mundial y la sociedad civil global, y emplearán estas decisiones para fortalecer su postura cuando haya coincidencia, lo cual explica las crecientes referencias a decisiones externas en los pronunciamientos judiciales¹⁵ y el acercamiento entre actores judiciales en un contexto transnacional. En todo caso, los jueces nacionales han de conservar su independencia e imparcialidad, y tener en cuenta que en algunos eventos pretendidas reivindicaciones de la sociedad civil global no son tales ni siempre representan a dicha sociedad¹⁶, emanando de otros actores, sino que por el contrario son aspiraciones políticas de algunos a las que se opone una mayoría o minoría, según el caso, de la, esta sí, sociedad civil, con argumentos legítimos y convincentes.

¹⁴ Véase CARON, D., «Towards a Political Theory of International Courts and Tribunals», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, 2007, pp. 413-414, 417.

¹⁵ El apoyo mutuo realizado por los jueces nacionales de diversos Estados se debe, naturalmente, a una coincidencia entre los argumentos y resultados de las decisiones, lo cual corresponde a una concepción jurídica y política similar. Adicionalmente, se sustenta en normas comunes, a saber, las pertenecientes al Derecho internacional, y puede basarse en ocasiones en preceptos comparados similares. Sobre estos temas, BENVENISTI, E., «Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts», *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 251-252, 273-274. Pero también puede utilizarse el Derecho comparado para apoyar la justificación de un cambio en el Derecho interno, como ha ocurrido en Estados Unidos en relación con octava enmienda de la Constitución, sobre penas crueles e inhumanas, en relación con la limitación de la pena de muerte impuesta a menores de edad en el caso *Roper c. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). Recientemente, en el caso *Graham c. Florida*, 560 U.S. (2010), se ha vuelto a utilizar este método comparado en una opinión escrita por el Juez Kennedy con el objeto de expandir la interpretación de la octava enmienda respecto de la aplicación de la prisión sin libertad condicional para menores de edad que hayan cometido delitos distintos al homicidio.

¹⁶ Véase THÜRER, D., «The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State», en HOFMANN, R. (ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Berlín, Duncker & Humblot, 1999, p. 46; BIANCHI, A., «The Role of Non-State Actors in the Globalization of Human Rights: an International Lawyer's Perspective», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law Without the State*, Aldershot, Dartmouth Gower, 1997, pp. 185, 191-195, 201-203.

Al respecto, puede decirse que se están generando verdaderos *diálogos* o contactos entre jueces: i) en el marco de redes judiciales¹⁷, transnacionales o *internacionales*, o ii) en virtud de la retroalimentación espontánea entre diversos jueces nacionales e incluso internacionales sustentada en la fuerza persuasiva de sus decisiones. Esta retroalimentación está caracterizada por la ausencia de marcos mediadores. En estos procesos los jueces pueden tener en cuenta los pronunciamientos externos por razones variadas, como la *autoritas* del ente que los emite, la identidad en el contenido del objeto jurídico (normativo o fáctico) examinado, o la coincidencia entre resultados jurídicos deseados.

Las dinámicas descritas son de doble vía, y ello supone que los órganos internacionales también han emprendido, pueden y deben mantener un diálogo formal o informal con autoridades estatales¹⁸, con el fin de valorar positivamente sus decisiones e incorporar sus razonamientos, exigir mayor cooperación, o reconocer la necesidad de una cooperación mutua.

Los diálogos interjudiciales, que incluyen a entes cuasijudiciales, tienen un gran potencial, porque la coincidencia de opiniones relevantes tiende a reforzar la apariencia de juridicidad positiva de discursos que antes se consideraban interpretaciones alternativas o incluso políticas legislativas *de lege ferenda*¹⁹. Esto hace que pueda hablarse de los jueces como actores transnacionales con un impacto innegable dada su función de «aplicadores» del Derecho. De esta manera, los jueces pueden ser participantes del fenómeno (positivo o negativo, según el caso) de los procesos de confusión entre el Derecho positivo y las aspiraciones jurídicas²⁰. Ante estas situaciones, resulta

¹⁷ Al igual que existen redes informales entre profesionales jurídicos, pueden presentarse encuentros o vínculos informales o esporádicos entre jueces, no por ello insignificantes, e incluso pueden existir otros encuentros formales. Por otra parte, la coincidencia con decisiones significativas y de alto valor simbólico puede generar diálogos entre jueces nacionales que modifiquen la concepción e interpretación sobre ciertas áreas jurídicas. Sobre algunos de estos temas, véanse BIANCHI, B., *op. cit.*, nota 16, pp. 179-212, en pp. 192-197, 197; JOSSELYN, D., y WALLACE, W., «Non-state Actors in World Politics: a Framework», en JOSSELYN, D., y WALLACE, W. (eds.), *Non-state Actors in World Politics*, Nueva York, Palgrave, 2001, pp. 2-3. En general, sobre las redes de diálogo entre jueces y otros actores internacionales, véase el libro de SLAUGHTER, A.-M., *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2002.

¹⁸ En este sentido, por ejemplo, se ha afirmado que «se puede encontrar, por cierto, no sólo influencias del ordenamiento internacional sobre el interno, sino la interacción y retroalimentación de éste sobre el internacional», en GARCÍA-SAYÁN, D., «Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos», en *La Corte Interamericana: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 328. Esto puede motivarse con el fin de estimular la cooperación de las autoridades judiciales estatales o como una suerte de premio a decisiones afines, y se relaciona con el papel fundamental de los jueces nacionales como garantes de la efectividad del Derecho internacional. Véase BUERGENTHAL, Th., «The Evolving International Human Rights System», *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, p. 806; KNOX, J. H., «Horizontal Human Rights Law», *The American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 19, 44; Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms, Outcome Document*, 23 a 25 de marzo de 2009, Bangkok, Tailandia.

¹⁹ Véase BIANCHI, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 196-197.

²⁰ *Ibid.*, pp. 185, 191, 195, 197, 202. Cfr. POSNER, E. A., *The Perils of Global Legalism*, Chicago, The University of Chicago Press, 2009, p. 68.

esencial la publicidad de la función judicial²¹, porque su existencia constituye una garantía para luchar contra la arbitrariedad y permite efectuar un análisis crítico de los pronunciamientos judiciales²².

En este panorama, las normas protectoras de la dignidad humana pueden servir de contrapeso a la fragmentación y operar como factor de cohesión e integración jurídica entre Derechos internos e internacional. La exigencia de la protección del ser humano hace que sea necesario contar con principios de armonización que puedan controlar eventuales excesos de la globalización y los vacíos derivados de la desconexión y separación entre ordenamientos jurídicos. A nuestro juicio, la teoría de los bienes jurídicos globales, desarrollada más adelante, puede fortalecer esta meta.

2.2. La finalidad protectora de los ordenamientos jurídicos y los jueces como sus garantes

Con el propósito de garantizar la protección coordinada de determinados bienes jurídicos, y evitar su desprotección en algún nivel, se han desarrollado reglas de distribución de competencias relativas a la aplicación del Derecho, que buscan determinar en qué etapa o bajo qué condiciones debe realizarse una acción internacional. Entre estas reglas se encuentran, por ejemplo, los principios o mecanismos de subsidiaridad²³ y complementariedad²⁴.

En virtud de estos mecanismos, a las autoridades judiciales estatales se les brinda la oportunidad de ofrecer una solución jurídica idónea y efectiva a los problemas jurídicos que tengan la obligación de conocer²⁵. Estos mecanismos permiten a los justiciables acudir a los entes de decisión más próximos, lo cual se traduce en menores costes y dificultades procesales, mientras que al Estado se le ofrece la oportunidad de ejercer debidamente las respon-

²¹ Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 13, *Administración de Justicia* (art. 14), 21.º periodo de sesiones, 1984, párr. 6.

²² El Comité de Derechos Humanos señaló que: «La publicidad de las audiencias asegura la transparencia de las actuaciones». En Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 32, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 90.º periodo de sesiones, 2007, párr. 28.

²³ Véase, por ejemplo, CAROZZA, P. G., «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 38-79; BROUDE, T., y SHANY, Y. (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Oxford, Hart, 2008.

²⁴ Véanse los arts. 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y 14 y 15 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Protección diplomática (doc. A/61/10).

²⁵ Existen hechos ilícitos, como violaciones de derechos humanos, cuya investigación y enjuiciamiento no pueden estar condicionados a la actividad de los afectados, en tanto el Estado, y los jueces como agentes suyos, deben asumir dichas tareas como un deber jurídico «propio». Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrs. 225-226.

sabilidades que justifican el haz de competencias condicionadas al derecho que constituyen el núcleo de su soberanía²⁶. Sin embargo, en caso de que el Estado no cumpla con su cometido por incapacidad o falta de voluntad, se abriría la posibilidad de que los afectados pudieran acudir a una instancia distinta, equivalente o superior, con el fin de obtener una respuesta y evitar su desamparo²⁷.

Las reglas de coordinación exigen a los jueces nacionales procurar que su Estado cumpla con el deber de garantizar la implementación efectiva del Derecho interno de manera acorde con el Derecho internacional, bien directamente, si el Derecho interno lo permite, o acudiendo a herramientas interpretativas²⁸. Esto es coherente con la afirmación de que los mecanismos internos son, en principio, idóneos para asegurar la protección efectiva del Derecho. Esta lógica puede relacionarse con los argumentos ya clásicos de Kelsen y Scelle, para quienes el Derecho internacional debía contar con la participación del Estado o de sus autoridades para garantizar su aplicación²⁹.

Ahora bien, la evolución experimentada por el Derecho internacional mediante el reconocimiento de derechos y deberes individuales en normas que no operan con la lógica de la reciprocidad supone, aunada a la posibilidad de que los jueces comprometan la responsabilidad internacional del Estado y al deber de *garantía* de los derechos humanos, que los jueces nacionales puedan funcionar hoy día como cooperantes y garantes de bienes jurídicos comunes de la comunidad internacional que protejan la dignidad humana. El crecimiento cuantitativo y competencial de los órganos internacionales no desmiente las anteriores aseveraciones, en tanto la cooperación y actividad de los jueces nacionales son cruciales para el buen funcionamiento de las normas bajo su vigilancia³⁰ y necesarias para evitar una congestión en el plano internacional³¹, lo cual ha llevado a la sugerencia de algunos autores de que la labor primordial de los órganos internacionales pueda consistir en clarificar, en algunos contextos, el sentido y alcance de las normas o en re-

²⁶ La jurisprudencia internacional percibe a la soberanía como la libertad de comportamientos de un Estado dentro de los límites del Derecho internacional. Véase, por ejemplo, NOLTE, G., «Sovereignty as Responsibility?», *Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2005. Una posición teórico-filosófica que sujeta las competencias derivadas de la soberanía al respeto la dignidad humana se ofrece en PETERS, A., «Humanity as the A and Ω of Sovereignty», *European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 3, 2009, p. 543. Véase también KOH, H. H., «Review Essay: Why Do Nations Obey International Law?», *op. cit.*, nota 10, p. 2636 (especialmente los pies de página 189 y 190 de este último texto).

²⁷ Se ha dicho que el acceso a instancias internacionales de protección puede suponer «la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional». Cita extraída del Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade a la sentencia de excepciones preliminares de la Corte Interamericana en el caso *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, de 4 de septiembre de 1998, párr. 35.

²⁸ Cfr. ESPÓSITO, C., *La OMC y los particulares*, Madrid, Dykinson, 1999.

