

EL DIÁLOGO JUDICIAL EN LA RESOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES¹

Prof. Antonio Lazari

Universidad Pablo de Olavide - Sevilla

alazari@upo.es

A nivel esquemático las controversias internacionales pueden ser dirimidas jurisdiccionalmente de dos maneras: mediante órganos, procedimientos y principios ligados al bagaje cultural y político surgidos con el Estado moderno o mediante un nuevo paradigma conceptual que trasciende los límites conceptuales y geográficos del Estado². Sin embargo, más profundamente en las controversias de alcance internacional no se enfrentan tan sólo dos jurisdicciones con colocación geográfica distinta, sino dos concepciones de la colaboración entre jueces que mediante una apertura dialógica pueden trascender y prescindir de las barreras conceptuales, connotaciones intrínsecas del propio razón de ser del Estado. La existencia de estos dos paradigmas no coincide, pues, con la dicotomía jurisdiccional internacional-nacional.

1. Primer escenario: el *vivace* diálogo judicial en Europa y Sudamérica.

La estructuración política y jurídica del Estado moderno europeo surge de un movimiento de delimitación territorial y poblacional, contraponiéndose a la *Weltauschauung* universalista-hegemonista medieval del Papado y de la *Res Publica Christiana*. Su conformación interna y externa se explicitaba *ad intra* en la neta

¹ Conferenza tenuta nell'ambito della XXIV^a Giornata dell'Associazione Spagnola di Professori di Diritto Internazionale e Rapporti Internazionali a Córdoba e pubblicata nella raccolta degli atti, Tirant Lo Blanch, 2013, 169 ss.

² PETERSMANN E.U., *Justice in International Economic Law? From the 'International Law among States' to 'International Integration Law' and 'Constitutional Law'*, en *European University