²⁹ Sobre las coincidencias y diferencias de estos dos autores en relación con la teoría descrita, y su vigencia frente a la actividad judicial interna, véase CASSESE, A., «Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (*dédoublement fonctionnel*) in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 1, núm. 1, 1990, pp. 220-221, 226-231.

³⁰ Véase GARCÍA-SAYÁN, D., *op. cit.*, nota 18, pp. 326-331.

³¹ Véase KNOX, J. H., *op. cit.*, nota 18, pp. 2, 46.

solver problemas jurídicos complejos³², aunque debe tenerse en cuenta que las autoridades judiciales desempeñan múltiples funciones, muchas de las cuales no son evidentes³³.

La idea de que los jueces nacionales son garantes y cooperantes indispensables del Derecho internacional implica que una actitud negativa de estos jueces ante el ordenamiento jurídico internacional puede generar su ineficacia práctica. El poder que tienen los jueces para aplicar el Derecho les permite tomar decisiones trascendentales que afectarán la eficacia del Derecho internacional y los bienes jurídicos protegidos por la comunidad global. Por supuesto, la identificación de los jueces con intereses globales³⁴ o con la protección del ser humano³⁵ no es sencilla ni tampoco fácil en algunas ocasiones controvertidas. Por eso, partiendo de un análisis desagregado del Estado, es necesario identificar las variables que inciden en las decisiones de los jueces y los procesos que puedan llevar a los agentes judiciales a comprometerse con la garantía de bienes jurídicos de la comunidad mundial. A continuación estudiaremos estos factores.

3. LAS FUNCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PARA LOS JUECES NACIONALES

Como individuos que a su vez son operadores jurídicos con autoridad oficial, las decisiones de los jueces frente a la aplicación del Derecho internacional y la garantía de bienes jurídicos de una comunidad mundial están sometidas a una multiplicidad de factores que influyen en sus decisiones: su carácter, ideología y otros elementos personales conviven junto a límites y estímulos jurídicos *stricto sensu* sobre la posición del Derecho internacional en el Derecho interno, que en su conjunto pueden influir en las motivaciones de los jueces. Estas personas pueden sentirse vinculadas en términos morales³⁶, profesionales o políticos por el Derecho internacional, o tender a dar

³² Véase CEBADA ROMERO, A., y NICKEL, R., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una Europa asimétrica: ¿Hacia el pluralismo constitucional?», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La obra jurídica del Consejo de Europa (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Ediciones Gandulfo, 2010, pp. 9-13. El fenómeno de las sentencias piloto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un dato importante a estos efectos. Al respecto, véase LEACH, P.; HARDMAN, H.; STEPHENSON, S., y BLITZ, B. K., *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of «Pilot Judgments» of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Amberes, Intersentia, 2010.

³³ Véase CARON, D., *op. cit.*, nota 14, pp. 402, 405-410.

³⁴ Sobre la naturaleza egoísta de muchos intereses nacionales, DEL ARENAL, C., *op. cit.*, nota 11, p. 29; CASSESE, A., *op. cit.*, nota 29, p. 216. En relación con el cambio de identidades en virtud de procesos globalizadores y transnacionales, véase KOH, H. H., «Review Essay: Why Do Nations Obey International Law?», *op. cit.*, nota 10, pp. 2633-2644, 2650, 2653, 2659; VAN STADEN, A., y VOLLAARD, H., «The Erosion of State Sovereignty: Towards a Post-territorial World?», en KRELIJEN, G. *et al.* (eds.), *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 167-168.

³⁵ Véase voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade a la Opinión consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28 de agosto de 2002, párt. 19.

³⁶ Véase POSNER, E. A., *op. cit.*, nota 20, pp. 50-52.

preferencia al Derecho interno por idénticos motivos. Conviene mostrar un panorama de esos factores.

3.1. La dimensión individual y las motivaciones personales de los jueces

Las decisiones conscientes o inconscientes de los jueces frente al Derecho internacional podrán variar en función de elementos profesionales, tales como su trayectoria personal y académica, su entorno, su orientación teórica e ideológica y, específicamente, su concepción del Derecho internacional y el Estado. Estos elementos están ligados a cuestiones que superan lo profesional, como la historia personal, la filosofía, la adscripción política, la concepción sobre la sociedad, la personalidad, las preferencias individuales y políticas, el sentido de la justicia, o la ideología de cada Juez.

Los anteriores factores generan una percepción general de cada Juez sobre el papel que el Derecho internacional *debería* tener en el orden interno, aunque esta concepción variará en función tanto de los casos concretos que deba examinar y los valores en juego como de la posibilidad que tenga de elegir entre alternativas jurídicamente admisibles.

La descentralización y relativamente escasa institucionalización del Derecho internacional hacen que los agentes de los Estados deban encargarse a menudo de la interpretación de sus normas por medio de sus jueces. Por este motivo, son de particular interés las explicaciones que se han ofrecido sobre las razones que pueden llevar a los Estados a cumplir con el Derecho internacional, que concretaremos en el plano de los jueces nacionales. Entre las explicaciones que se han ofrecido sobre estos motivos, se encuentran: *a)* la presión-coerción; *b)* el estímulo; *c)* la aculturación; *d)* las consideraciones morales; *e)* la interiorización; *f)* un análisis de costos y beneficios, y *g)* la convicción-cooperación con determinados objetivos jurídicos. A continuación analizaremos estas explicaciones en relación con los jueces nacionales.

a) En nuestro contexto, podemos entender la presión-coerción como factor de motivación como el deseo de los jueces de evitar la concreción de amenazas de sanciones formales o informales aplicadas como consecuencia de la transgresión del Derecho internacional en contra suya, de un grupo de identidad o de su Estado³⁷.

En relación con esta consideración, es posible que en algunos eventos los jueces de Estados débiles se sientan reacios a examinar la actividad de actores privados que operan de forma transnacional a la luz del Derecho in-

³⁷ Así se señala, por ejemplo, en GOODMAN, R., y JINKS, D., *op. cit.*, nota 13, pp. 725-726, 728, 731, 743, 745-747. Harold Koh distingue entre cumplimiento y obediencia del Derecho, siendo esta última una adecuación del comportamiento acompañada de convicción, mientras que la primera obedece al temor de una sanción o al deseo de obtener un incentivo, lo cual correspondería con la variante analizada. Véase KOH, H. H., «Review Essay: Why Do Nations Obey International Law?», *op. cit.*, nota 10, pp. 2600-2601.

ternacional, a menos que cooperen con jueces de otros Estados, dados los posibles efectos nocivos que dicho escrutinio puede acarrear para sus países, al vislumbrarse posibles represalias no estatales³⁸.

La efectividad de este factor puede disminuir en virtud de la asimetría de poder entre los involucrados, la creencia de cumplir el Derecho internacional o la férrea defensa de intereses extrajurídicos, por lo cual esta motivación es insuficiente como explicación exclusiva del respeto judicial del Derecho internacional. En la época y contexto actuales, no debe descartarse que el Juez pueda verse constreñido por exigencias de grupos de presión afectados por decisiones adoptadas de conformidad con el Derecho internacional.

b) El estímulo positivo, por medio de la persuasión, incentivos u otras modalidades³⁹, constituye una previsión de los jueces de que ellos, algún grupo con el que se identifiquen o sus Estados, obtendrán o conservarán beneficios en caso de ajustar sus decisiones al Derecho internacional. Resulta interesante analizar esta motivación frente a la figura del Juez como posible representante de la comunidad internacional. En efecto, al poder asegurar en su ejercicio profesional beneficios jurídicos que se distribuyan más allá de las fronteras estatales, que en principio limitarían sus facultades y representación, el Juez puede convertirse en garante de un sistema jurídico metaestatal, que tenga en cuenta las aspiraciones de una pluralidad de actores.

c) También se hace necesario advertir la fuerza que puede presentar el fenómeno de la *aculturación*, entendida como la imitación, hipócrita u honesta, consciente o inconsciente, de conductas desplegadas por otros participantes en un contexto de membresía común, como por ejemplo en las relaciones transnacionales. Estas relaciones suponen un entramado de influencias mutuas entre diversos actores que llevan a generar interpretaciones sobre el Derecho, las cuales pueden ser internalizadas posteriormente a través de una práctica reiterada. Cabe advertir que la no adecuación a las normas de la «cultura» no obedece necesariamente al designio de su incumplimiento, pudiendo atribuirse a dificultades internas u otras razones⁴⁰.

Concretando la noción de aculturación, se observa que los jueces pueden asumir el ejemplo propuesto por las autoridades *internacionales* o foráneas que pertenezcan a un mismo conjunto de identidad, en un proceso que se refuerza a sí mismo mediante el fomento de diálogos judiciales, fortaleciendo la generación espontánea de acuerdos implícitos y prácticas generalizadas y el poderío de las autoridades judiciales a medida que se cierre el ámbito de la conversación y se excluyan determinadas fuentes de información (gubernamentales, legislativas, etc.).

³⁸ Véase BENVENISTI, E., y DOWNS, G. W., «National Courts Review of Transnational Private Regulation», Working paper, pp. 16-17, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1742452.

³⁹ Véase GOODMAN, R., y JINKS, D., «Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law», *op. cit.*, nota 13, p. 726.

⁴⁰ Sobre estos temas, véase GOODMAN, R., y JINKS, D., *op. cit.*, nota 13, pp. 728, 730-743.

En segundo término, la aculturación puede llevar al Juez a considerar que ciertas aspiraciones de *lege ferenda* son Derecho positivo, confundiénolas. Este fenómeno es particularmente fuerte en el ámbito de los derechos humanos, donde ciertas concepciones particulares son esgrimidas como oficiales en discursos políticos con pretensiones jurídicas de algunos sectores. Estos procesos pueden conducir a *cambios* normativos⁴¹, cuyo origen será en ocasiones judicial.

d) En relación con las motivaciones morales en la aplicación y garantía del Derecho internacional, podría resultar paradójico que ciertos jueces sientan una obligación moral de dar prioridad a un Derecho cuya creación ofrece una participación restringida y en ocasiones poco transparente⁴². No obstante, es necesario distinguir entre la legitimidad *procesal* y la justicia *sustantiva o de contenido* del Derecho internacional⁴³, que pueden generar la convicción judicial de su legitimidad. Algunas normas internacionales y las opiniones de algunos autores permiten inferir que, en principio, ni el Derecho interno ni el internacional están en una posición de ventaja o superioridad moral en términos abstractos para tener prevalencia competencial, en tanto la distribución de competencias y poderes en uno u otro nivel es una cuestión que debe analizarse teniendo presentes las circunstancias de cada supuesto, atendiendo a principios de distribución de poder (subsidiariedad, complementariedad u otros) y al examen de cada caso concreto⁴⁴.

En cuanto a la idea de la justicia sustantiva, hay eventos en que el contenido material de las normas del Derecho internacional puede ser el más benéfico para el ser humano. Además, existen instrumentos que garantizan la aplicación del contenido más favorable, como el principio *pro homine*. La posibilidad de que los jueces puedan tener en cuenta las normas más favorables y que tengan el deber de procurar que su Estado cumpla con los deberes a su cargo puede generar una cultura y una práctica judicial que refuercen la protección de la dignidad humana.

⁴¹ Véase BIANCHI, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 185, 191, 193-195, 201-203. Sobre la importancia del papel de cambio y dinámica de los actores diferentes a los Estados en el escenario internacional (e interno, igualmente, añadimos), véase ANDREOPOULOS, G. J., *et al.*, «Conclusion: Rethinking the Human Rights Universe», en ANDREOPOULOS, G. J. *et al.*, *Non-State Actors in the Human Rights Universe*, Bloomfield, Kumarian Press, Inc., 2006, pp. 335-336.

⁴² Véase POSNER, E. A., *op. cit.*, nota 20, pp. 50-52.

⁴³ Véase KOH, H. H., *op. cit.*, nota 10, pp. 2641-2644.

⁴⁴ Se habla de las teorías de gobierno multinivel, que se orientan a la regulación y aplicación más efectiva del Derecho. Véase PETERS, A., *op. cit.*, nota 26, pp. 535-356. Es posible encontrar criterios de complementariedad, subsidiariedad y efectividad de remedios en los arts. 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o 25 y 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. Adicionalmente, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* [art. 46.1, 46.2.a) y 46.2.b) Convención Americana sobre Derechos Humanos], párrs. 22-41; JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 123-127.

El reconocimiento del Derecho imperativo (*ius cogens*) internacional, que implica un Derecho internacional con jerarquías normativas⁴⁵, puede fortalecer esta protección reforzada, al ofrecer contenidos mínimos cuya efectividad prevalece frente a manifestaciones jurídicas de todo actor y norma, incluso invalidando en el plano internacional disposiciones estatales contrarias, lógica que puede ser recogida en algunos Derechos internos.

En resumen, el contenido o los procesos que han llevado a la emergencia de una norma internacional pueden hacer que los jueces las consideren «justas» o legítimas⁴⁶. Adicionalmente, algunas normas internacionales pueden comportar acuerdos amplios, lo cual refuerza su legitimidad⁴⁷. Todo esto puede generar en los jueces la sensación de tener un deber moral de garantizar, cuando menos, la aplicación de algunos mínimos del Derecho internacional en caso de que el Derecho interno no ofrezca garantías superiores, lo cual puede llevarles a buscar estrategias jurídicas que les permitan aplicarlos.

e) La *interiorización* constituye un proceso que puede tener tres variantes: social, política y jurídica. La variante jurídica se caracteriza por la asimilación o introducción sutil o formal del contenido del Derecho internacional en el sistema jurídico interno, un hecho que se intensifica con la reiteración de actitudes respetuosas, que incluso pueden modificar la identidad o intereses de los jueces nacionales⁴⁸. De esta manera, si se conjuga la percepción del Derecho internacional como parte del Derecho interno, que debe guiar y orientar la actuación judicial estatal, con la posibilidad de incorporaciones o remisiones a concepciones sobre el Derecho internacional no estrictamente positivas⁴⁹, el panorama se puede ampliar para tener en cuenta fenómenos de participación e interacción de los jueces como *partícipes* del Derecho internacional junto a otros actores⁵⁰.

f) Los análisis económicos y/o racionales consideran que las causas conducentes al respeto del Derecho en la praxis de sus destinatarios obedecen a la ponderación de factores como los costos y beneficios del cumplimiento

⁴⁵ Véase CARRILLO SANTARELLI, N., *Los retos del Derecho de Gentes —ius cogens—: la transformación de los Derechos internacional y colombiano gracias al ius cogens internacional*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2007, pp. 32-35, 161-167, 279.

⁴⁶ Véanse los Votos concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade a la Opinión consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28 de agosto de 2002, párr. 20; y a la Opinión consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, párrs. 48-50. Acerca de la legitimidad procesal del Derecho (internacional), sus diferencias y complementariedad con la justicia sustantiva o de contenido, véase KOH, H. H., *op. cit.*, nota 10, pp. 2641-2644. Véase también FRANCK, T. M., *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

⁴⁷ Véase REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 67, 71.

⁴⁸ Véase KOH, H. H., *op. cit.*, nota 10, pp. 2633-2634, 2646, 2656-2659; REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *op. cit.*, nota 47, p. 53.

⁴⁹ Véase BIANCHI, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 185, 191, 195, 197, 202; POSNER, E. A., *op. cit.*, nota 20, p. 68.

⁵⁰ Véase MERON, T., *The Humanization of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 317; NIJMAN, J., «Sovereignty and Personality: A Process of Inclusion», en KREIJEN, G. *et al.* (eds.), *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 138-139.

de las normas jurídicas o a consideraciones sobre la racionalidad de los comportamientos. Esta teoría alude en consecuencia a nociones como, por ejemplo, la conveniencia de que un comportamiento coincida con lo prescrito por el Derecho⁵¹. La poco ejemplar práctica de los Estados en cuestiones de gran trascendencia e impacto sobre asuntos vitales⁵² podría explicarse en ocasiones según esta lógica, dada la mayor capacidad de infracción impune de los actores más poderosos en un sistema jurídico materialmente desigual⁵³.

El examen racional de un caso es efectuado por individuos, que en ocasiones pueden desempeñar funciones judiciales. El fervor patriótico inculcado culturalmente o consideraciones sobre la protección de los intereses domésticos, que generan la idea de un interés nacional⁵⁴, puede llevar a los jueces a procurar garantizar el beneficio de los principios jurídicos internos que contradigan al Derecho internacional. Sin embargo, esta idiosincrasia podría superarse en virtud de interpretaciones y estrategias constructivas que integren en términos sinérgicos los Derechos estatal e internacional y los intereses comunes protegidos por ellos.

Estas razones justifican generar la percepción de un sistema jurídico global e integral con fines comunes. Al dar preferencia en términos jurídicamente aceptables y razonables a los bienes jurídicos globales, incluidos en el Derecho interno por vía directa o incluso por remisión, los jueces dejan de tener un papel meramente pasivo como destinatarios del Derecho internacional y pueden convertirse en sus partícipes, llevando al Estado a asumir una posición de garante de bienes jurídicos supraestatales.

g) La posición judicial frente al Derecho internacional también puede estar influenciada por un sentido de cooperación que emane de la convicción, diversa a la simple *asimilación*, del deber de contribuir a la consecución de metas e intereses compartidos con partícipes de otros sistemas jurídicos (internacionales o internos, e incluso particulares).

Autores como Benvenisti consideran que los jueces nacionales invocan con creciente frecuencia el Derecho internacional para reforzar su posición

⁵¹ Por ejemplo, PAE, J., «Sovereignty, Power, and Human Rights Treaties: An Economic Analysis», *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 5, núm. 1, 2006, pp. 71-95.

⁵² En este sentido, véase REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 47, pp. 49-50.

⁵³ Sobre la igualdad formal del Derecho internacional, las excepciones jurídicamente admisibles a dicho principio, la desigualdad material en las relaciones internacionales, y los vínculos entre estos factores, véase ESPÓSITO, C., «Soberanía e igualdad en Derecho internacional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, vol. 13, 2009, pp. 291-310.

⁵⁴ Acerca de la noción del interés del Estado en un modelo de análisis unitario, véase POSNER, E. A., *op. cit.*, nota 20, p. 40. Adicionalmente, véase DEL ARENAL, C., *op. cit.*, nota 11, pp. 23, 28, 59-60, donde se aclara que la acción de diversos actores sociales ha logrado modificar la concepción del interés nacional como «guía *suprema*» de las relaciones exteriores estatales, en tanto la preocupación por cuestiones de otra índole, como las relativas a la dignidad humana, se ha entronizado, lo que lleva a considerar que esta relevancia no se presenta únicamente cuando existe una presión no estatal (interna o externa), toda vez que los agentes del Estado, como seres humanos, pueden obrar motivados por dichas consideraciones y preocupaciones.

y proteger principios y valores de índole interna⁵⁵. Esta tesis puede ser cierta en algunas circunstancias, pero los otros factores enunciados a lo largo de estas páginas, además de la fuerza o presión que pueden ejercer actores judiciales transnacionales e internacionales, tienen la potencialidad de generar la convicción y el compromiso de procurar la protección de bienes comunes y compartidos en una sociedad global incluso a favor de personas sin nexo con el Estado que ejerce jurisdicción. Además, existen circunstancias en las cuales se potencia y estimula la consecución de metas comunes, como ocurre con la protección de las víctimas y la lucha contra la impunidad, que se ven favorecidas con las decisiones judiciales propicias a la litigación transnacional, incluso frente a agresores no estatales⁵⁶, u otras posibilidades de protección extensiva de derechos de las víctimas, como la jurisdicción penal universal. Sin embargo, esta expansión se limita en ocasiones por presiones políticas⁵⁷ contra integrantes de la judicatura u otros actores estatales.

Ninguna explicación sobre las causas del posicionamiento judicial estatal frente al Derecho internacional es autosuficiente o exhaustiva⁵⁸, por lo cual la influencia simultánea y la relevancia de las diferentes alternativas en cada caso concreto incidirán en la actitud del Juez, atendiendo a los posibles efectos de su proceder, aunque dadas la libertad personal y la responsabilidad individual de los jueces, junto a los límites impuestos por los sistemas jurídicos, los jueces pueden no sentirse constreñidos por esos factores en algunos eventos.

Justamente por esta razón, sería simplista tanto asumir que los jueces son completamente libres para actuar de manera caprichosa sin exponerse a sanciones desde un punto de vista normativo, como creer que su comportamiento está predefinido por las circunstancias. En otras palabras, resulta facilista estimar que el Juez se mueve con absoluta libertad según sus propias convicciones, siendo insatisfactorias las nociones deterministas o de comportamiento meramente circunstanciales.

⁵⁵ Eyal Benvenisti sugiere la idea de que los jueces nacionales acuden en ocasiones al Derecho internacional con el fin de proteger intereses de orden interno frente a presiones externas que limiten el poder de otros agentes estatales. Véase BENVENISTI, E., *op. cit.*, nota 15, pp. 241-244, 247-252, 273-274. Consideramos que, en otras ocasiones, los jueces nacionales actúan de manera contraria a las convicciones jurídicas o políticas de otros agentes del Estado, invocando normas de orden internacional incluso para proteger bienes jurídicos supranacionales.

⁵⁶ Véase MARTÍNEZ BARRABÉS, M., «La responsabilidad civil de las corporaciones por violación de los derechos humanos: un análisis del *Caso Unocal*», en ABELLÁN HONRUBIA, V., y BONET PÉREZ, J. (eds.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho internacional público: los actores no estatales: ponencias y estudios*, Barcelona, Bosch Editor, 2008, pp. 236-248.

⁵⁷ Sobre algunos ejemplos de estas presiones, véase FISCHER-LESCANO, A., «Global Constitutional Struggles: Human Rights between *colère publique* and *colère politique*», en KALECK, W. *et al.* (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Berlín, Springer, 2007, pp. 21-22; WEISS, P., «The future of Universal Jurisdiction», en KALECK, W. *et al.* (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, *op. cit.*, nota 57, pp. 34-35.

⁵⁸ Como se reconoce en GOODMAN, R., y JINKS, D., «Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law: A Rejoinder to Roda Mushkat», *European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 2, pp. 443-445; KOH, H. H., *op. cit.*, nota 10, pp. 2634, 2644, 2649.

Una pretendida libertad irresponsable absoluta del Juez se niega implícitamente al aludir a las interpretaciones *permitidas o admisibles* por el Derecho interno, que recuerdan que los jueces están revestidos de facultades y sujetos a límites en un marco institucional y jurídico⁵⁹ —que estipula sus funciones y prohibiciones—, lo cual no es sino el reconocimiento de que el Juez está limitado por el ordenamiento jurídico y no puede justificar determinadas decisiones sin exponerse a sanciones del sistema y a que la opinión pública no comparta su proceder, por lo cual los jueces procurarán moverse en el espacio comprendido dentro de las fronteras del Derecho interno, donde no obstante se encuentran mecanismos que permiten ampliar dichas fronteras o incorporar elementos externos, como se muestra en el siguiente apartado.

3.2. Posibilidad de acudir al Derecho internacional de conformidad con el marco normativo interno

El primero de los límites impuestos por el Derecho interno lo constituye su régimen de recepción e incorporación del Derecho internacional, que permite distinguir las normas internacionales según su capacidad para ser aplicadas directamente por los jueces nacionales⁶⁰. En algunos casos, cuando el régimen de recepción sea especial⁶¹, es decir no automático, o cuando se exijan requisitos graves de incorporación de obligaciones internacionales y no haya medios de reconciliación normativa disponibles (por ejemplo, interpretación conforme al Derecho internacional), los jueces nacionales pueden incluso verse en la situación de colocar al Estado ante una situación paradójica en la que se tendría que optar entre respetar las obligaciones impuestas por un ordenamiento jurídico y desconocer las del otro, creando una situación de responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, la realidad demuestra que este tipo de paradoja se da también en los sistemas de recepción automática, como se ha demostrado en los controvertidos casos resueltos por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en su Sentencia *Medellín c. Texas*⁶² y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Kadi*⁶³, en los que

⁵⁹ En consecuencia, deben ser tenidas en cuenta las teorías sobre un espacio estratégico limitado dentro del cual y contra el cual interactúan quienes se relacionan con los jueces, con el fin de alcanzar sus metas, exclusivas o compartidos con otras entidades. Al respecto, véase CARON, D., *op. cit.*, nota 14, pp. 410, 417-418.

⁶⁰ Este es un tema clásico del Derecho internacional, que ha ocupado a la mayoría de la doctrina, empezando por los cursos de Triepke y Kelsen en la Academia de Derecho internacional en 1923 y 1926, respectivamente. Por eso optamos por citar un trabajo reciente que nos parece interesante y actual: NIJMAN, J., y NOLLKAEMPER, A. (eds.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁶¹ Véase el Principio 4 de los *Bangalore Principles* sobre la aplicación interna de normas internacionales sobre derechos humanos y el Estado de Derecho, donde se alude expresamente a las dificultades de aplicar los *tratados* internacionales en países con sistemas jurídicos de *common law* cuando esos *tratados* no hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico mediante normas de orden interno.

⁶² *Medellín c. Texas*, 552 U.S. 491 (2008), Sentencia de 25 de marzo de 2008.

⁶³ Asunto T-315/01, *Kadi c. Consejo y Comisión*, de septiembre de 2005, Rec. II-3649.

con razonamientos diferentes y diversos ha prevalecido una interpretación autónoma del Derecho interno frente a las obligaciones internacionales.

Es posible que, a pesar de que el contenido del Derecho internacional esté presente (directamente, por remisión o por transformación normativa interna) en el Derecho interno, sus efectos no puedan desplegarse en el sistema como consecuencia de su inaplicabilidad frente a normas internas opuestas de mayor o igual jerarquía o que prevalezcan en virtud de los mecanismos de solución de antinomias del Derecho interno. Sin embargo, el ingenio judicial puede encontrar soluciones en algunos casos. En efecto, se reconoce que los principios de solución de antinomias admiten cierta flexibilidad, pudiéndose por ejemplo invocar el principio de interpretación conforme al Derecho internacional para reconciliar posturas normativas aparentemente encontradas, o el principio de *lex specialis* para hacer prevalecer algunas normas internacionales frente a normas internas posteriores en el tiempo que tengan igual jerarquía, pero para que esto ocurra los jueces deben estar persuadidos de la importancia de tener seriamente en cuenta al Derecho internacional. Por otra parte, existen figuras constitucionales⁶⁴ que asignan un mayor rango jerárquico interno a ciertas normas internacionales, que en principio suponen una mayor garantía formal de su aplicación.

Además de eventuales posibilidades de remisión, la consideración *indirecta* del Derecho internacional puede salvar obstáculos de aplicación interna y permitir a los jueces nacionales tener en cuenta el contenido de las exigencias jurídico-internacionales para *ajustar* los efectos a desplegar por el Derecho interno, merced a una interpretación acorde con el Derecho internacional⁶⁵ a pesar de que sus normas no sean formalmente vinculantes internamente debido a su inexistencia, su inferioridad de rango o inaplicabilidad. Ello exige que la interpretación en cuestión sea admisible. Esta posibilidad de interpretar el Derecho interno a la luz del Derecho internacional ha llegado en algunas ocasiones incluso a remisiones hechas por jueces nacionales a la interpretación de normas internacionales efectuada por órganos inter-

⁶⁴ Por ejemplo, la Constitución argentina reformada en 1994 constitucionaliza los tratados de derechos humanos incorporándolos al propio texto de la Constitución en su art. 75, inciso 22. Sobre el valor jerárquico de estos tratados en el Derecho argentino véase, por ejemplo, EKMEKDJIAN, M. A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, vol. 4, p. 614. Otros Estados logran una constitucionalización similar incorporando ciertas normas de Derecho internacional al bloque de constitucionalidad. Para el ejemplo de la Corte Constitucional colombiana, véase la *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vol. IV, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003, pp. 23-27.

⁶⁵ Como, por ejemplo, se señala en los Principios 2 a 5 y 7 a 8 de los *Bangalore Principles* sobre la aplicación interna de normas internacionales sobre derechos humanos y el Estado de Derecho, en los apartados b) y c) del primer punto de los resultados en Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms, Outcome Document*. Esta es una tradición interpretativa muy consolidada. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos aplica un principio de conformidad, en la medida de lo posible, del Derecho interno con el Derecho internacional de acuerdo con el precedente *The Charming Betsey* [6 U.S. 2 Cranch 64 (1804)]. Por su parte, la Constitución española ha incorporado en el art. 10.2 un mandato de interpretación conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

nacionales⁶⁶. Esta mención de las decisiones de los órganos internacionales es importante no sólo cuando los jueces actúen siguiendo el mandato de implementar esas decisiones adoptadas por órganos internacionales⁶⁷, sino también cuando se trate de simples recomendaciones o de normas de *soft law*, porque de hecho los jueces nacionales pueden utilizarlas aun cuando no sean obligatorias con el fin de apoyar sus razonamientos jurídicos e incluso otorgarles indirectamente un cierto carácter vinculante para el ordenamiento jurídico interno⁶⁸. Sin embargo, está claro que el carácter no obligatorio de estas normas y recomendaciones permite a los jueces dejarlas de lado cuando les parezca apropiado u oportuno, aunque la fuerza persuasiva de decisiones anteriores, existente en todos los sistemas jurídicos y no sólo en aquellos que se rigen por el principio de precedente o *stare decisis*, hace que estas consideraciones puedan operar como un elemento de discusión relevante para la interpretación jurídica también en estos casos⁶⁹.

Otra herramienta que puede servir en cierta forma a los jueces para modular sus opiniones dentro de los límites jurídicos internos se ofrece con la figura del «margen de apreciación»⁷⁰, derivada de la supuesta mayor facilidad que tienen las autoridades estatales para apreciar cuál es la aplicación más acertada de las normas internacionales en virtud de su cercanía y conocimiento de las circunstancias particulares bajo su examen. Los jueces nacionales pueden invocar este concepto. Sin embargo, este margen de manobra no es ilimitado y está sujeto a controles⁷¹. Además, existen indicios que apuntan a la poca coherencia en el manejo del concepto por parte de los

⁶⁶ Véase *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vol. IV, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003, pp. 23-27.

⁶⁷ Los Estados tienen el deber de adecuar sus *normas, prácticas y costumbres* con el fin de garantizar que todo el proceder estatal sea compatible con las exigencias jurídicas internacionales y promueva su efectividad. Sobre esto, véase: Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*, 80.º período de sesiones, 2004, párr. 13; arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Durand y Ugarte c. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 137; art. 4 y Capítulo II del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *inter alia*.

⁶⁸ Sobre el carácter no vinculante de las recomendaciones y la necesidad de tener en cuenta y ponderar las recomendaciones atendiendo al principio jurídico de la buena fe, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros c. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrs. 191-192.

⁶⁹ Véase REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 47, p. 519. Véase también JACKSON, J. H., *op. cit.*, nota 44, pp. 256-260.

⁷⁰ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 48/00, caso 11.166, *Walter Humberto Vásquez Vejarano c. Perú*, 13 de abril de 2000, párr. 55. La noción del margen de discrecionalidad o apreciación, cuando se usa por el sistema interamericano, parece ser más limitada y sujeta a controles, aunque el sistema europeo tampoco tiene un manejo homogéneo de este criterio. En relación con la práctica en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase CEBADA ROMERO, A., y NICKEL, R., *op. cit.*, nota 32, pp. 26-27.

⁷¹ Véase el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señalado en el pie de página anterior, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *M. C. c. Bulgaria*, Sentencia de 4 de diciembre de 2003, párr. 150.

órganos internacionales⁷², lo cual evidencia cierta incertidumbre sobre su aceptación. Como último recurso, se ha sugerido que los jueces deben poner de manifiesto la existencia de incompatibilidades normativas insalvables entre su Derecho interno y el Derecho internacional, para procurar que éstas sean remediadas por las autoridades competentes⁷³. En todo caso, cuando su Derecho interno lo permita, se exige a los jueces procurar garantizar el respeto del Derecho internacional mediante los recursos y posibilidades que ofrezca su Derecho interno⁷⁴.

Entendiendo que en algunas circunstancias los jueces tienen la posibilidad de acudir directa o indirectamente al Derecho internacional, resulta interesante notar que la interpretación que se efectúa en la aplicación de las normas internacionales supone un ejercicio complejo, que exige tener en cuenta los criterios de interpretación propios del Derecho internacional. Entre otras cosas, estos criterios exigen que se tenga en cuenta el respeto del Derecho imperativo y que se realice una interpretación sistémica, para que los jueces puedan ofrecer una respuesta armónica y respetuosa de los mínimos internacionales intransgredibles en términos jurídico-internacionales⁷⁵. El empleo por los jueces nacionales de estos parámetros no conduce necesariamente a una interpretación uniforme del Derecho internacional en el ámbito interno⁷⁶, pero puede generar y desarrollar una cultura de respeto de unos criterios hermenéuticos básicos de raigambre jurídica internacional o de un lenguaje común de Derecho internacional⁷⁷ y, como consecuencia, también puede llevar a que los jueces nacionales identifiquen y garanticen

⁷² Véase CEBADA ROMERO, A., y NICKEL, R., *op. cit.*, nota 32, pp. 26-27.

⁷³ Véase el Principio 8 de los *Bangalore Principles* sobre la aplicación interna del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

⁷⁴ Véase voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, párrs. 10-13; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

⁷⁵ Véase «Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional», Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58.º periodo de sesiones, A/61/10, 2006. Entre los criterios que cumplen funciones de armonización, en el informe se mencionan: el principio de especialidad; el análisis sistémico de diversas normas válidas y aplicables; el papel del Derecho internacional imperativo; el carácter dinámico o evolutivo del Derecho internacional; sucesión de normas en el tiempo; armonización; el papel de los regímenes normativos; los propósitos de las normas; las jerarquías normativas; los acuerdos que puedan solucionar contradicciones normativas; la interpretación consistente; o la identificación de intereses comunes protegidos jurídicamente. Para una perspectiva judicial, véase también el trabajo de TREVES, T., «Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective», *Comunicazioni e Studi*, XXIII, 2007, pp. 821-875.

⁷⁶ Un caso que ilustra esta aseveración se ofrece en la Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre de 2005, del Tribunal Constitucional español, donde se ofrece una argumentación relativa a la persecución del genocidio, a la jurisdicción universal y a la interpretación de ciertas normas convencionales y consuetudinarias diferente a la que sostenían otros órganos jurisdiccionales españoles (Tribunal Supremo y Audiencia Nacional).

⁷⁷ Véanse el art. 5.3 de la Resolución del Institut de Droit International sobre las Actividades de los Jueces Nacionales y las Relaciones Internacionales de sus Estados, emitida en la sesión de Milán, 1993; y el interesante artículo de FRANCONI, F., «International Law as a Common Language for National Courts», *op. cit.*, nota 1, pp. 587-598.

ciertos bienes jurídicos compartidos con otras jurisdicciones, superando las particularidades de Derecho interno.

3.3. Los jueces nacionales como partícipes y actores del Derecho internacional

Entre los efectos que se derivan de las posibles actitudes de los jueces nacionales frente al Derecho internacional, además de las conocidas cuestiones relativas a la generación de responsabilidad internacional del Estado, nos interesa destacar: *a)* la generación de percepciones simbólicas sobre el Derecho como mensaje social; *b)* la modificación de los equilibrios de poder (limitación de facultades o abusos estatales y no estatales); *c)* la protección extraterritorial de bienes jurídicos supranacionales; *d)* la legitimación o deslegitimación del Derecho internacional y la contribución a su mayor o menor efectividad, y *e)* la interacción con las fuentes del Derecho internacional, que posibilitan la promoción de cambios legislativos en el ámbito internacional, llenar vacíos o declarar como vinculantes preceptos que carecen originalmente de esa fuerza.

a) Los jueces pueden enviar mensajes a la sociedad sobre la relevancia de determinados bienes jurídicos coincidentes en los Derechos interno e internacional. Esta coincidencia puede ser expresa o implícita, caracterizándose esta última por la posible remisión a dichos bienes mediante interpretaciones evolutivas o favorables de uno de los ordenamientos jurídicos en juego a través de herramientas jurídicas o de una interpretación extensiva. Este reforzamiento de bienes jurídicos puede producirse por un énfasis protector ofrecido por los jueces a Derechos específicos o por la condena enérgica de determinados comportamientos. Estas decisiones envían un mensaje social legitimador, dada la dimensión simbólica de toda actividad jurídica. La coincidencia entre autoridades judiciales internas, especialmente entre autoridades de distintos Estados, puede reforzar el mensaje social. Los pronunciamientos de órganos con mayor jerarquía o con gran apoyo popular pueden multiplicar este efecto.

Ahora bien, el poder expresivo de las decisiones judiciales, componentes del proceso del Derecho entendido como un todo que no se limita a las normas *creadas*⁷⁸ legislativamente, no debe ser sobrevalorado por los siguientes motivos: en primer lugar, las *opiniones* vertidas por los jueces están sujetas a críticas y análisis, que se facilitan en virtud de la publicidad⁷⁹, que

⁷⁸ Véase McDUGAL, M., «Some Basic Theoretical Concepts about International Law: A Policy-Oriented Framework of Inquiry», *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 4, núm. 3, 1960, pp. 341-353; y del mismo autor, «The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order», *American Journal of International Law*, vol. 53, núm. 1, 1959, pp. 9-10.

⁷⁹ Sobre la publicidad de las actuaciones judiciales y ante los jueces véase Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 13, *Administración de Justicia* (art. 14), 21.º periodo de sesiones, 1984, párr. 6; Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 32, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 90.º periodo de sesiones, 2007, párr. 28.

es coherente con la concepción de la función judicial como «garante» del Derecho⁸⁰, independiente e imparcial⁸¹. Estos elementos constituyen una garantía frente a posibles abusos judiciales, pero es interesante notar cómo, adicionalmente, las decisiones de los jueces pueden perder su eficacia expresiva o de convencimiento como consecuencia del reproche de la opinión pública.

Con todo, no sería correcto subestimar el potencial expresivo de la labor de los jueces, teniendo en cuenta que su poder decisorio y su argumentación hacen que los operadores del Derecho se vean obligados a tener seriamente en cuenta sus decisiones.

b) Un segundo efecto que puede producir la postura de los jueces frente al Derecho internacional lo constituye su posible contribución a la discusión y conformación de políticas normativas de actores internos y externos (transnacionales e internacionales), públicos y privados, que participan formal e informalmente en la lucha por el contenido y la aplicación de los ordenamientos jurídicos⁸². Estos actores pueden emprender luchas simultáneas con el fin de tratar de adecuar los ordenamientos jurídicos relevantes a sus intereses, que pueden ser muy variados⁸³.

c) En tercer lugar, una aplicación del Derecho estatal que tenga en cuenta el contenido de las normas internacionales permite a los jueces nacionales incrementar la protección de derechos en un ámbito que trasciende las fronteras internas, fortaleciendo su efectividad y protegiendo bienes jurídicos supranacionales, como se constata en los supuestos de la litigación transnacional de protección de víctimas y en el ejercicio de la jurisdicción penal universal. Incluso es posible que se proteja a personas sin vínculos con el Estado de jurisdicción, lo que puede convertir a dicho Estado y a sus jueces en representantes de la sociedad humana global. Estos datos apuntan a que es posible afirmar que la función judicial hoy día debe interpretarse en el sentido de que los Estados, como integrantes de la comunidad internacional, tienen un interés en la preservación de bienes jurídicos comunes y comparti-

⁸⁰ En tanto debe obrar de manera imparcial, sin atender a influencias indebidas que determinen sus decisiones. Sobre esta dimensión de la imparcialidad, véase Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 32, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 90.º período de sesiones, 2007, párr. 21.

⁸¹ Sobre estos requisitos, que incluso constituyen garantías de derechos humanos, véanse los arts. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

⁸² Véase PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., «Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho internacional», en ABELLÁN-HONRUBIA, V., y BONET PÉREZ, J. (eds.), *op. cit.*, nota 56, pp. 34-35.

⁸³ Sobre la diversidad de intereses de los actores y partícipes del escenario internacional, interno o transnacional, véase, *inter alia*, REINALDA, B., «Private in Form, Public in Purpose: NGOs in International Relations Theory», en ARTS, B. *et al.* (eds.), *Non-State Actors in International Relations*, Ashgate, 2001, pp. 12-15. Véase también ANNAN, K. A., «Prefacio», *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*, Naciones Unidas, 2003, p. iii, disponible en: http://www.onudd.org/pe/pdf/pdf_unodd/tocebook.pdf; DE THAN, C., y SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, pp. 259-260.

dos, encarnados en el Derecho imperativo y en las obligaciones *erga omnes*⁸⁴, que pueden tener un contenido protector de los seres humanos.

Existen diversos supuestos fácticos, regímenes y mecanismos judiciales que facilitan o permiten que se invoque el Derecho internacional ante los jueces nacionales con el fin de afectar el cumplimiento de metas comunes de la comunidad internacional, cuya garantía puede ser perseguida en más de un Estado⁸⁵. Además de las posibilidades que brindan la litigación transnacional y la jurisdicción universal, por ejemplo, los jueces nacionales pueden realizar interpretaciones constructivas complementarias a la luz de principios como los de *aut dedere aut judicare* que estén incorporados en normas que vinculen a sus Estados⁸⁶, los cuales pueden emplearse incluso para extender su competencia.

Las diferencias entre legislaciones internas y entre interpretaciones judiciales pueden obedecer a «competencias» entre legislaciones no garantistas que deseen atraer a ciertos actores⁸⁷, lo cual fomenta prácticas de *forum shopping* y exige a los jueces, en términos éticos, y a los órganos estatales en general, en virtud de la coherencia que requiere la garantía y promoción de valores mínimos comunes reconocidos en normas internacionales, procurar armonizar un nivel mínimo de garantías ofrecidas a las personas con independencia del lugar de presentación de peticiones.

d) La práctica judicial interna también influye en el incremento o la reducción de la efectividad del Derecho internacional y en su legitimación o descrédito. Esto ocurre especialmente en áreas del Derecho internacional cuyo progreso y efectividad dependen en gran medida de los jueces nacionales, como es el caso del Derecho internacional de los derechos humanos⁸⁸. Por estos motivos, la desidia judicial, la falta de voluntad para acudir al Derecho internacional, el deseo de proteger a ultranza el interés «nacional» o la imposibilidad impuesta por los límites del Derecho interno se traducen en una menor efectividad y cercanía del Derecho internacional en el plano in-

⁸⁴ Cfr. Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos con comentarios, párr. 7 del comentario al Capítulo III del Proyecto, pp. 111-112. Véase TAMS, C. J., *Enforcing Obligations erga omnes in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁸⁵ Por ejemplo, instituciones que pueden servir para permitir o bloquear el análisis de eventuales abusos o la necesidad de proteger intereses comunes de la comunidad internacional en un Estado (sin impedir su análisis en otros foros posteriormente) son: la jurisdicción universal (penal o civil en casos de litigación transnacional), la jurisdicción extraterritorial, el principio *aut dedere aut punire/judicare*, el *forum non conveniens*, etc. Sobre algunas de estas cuestiones véanse BANTEKAS, I., y NASH, S., *International Criminal Law, Second Edition*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 2003, pp. 9-10; ESPÓSTO, C., *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2007, p. 102; REQUEJO ISIDRO, M., *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil (transnational human rights claims)*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009.

⁸⁶ Véase, entre otros, BANTEKAS, I., y NASH, S., *op. cit.*, nota 85, pp. 9-10; art. 5 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; art. 146 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁸⁷ Véase REINISCH, A., *op. cit.*, nota 10, pp. 55-55.

⁸⁸ Véase KNOX, J. H., *op. cit.*, nota 18, p. 44; BUERGENTHAL, Th., *op. cit.*, nota 18, p. 806.

terno. De hecho, los jueces pueden operar como mediadores y puentes entre las normas internacionales y quienes acuden a sus servicios, pero también pueden erigir murallas frente al Derecho internacional.

e) Finalmente, los jueces tienen la capacidad de participar en la determinación del contenido del Derecho internacional, modificarlo o llenar sus vacíos. La manera en que los jueces razonen sobre la interpretación del contenido y alcance del Derecho internacional pueden llevarlos a interactuar con sus fuentes y, de esta manera, a influir en cierta forma en la creación del Derecho internacional o en la configuración de las relaciones intrasistemáticas de dicho ordenamiento jurídico.

Un caso paradigmático es el de la interacción entre los jueces y el Derecho internacional consuetudinario. En primer lugar, en la aplicación del Derecho consuetudinario, cuyo rango y recepción en el plano interno no son unánimes en términos de Derecho comparado⁸⁹, la consabida dificultad de determinar el contenido de sus normas puede generar incertidumbre y ambigüedad sobre su sentido y alcance, dificultad a la que se deben enfrentar los jueces nacionales. En consecuencia, los jueces deberán acudir a múltiples indicios y fuentes del conocimiento que les ayuden a desentrañar cuáles son las posibles costumbres jurídicas pertinentes para los casos que examinen y cómo han de interpretarlas, tales como: informes, jurisprudencia o legislación comparada, pronunciamientos de expertos o de órganos internacionales, recopilaciones o codificaciones, entre otros⁹⁰. Una diferente elección o interpretación de estos elementos puede llevar a que jueces de un mismo Estado o de diferentes entes estatales tengan una visión disímil sobre una costumbre⁹¹. En virtud de lo anterior, los jueces nacionales pueden tener una gran influencia en la determinación de las costumbres internacionales, y la generación de bloques judiciales que se pronuncien en un sentido similar puede contribuir a la generación de una convicción sobre cuál es el Derecho internacional consuetudinario, lo cual puede evidenciarse en las remisiones a dichos pronunciamientos⁹².

⁸⁹ Acerca de la aplicación del Derecho consuetudinario y algunos modelos internos, véase FRANCIONI, F., «International Law as a Common Language for National Courts», *op. cit.*, nota 1, p. 588; RAMELLI ARTEAGA, A., «La Corte Constitucional colombiana como intérprete de las costumbres internacionales», en *Estudio de Derecho internacional humanitario consuetudinario: Memorias del evento de presentación, Bogotá-Colombia, marzo 7 de 2008*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009, pp. 14-16.

⁹⁰ El art. 4 de la Resolución del *Institut de Droit International* sobre las Actividades de los Jueces Nacionales y las Relaciones Internacionales de sus Estados, emitida en la sesión de Milán, 1993, dice, por ejemplo, que «*National courts, in determining the existence or content of customary international law, should take account of developments in the practice of States, as well as in case law and jurisprudence*». Además véase, entre otros: Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional español, párr. 6. Para un texto ilustrativo de estas dificultades en lo relativo a las costumbres en Derecho internacional humanitario véase HENCKAERTS, J. M., y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law, vol. I: Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁹¹ Véase nuevamente la Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional español.

⁹² Véanse, entre otros, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Fiscal c. Anto Furundzija*, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 137; Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional español, párr. 6.

En segundo lugar, además del influjo en la clarificación del contenido de las normas consuetudinarias, los jueces nacionales pueden influir en la generación de una práctica estatal y de la *opinio iuris*⁹³ sobre determinadas prácticas estatales. Ello se explica por el carácter vinculante de las decisiones judiciales en el ámbito interno, que pueden obligar a diversos agentes del Estado que, adecuando su comportamiento a dichas instrucciones, configurarán en ocasiones una práctica del Estado que, si es coincidente con la seguida por otros Estados, puede dar lugar a la generación de nuevas costumbres, especialmente si los argumentos de los jueces son convincentes y son seguidos o tenidos en cuenta en otros Estados o en órganos internacionales.

Esta posibilidad explica por qué los jueces pueden desempeñar un papel relevante en la formación del Derecho internacional consuetudinario⁹⁴. Lo interesante de este proceso es que en el mundo actual se habla de una *opinio iuris* no estatal (*lex humana*), que busca influir cada vez más en el contenido del Derecho⁹⁵. El hecho de que algún Juez *pueda* acoger sus interpretaciones hace de los escenarios judiciales potenciales puntos de contacto entre la sociedad global y la sociedad interestatal, expandiendo y transformando cada vez más un sistema jurídico internacional cuyo estado-centrismo aparece en muchas ocasiones desactualizado y en otras deficiente.

Criterios similares a los expuestos a propósito de las normas consuetudinarias pueden predicarse de la posible influencia judicial estatal en la generación de actos unilaterales internacionales. El hecho de que el acto jurídico unilateral no requiera una concurrencia de comportamientos de más de un Estado facilita la autoridad y el peso de las decisiones judiciales, por lo cual cuando los jueces obligan a los agentes estatales con capacidad para comprometer al Estado⁹⁶ a realizar determinada acción u omisión con trascendencia internacional podrá decirse que la causa mediata o incluso necesaria de un compromiso del Estado se halla en un Juez nacional.

En relación con los tratados, son muchas las formas en que los jueces nacionales pueden tener un impacto sustantivo. Esto podría ocurrir si se pronuncian sobre la nulidad, terminación o suspensión⁹⁷ de los tratados, debido a que sus conclusiones vincularán en el plano interno a las otras ramas del

⁹³ Véase REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 47, p. 503.

⁹⁴ Véase FRANCONI, F., «International Law as a Common Language for National Courts», *op. cit.*, nota 1, pp. 589-590; BENVENISTI, E., *op. cit.*, nota 15, p. 248. Sobre el potencial transformador de decisiones judiciales consistentes de diversos ordenamientos jurídicos, y la invocación de criterios como, entre otros, el Derecho consuetudinario, véase BIANCHI, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 194-197.

⁹⁵ Al respecto, véase FISCHER-LESCANO, A., *op. cit.*, nota 57, pp. 19-20.

⁹⁶ Véase REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 47, pp. 296-297.

⁹⁷ Véase, por ejemplo, el art. 5 de la Resolución del Institut de Droit International sobre las Actividades de los Jueces Nacionales y las Relaciones Internacionales de sus Estados, emitida en la sesión de Milán, 1993; Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de junio de 1998, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, Petición de decisión prejudicial, asunto C-162/96, párrs. 45-60. Si bien esta sentencia fue emitida en el seno de la Unión Europea y no obedece por ende a un tribunal interno estatal, un proceder similar o análogo puede surgir ante estrados judiciales estatales.

Estado, cuyo comportamiento internacional se verá condicionado por ellas. O si se presentasen divergencias entre las opiniones de los jueces de diversos Estados parte en un tratado, y fuese necesario acudir a los mecanismos de solución de diferencias internacionales, ya que en estos supuestos la generación de una controversia encontraría su causa en la propia actividad judicial interna. Otra manera de incidir judicialmente en la vida de los tratados tiene lugar mediante dictámenes vinculantes en la fase intermedia de formación de los tratados, cuando los tribunales tengan atribuidas dichas facultades⁹⁸. Resulta interesante que, cuando existan normas internacionales incorporadas al orden interno con rango constitucional o supraconstitucional, los jueces nacionales con las competencias pertinentes realizarán un examen sobre la compatibilidad entre normas internacionales (existentes y potenciales), pudiendo incluso invocar normas imperativas en algunos casos⁹⁹, lo cual convertirá a los jueces nacionales en verdaderos garantes de la legalidad internacional y de sus intereses y bienes jurídicos comunes¹⁰⁰.

Otro tanto ocurre con los principios generales del Derecho como fuente del Derecho internacional, porque en la práctica, lejos de tener una función meramente supletoria¹⁰¹, éstos pueden ser empleados como verdaderas armas estratégicas para interpretar otras normas internacionales en determinado sentido o para dotar al Derecho de cierta unidad frente a algunos propósitos y permitirle producir efectos jurídicos deseados¹⁰², como sucede, por ejemplo, con la utilización del principio del efecto útil o del principio *pro homine*¹⁰³. Nada impide que cuando se enfrenten a la interpretación de normas internacionales incorporadas en sus ordenamientos jurídicos, los jueces nacionales empleen estas herramientas para desarrollar estrategias argumentativas y arribar a determinados resultados. Además, los principios generales del Derecho internacional *in foro domestico* se originan en virtud de su coincidencia

⁹⁸ Véase, por ejemplo, el art. 95.1 de la Constitución española.

⁹⁹ Véase CARRILLO SANTARELLI, N., *Los retos del Derecho de gentes —ius cogens—*, *op. cit.*, nota 45, pp. 188-196, 210-216, 229-236, 243, 245.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Véase REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 47, p. 515.

¹⁰² Véase «Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional», *op. cit.*, apartados (1) (5) (18) (19) (20) (31) y (42) del documento en versión inglesa, donde se reconoce el valor de los principios jurídicos con el fin de procurar una interpretación y aplicación coherente de las diversas normas del Derecho internacional, y se reconoce que ellos no son inferiores jerárquicamente a otras fuentes del Derecho, además de que su empleo no se limita a la suplencia de vacíos.

¹⁰³ Véase, por ejemplo, AMAYA VILLARREAL, A. F., «El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 356, 361, 374-375; arts. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 53 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros c. Panamá*, Sentencia de 28 de noviembre de 2003 (Competencia), párrs. 66-67; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein c. Perú*, Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrs. 135-137; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Las Palmeras c. Colombia*, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, párrs. 58, 60.

en diversos ordenamientos jurídicos internos¹⁰⁴. Esto permite que criterios y principios empleados por jueces de diversos Estados puedan emerger como principios generales cuando surjan en las jurisprudencias internas de manera coincidente y reiterada.

Para completar el panorama, hay que preguntarse por la relación del Juez nacional con la doctrina¹⁰⁵ como fuente del Derecho internacional. Ante esto cabría decir que las decisiones de los jueces nacionales influyen significativamente sobre la doctrina. Baste un ejemplo paradigmático como la orden de detención de Pinochet, cuyo origen se remonta a un Juez español, que generó un debate jurídico transformativo en el Derecho internacional¹⁰⁶. En otras palabras, los jueces nacionales pueden crear nuevas tendencias en el Derecho internacional, dadas las estrechas interrelaciones entre lo interno y lo externo y los acercamientos entre niveles jurídicos que permiten figuras de Derecho interno e internacional¹⁰⁷.

Por otra parte, la jurisprudencia *internacional* también se nutrirá de la interna: respaldando decisiones estatales que se consideren acordes con el Derecho internacional; valorando positivamente interpretaciones coincidentes con las propias; o rechazando determinadas decisiones judiciales estatales. Con todo, existe una realidad innegable: los órganos internacionales de vigilancia y control necesitan en la práctica del apoyo de los jueces nacionales, quienes pueden manifestar su oposición contra las decisiones de jueces internacionales en algunos casos¹⁰⁸, especialmente cuando ellas sean consideradas erróneas o abusivas, algo previsible dada la falibilidad humana.

En este sentido, ante la ausencia de una regla de *stare decisis* en el Derecho internacional, los jueces nacionales pueden reclamar la modificación de pautas jurisprudenciales internacionales que consideren inapropiadas o equivocadas. En virtud de la mutua dependencia y las interrelaciones entre jueces de distintos niveles de gobernanza, y para que los bienes jurídicos internacionales y comunes a dichos niveles sean protegidos de manera efectiva, los jueces internacionales tendrán que analizar si los reclamos de jueces nacionales son pertinentes o no, y si se alejan o acercan a lo que consideren un resultado jurídico y justo.

¹⁰⁴ Véase DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 120-123.

¹⁰⁵ Véase el art. 38.1.d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Véase PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 155-156; DÍEZ DE VELASCO, M., *op. cit.*, nota 104, p. 129. Véanse también BIANCHI, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 183-185; CLAPHAM, A., «The Role of the Individual in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 21, pp. 25-26.

¹⁰⁶ Véase REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.

¹⁰⁷ Un ejemplo de estas figuras es la extradición. Al respecto, véase PÉREZ MANZANO, M., «El control constitucional de la extradición y de la orden europea de detención y entrega», en CASAS BAAMONDE, M. E.; PÉREZ MANZANO, M., y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwers, 2009.

¹⁰⁸ Esto puede producirse por diversos motivos. Véase BENVENISTI, E., *op. cit.*, nota 15, pp. 248-249.

Como se observa, los jueces nacionales pueden ser promotores de cambios en el Derecho internacional, llenar sus vacíos o generar percepciones sobre su existencia y contenidos¹⁰⁹. Al no limitarse a su papel interno, el Juez tiene un potencial rol como actor por el Derecho internacional e incluso en el Derecho internacional. Sin embargo, sus actos también pueden privar de eficacia al Derecho internacional¹¹⁰ y dificultar la protección conjunta y cooperativa de bienes jurídicos comunes. Así, el Juez es tanto un agente que participa en el proceso del Derecho internacional como un instrumento para garantizar la aplicación y el cumplimiento del Derecho internacional.

4. LOS BIENES JURÍDICOS HUMANITARIOS GLOBALES COMO FACTOR DE COHESIÓN Y ORIENTACIÓN DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Como actores relevantes en un mundo globalizado, que pueden tender puentes entre diversos derechos y actores, los jueces nacionales son operadores clave en la emergencia tácita o implícita de los bienes jurídicos globales, pudiendo obrar con el fin de garantizar unos grados mínimos de protección, posibilidad implícita y permitida en los ordenamientos jurídicos actuales. Los jueces pueden contribuir en su identificación y aplicación práctica. De esta manera, los jueces nacionales pueden orientar las normas que apliquen a la luz de estos principios, que velan por la dignidad humana, y con la reiteración y expansión de esta práctica terminarán por sentirse vinculados y orientados por dichos bienes jurídicos. Con estos principios se podrá coordinar la coexistencia de los ordenamientos jurídicos, encauzar la función judicial y perseguir un derecho de la dignidad humana¹¹¹ que cumpla su cometido como instrumento social y de promoción del ser humano. En este apartado esbozaremos brevemente la idea de bienes jurídicos globales como núcleos esenciales y guía de actuación de los actores jurídicos globales, entre quienes tienen un papel fundamental los jueces nacionales. En efecto, como hemos expuesto en este trabajo, la efectividad de la protección de bienes jurídicos comunes de la comunidad mundial depende en gran medida de las decisiones judiciales internas. Por este motivo es trascendental reforzar la sinergia entre jueces nacionales y orientarla hacia la consecución de fines comunes protectores de la dignidad humana en un espacio jurídico global. Esta protección reforzada debe ser coordinada, teniendo en cuenta la interdependencia de las relaciones internacionales y transnacionales, con plena conciencia de la posibilidad de que decisiones adoptadas en diferentes Estados¹¹² afecten

¹⁰⁹ Véase BIANCHI, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 185, 194-197.

¹¹⁰ Cfr. caso *Medellín c. Texas*, ya citado. Sobre este caso véase, entre otros, el *agora* que le dedicó el *American Journal of International Law*, vol. 102, núm. 3, 2008, pp. 529-572, con participación de los Profesores David Bederman, Curtis Bradley, Steve Charnovitz y Carlos Manuel Vázquez.

¹¹¹ Véase NIJMAN, J., *op. cit.*, nota 50, pp. 126, 144.

¹¹² Véase KINGSBURY, B.; KRISCH, N., y STEWART, R., *op. cit.*, nota 10, p. 5. Este reconocimiento también se ha dado en el campo de las ciencias económicas, por ejemplo con el concepto de externalidades, como se muestra en KAUL, I., y MENDOZA, R. U., «Advancing the Concept of Public Goods», en KAUL, I.

negativamente la protección deseada de bienes jurídicos humanitarios comunes. La posibilidad de divergencia judicial en la protección de ciertos bienes jurídicos, y el peligro de su desconocimiento en el propio orden internacional, exigen coordinar ambos sistemas con el fin de promover la defensa de bienes jurídicos globales y reconocer mínimos comunes a diversos ordenamientos jurídicos. Este reconocimiento es indispensable para orientar una aplicación *mínima* coherente de las garantías que amparan el principio de dignidad humana.

La idea de los bienes jurídicos globales procura responder a este problema de cooperación y coordinación en el complejo mundo globalizado mediante el establecimiento de unos criterios básicos para identificar una serie de derechos que deben ser protegidos por los diversos órdenes jurídicos y sus múltiples actores. Esta identificación ayudará a resolver problemas de cooperación y coordinación para que los jueces nacionales traten de evitar la impunidad y desprotección que pueden surgir a causa de vacíos e inconsistencias entre ordenamientos jurídicos. En otras palabras, esta idea apunta a la solución de problemas comunes de la humanidad, identificando metas jurídicas que puedan orientar el comportamiento de los diversos actores de los escenarios internacional y transnacional.

Se parte de la base de que la creciente interdependencia mundial¹¹³, la pérdida de poder del Estado como consecuencia del fenómeno de la privatización junto al creciente o preexistente poder de algunos actores que escapan a su control¹¹⁴, y la excesiva centralidad otorgada a la economía de lucro por encima de intereses humanitarios, exigen llamar la atención de los juristas con el fin de reconocer las consecuencias jurídicas de la situación de los desvalidos en un mundo con crecientes brechas entre los favorecidos y los desfavorecidos¹¹⁵. Para ese fin, junto a la acción de los Estados, hay que contar con la participación de diversos actores y Derechos no estatales¹¹⁶ imprescindible para lograr una cooperación eficaz en la protección de la dignidad humana. Estos motivos justifican la importancia de i) reconocer la necesidad

et al. (eds.), *Providing Global Public Goods*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 95, 107. Por otra parte, se ha reconocido cómo, por ejemplo, la violación de derechos humanos puede afectar la paz y seguridad internacionales. Al respecto, véase HOBE, S., «Individuals and Groups as Global Actors: The Denationalization of International Transactions», en HOFMANN, R. (ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Berlín, Duncker & Humblot, 1999, pp. 121-122.

¹¹³ Véase DEL ARENAL, C., *op. cit.*, nota 11, pp. 29, 32, 34-36, 38, 52-54, 77.

¹¹⁴ Sobre estos temas, véanse GALINDO VÉLEZ, F., «Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado», en NAMIHAS, S. (ed.), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, 2001, p. 60; REINISCH, A., *op. cit.*, nota 10, pp. 75-76, 80-82; DEL ARENAL, C., *op. cit.*, nota 11, pp. 27-28, 34, 52-53, 64-66.

¹¹⁵ Véase ALEGRE, M., «Extreme Poverty In a Wealthy World: What Justice Demands Today», en POGGE, Th. (ed.), *Poverty as a Violation of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Una versión en español de este trabajo puede consultarse como un capítulo de su libro *Igualdad, Derecho y Política*, México, Fontamara, 2010. Véase asimismo, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *The State of Food Insecurity in the World: Economic crises-impacts and lessons learned*, Roma, 2009.

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, KABASAKAL ARAT, Z. F., «Looking beyond the State But Not Ignoring It», en ANDREPOULOS, G. *et al.*, *Non-State Actors in the Human Rights Universe*, *op. cit.*, nota 41, pp. 6-9, 17.

de proteger la dignidad humana; ii) asumir el compromiso de emplear la herramienta social que constituye el Derecho con el objeto de ofrecer una protección eficaz al ser humano, y iii) tener presente que las garantías ofrecidas hoy día por los Derechos internos e internacional son insuficientes ocasionalmente por cuanto ignoran la necesidad de regular integralmente ciertas amenazas no estatales.

La idea de bienes jurídicos globales puede ayudar a resolver problemas de acción colectiva, crear una cooperación sustantiva y lograr la coordinación de jueces y redes judiciales nacionales. Se trata de un concepto que se inspira, pero no es igual ni pretende asimilarse, a los bienes públicos globales¹¹⁷ de la teoría social y económica, que se ha propuesto como un modelo para resolver problemas de acción colectiva derivados de la globalización —tratando de solventar externalidades tales como lagunas jurisdiccionales que impiden internalizar las externalidades en casos de problemas transfronterizos, vacíos participativos que excluyen a actores relevantes de la posibilidad de cooperar, y la carencia de incentivos para la cooperación relativa a estos bienes en el ámbito global— y controlarlas para el bienestar de la población mundial¹¹⁸. En la teoría social y económica, los bienes públicos globales se caracterizan por ser distintos de los privados por la falta de rivalidad para su consumo y su carácter no exclusivo —como por ejemplo, los semáforos o la capa de ozono—; aunque es difícil que no aparezcan mezclados e impuros, con alguna de esas dos características pero no en su totalidad —como puede ser el caso de la órbita geostacionaria, un bien en principio no excluyente pero sujeto a rivalidad respecto de su consumo—.

Volviendo a los bienes jurídicos globales, y teniendo en cuenta que los bienes públicos globales son una inspiración pero no necesariamente un símil de éstos, habría que decir que se trata de bienes que deben ser identificados como tales mediante procesos sociales, incluyendo por supuesto procesos de creación de normas jurídicas internacionales, fundamentalmente de Derecho internacional público pero también de Derecho comparado y Derecho global. En el caso de la teoría de los bienes públicos globales se han identificado bienes como la salud pública, la protección del medio ambiente, la paz y la seguridad internacionales, la estabilidad financiera internacional, el patrimonio cultural y los derechos humanos¹¹⁹. Llama la atención el fuerte contenido jurídico que poseen todos estos bienes públicos globales. Es en este senti-

¹¹⁷ Véanse KAUL, I. *et al.*, «Why Do Global Public Goods Matter Today?», en KAUL, I. *et al.* (ed.), *Providing Global Public Goods*, *op. cit.*, nota 112, pp. 5-6, 9-10, 13, 16; DESAI, M., «Public Goods: A Historical Perspective», en KAUL, I. *et al.* (eds.), *Providing Global Public Goods*, *op. cit.*, nota 112, pp. 63-64, 66-69, 73-74; KAUL, I., y MENDOZA, R. U., «Advancing the Concept of Public Goods», *op. cit.*, nota 112, pp. 87, 91-92, 95-99, 101.

¹¹⁸ Véanse KAUL, I. *et al.*, «Why Do Global Public Goods Matter Today?», *op. cit.*, nota 117, pp. 2-3. Cfr. también el uso de la idea de gobernanza global y bien común para efectos similares en LAVENEX, S., «Globalization, Global Governance and the *bonun commune*: a Conceptual Investigation», *European Journal of Law Reform*, vol. 6, 2004, pp. 383-384, 386-391.

¹¹⁹ Para una selección de estos bienes y su estudio, véase KAUL, I.; GRUNBERG, I., y STERN, M. A., *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 1999; en KAUL, I. *et al.* (eds.), *Providing Global Public Goods*, *op. cit.*, nota 112.

do que consideramos que la figura de los bienes públicos globales es útil para el Derecho en la medida en que contribuye a facilitar la comprensión de los fenómenos globalizadores y a realizar propuestas de cooperación y coordinación en relación con esos bienes. No es nuestra intención en este artículo, y sería imposible en este espacio, elaborar una teoría general de los bienes jurídicos globales¹²⁰, sino más bien proponer que la idea de bienes jurídicos globales vertebré la actividad de los jueces nacionales. Es más, consideramos que el núcleo esencial del Derecho internacional de los derechos humanos, fundado en el respeto de la dignidad humana¹²¹, es el bien jurídico global que debe operar como principio integrador y orientador de la labor de los jueces nacionales.

Esta última hipótesis se relaciona con el postulado de que, al igual que desde la teoría jurídica se ha dicho que las competencias estatales, intergubernamentales o de otra índole se pueden justificar en virtud de modelos fiduciarios o de sujeción al respeto y la protección de la persona¹²², la legitimidad de todo ordenamiento jurídico y la validez de sus normas deben estar sujetas a la observancia de dicha exigencia, incluso en las manifestaciones jurídicas no estatales¹²³. Esta afirmación se sustenta en la constatación de que toda norma afecta directa o indirectamente a los seres humanos¹²⁴, por lo cual el Derecho debe estar sujeto a su respeto y orientado a su beneficio. El postulado puede entenderse como una exigencia mínima de bienes jurídicos globales de naturaleza humanitaria, utilizando este término no en el sentido restringido de Derecho aplicable a conflictos armados sino como concepto

¹²⁰ Ésta es una tarea que tenemos en mente desarrollar en el contexto de un proyecto de investigación sobre la protección de bienes jurídicos globales.

¹²¹ Véase JOCHNICK, Ch., «Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 21, 1999; PAUST, J. J., «The Other Side of Right: Private Duties Under Human Rights Law», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 5, 1992; VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op. cit., nota 4, pp. 63, 92; BANTEKAS, I., y NASH, S., *International Criminal Law*, op. cit., nota 85, p. 14. Véanse, también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 166, 172; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castillo-Petrucci et al. c. Peru*, Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 89; CLAPHAM, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 43-44, 47-53, 56-58, 70-73; Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, CCPR/C/UNK/CO/1, 14 de agosto de 2006, párr. 4; y Comité contra la Tortura, Comunicación núm. 120/1998: Australia, CAT/C/22/D/120/1998, 25 de mayo de 1999, párr. 6.5.

¹²² Cfr. PETERS, A., op. cit., nota 26, pp. 543-544; CRIDDLE, E. J., y FOX-DECENT, E., «A Fiduciary Theory of Jus Cogens», *Yale Journal of International Law*, vol. 34, 2009, p. 387; NJUMAN, J., «Sovereignty and Personality: A Process of Inclusion», op. cit., nota 50, p. 144, donde se afirma que «[u]ltimately, the individual constitutes the source of the legitimacy of international law». Véase también el voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade a la Opinión consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002, párr. 19.

¹²³ Sobre la noción del Derecho global, véase TEUBNER, G., «“Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1997, pp. 14-19. Véanse también BIANCHI, A., op. cit., nota 16, p. 203; KINGSBURY, B., op. cit., nota 11, pp. 52-55.

¹²⁴ Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*, 80.º período de sesiones, 2004, párr. 9.

descriptivo de valores y metas cobijadas por principios y normas que orientan y limitan a los partícipes en la interacción jurídica de la globalización.

Como *mínimo*, estos bienes jurídicos globales estarán conformados por el común denominador de principios y derechos que beneficien la protección de la dignidad humana. Este mínimo tendría que discutirse y determinarse casuísticamente. Sin embargo, en un intento de generalización, quizá podríamos pensar en que los bienes jurídicos amparados por las normas de *ius cogens* que protejan la dignidad humana, cualesquiera que sean éstos, pueden ser un buen indicador de ese núcleo esencial o absoluto de los derechos fundamentales que los jueces nacionales deben tomar en serio en sus decisiones. Esta consideración se refuerza en tanto el Derecho imperativo impide que decisiones jurídicas nacionales que lo contradigan desplieguen sus efectos en el plano internacional, como lo ha manifestado el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso *Furundzija*¹²⁵. Esto no implica que la única forma de identificar y dar contenido a los bienes jurídicos globales sea mediante la figura del Derecho imperativo, porque este ejercicio de identificación podrá tener como fundamento muchos otros tipos de normas que protejan bienes jurídicos globales, incluso cuando esos bienes no se refieran directamente al núcleo absoluto de la dignidad humana amparado por el Derecho internacional de los derechos humanos, sino también a otros ámbitos del Derecho internacional —por ejemplo, el Derecho internacional del medio ambiente—.

5. CONCLUSIONES

Los jueces nacionales adoptan sus decisiones de Derecho internacional en virtud de procesos en los cuales confluyen diversas consideraciones, que se enmarcan en un contexto de interacción con actores de orden transnacional e internacional, donde los jueces son destinatarios de mensajes pero a su vez pueden ejercer presión y promover la adopción de sus perspectivas sobre el Derecho. En este sentido, los jueces nacionales pueden ser verdaderos partícipes o actores de la lucha en y por el Derecho. A la vez, el Derecho también influye sobre los jueces, estableciendo límites y parámetros que aquéllos no pueden ignorar sin exponerse a sanciones o a que su legitimidad sea cuestionada. Ahora bien, los límites del Derecho se enmarcan en un ordenamiento jurídico particular, aunque, como todos, de textura abierta, cuya interpretación por esta razón admitirá cierta flexibilidad en la práctica, donde diversos actores intentan ejercer su influencia.

Además, todo Derecho se encuentra expuesto a contactos e interacciones crecientes con otros ordenamientos jurídicos, situación que incrementa exponencialmente el contexto globalizador y sitúa a los jueces como verdaderos partícipes no sólo de su Derecho interno, sino también del Derecho interna-

¹²⁵ Véase Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Fiscal c. Anto Furundzija*, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 155.

cional. La emergencia del Juez nacional como protagonista de la vida jurídica internacional supone la existencia de dos fuerzas encontradas: por un lado, constituye un incremento en la participación y democratización del escenario jurídico internacional, al diluir el antiguo monopolio de los poderes ejecutivos en la conducción de las relaciones internacionales¹²⁶. Esta mayor participación, si está sujeta a controles jurídicos y democráticos apropiados que preserven la independencia judicial, puede conducir a una apertura jurídica equilibrada. A su vez, por otro lado, los jueces se ven enfrentados a adoptar decisiones cruciales en virtud de la expansión del Derecho internacional y la posibilidad de su invocación a nivel interno.

Es necesario tener presente el contexto social que debe regular el Derecho en la actualidad para valorar adecuadamente la participación creciente de los jueces nacionales: hoy es necesario que tengan en cuenta las posibilidades implícitas en todo ordenamiento jurídico para extraer compromisos coincidentes capaces de coordinar y orientar la acción judicial. De esta manera, los jueces podrán ser actores clave en un Derecho que supere la concepción y estructura estado-centrista del Derecho internacional, que sopesa los intereses nacionales egoístas¹²⁷ cuando contraríen o impidan la protección de la dignidad humana, que tenga en cuenta la realidad y el influjo de los distintos actores transnacionales para orientar su actividad hacia el respeto de las personas, promoviendo cambios en la *cultura* de estos actores¹²⁸ y permitiendo sancionar sus abusos reconociendo mínimos comunes de la sociedad global¹²⁹.

Como personas que están revestidas de autoridad, los jueces, como seres humanos, pueden ser factores indispensables en la promoción de una nueva sociedad que trascienda la simple *inter-nacionalidad* de las relaciones jurídicas y sociales¹³⁰.

Al tomar conciencia de la necesidad de proteger bienes jurídicos globales comunes a diversos sistemas jurídicos y protegidos por múltiples actores, es-

¹²⁶ Véase BENVENISTI, E., y DOWNS, G. W., «National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law», *op. cit.*, nota 1, donde sostienen la tesis de que, en un contexto caracterizado por la cooperación interjudicial y la globalización, los jueces nacionales se están coordinando cada vez más para limitar a sus respectivos poderes ejecutivos.

¹²⁷ Véanse DEL ARENAL, C., *op. cit.*, nota 11, p. 29; CASSESE, A., *op. cit.*, nota 29, p. 216.

¹²⁸ Véanse *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, Informe del representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párrs. 27, 29-32; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)*, 22.º período de sesiones, 2000, párt. 55.

¹²⁹ Véanse BIANCHI, A., *op. cit.*, nota 16, pp. 185, 194-197; BENVENISTI, E., *op. cit.*, nota 15; FRANCONI, F., «International Law as a Common Language for National Courts», *op. cit.*, nota 1, p. 598. Estos autores ponen de manifiesto cómo en ocasiones se protege en los estrados judiciales estatales la efectividad de bienes jurídicos compartidos en un plano supraestatal (Bianchi), cómo en otros casos el Derecho internacional se emplea como instrumento de la defensa de bienes jurídicos internos (Benvenisti), y cómo este Derecho internacional puede constituir un «idioma común» que permita perseguir metas similares a diversos jueces (Francioni).

¹³⁰ CLAPHAM, A., «The Role of the Individual in International Law», *op. cit.*, nota 105, p. 30.

tando dichos bienes moldeados en un espacio jurídico global de interacción, los jueces nacionales pueden ser inspirados a actuar bajo el presupuesto de que son miembros de la familia humana, que supera limitaciones contingentes y artificiales de nacionalidad, llevándolos a asumir el papel de guardianes no sólo de un sistema jurídico estatal¹³¹, sino además de bienes jurídicos comunes a la humanidad.

Esto sería el resultado, entre otros factores, de la posibilidad de que los jueces nacionales empleen contenidos normativos incluidos de forma común en sistemas jurídicos protegidos por otros jueces —nacionales, internacionales o de *lex privata*—, como consecuencia de su inclusión expresa o implícita en normas aplicables por todos ellos o del hecho de que su contenido se replica o coincide en los demás espacios normativos que interactúan o participan de manera sinérgica. Los jueces pueden, de esta manera, tener la capacidad de defender bienes jurídicos protegidos por contenidos normativos comunes, incluso frente a amenazas tanto estatales como no estatales, actuando desde las dimensiones interna, internacional y transnacional¹³².

RESUMEN

LOS JUECES NACIONALES COMO GARANTES DE BIENES JURÍDICOS HUMANITARIOS

Existen bienes jurídicos globales que protegen la dignidad humana que están recogidos por normas coincidentes del Derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos, en cuyo respeto está interesada la comunidad internacional. Los jueces internos de los Estados tienen la posibilidad de convertirse en garantes de dichos bienes jurídicos y de representar en consecuencia a una comunidad jurídica que trasciende a la estatal. Además, su interacción con diversas comunidades jurídicas transnacionales y su contacto mediato con las fuentes del Derecho internacional les permite influir en la determinación del contenido de dichos bienes jurídicos humanitarios y asumir un papel que trasciende al de meros garantes del Derecho internacional, convirtiéndose en actores del mismo. Diversos factores sociales, psicológicos y profesionales influirán en la posición que asuman los jueces al respecto, la cual a su vez estará condicionada por los límites y oportunidades ofrecidas en los Derechos internos que los revisten de autoridad.

Palabras clave: jueces, Derecho interno y Derecho internacional, bienes jurídicos globales humanitarios, estímulos de cumplimiento, efectos de la actividad judicial.

ABSTRACT

NATIONAL JUDGES AS GUARANTORS OF HUMANITARIAN LEGAL GOODS

There are global legal goods protecting human dignity that are embodied in concomitant norms of both international and domestic legal systems, in whose protection the international community has an interest. Domestic judges are afforded the opportunity of

¹³¹ Véase BENVENISTI, E., y DOWNS, G. W., «National Courts Review of Transnational Private Regulation», *op. cit.*, nota 38, p. 13.

¹³² *Ibid.*

becoming the protectors of these legal goods and of thus representing a legal community that extends beyond the state. Besides, this interplay with several transnational legal communities, as well as the contact domestic judges can establish with the sources of international law, allows them to exert an influence over the content of global legal goods and to perform a role that extends beyond that of mere protectors of international law and to become central actors in it. Many social, psychological and professional factors will have an impact on the role played by judges in such matters, where these factors will be conditioned by the limits placed, and the opportunities granted, by the domestic legal systems on which their authority is founded.

Keywords: judges, international law and domestic law, humanitarian global legal goods, compliance stimuli, effects of judicial activity.

RÉSUMÉ

LES JUGES NATIONAUX COMME GARANTS DE BIENS JURIDIQUES HUMANITAIRES

Il existe des biens juridiques globaux qui protègent la dignité humaine, à la fois reconnus par le Droit international et par les ordres juridiques internes, dont le respect présente un intérêt pour la communauté internationale. Les juges nationaux ont la possibilité de devenir garants de ces biens juridiques globaux et de représenter ainsi une communauté juridique supra-étatique. De plus, leur interaction avec diverses communautés juridiques transnationales, tout comme leur contact médiat avec les sources du Droit international, permet à ces juges d'influencer la détermination du contenu de ces biens juridiques humanitaires, assumant par cela un rôle qui transcende celui de garant du Droit international, et les transformant en acteurs même de cet ordre. Plusieurs facteurs sociaux, psychologiques et professionnels auront alors une influence dans la position que les juges adopteront à cet égard. Cette position sera de même conditionnée par les limites et les opportunités offertes dans les droits internes qui les revêtent d'autorité.

Mots clés: juges, Droit interne et Droit international, biens juridiques globaux humanitaires, incitation à l'observance, effets de l'activité judiciaire.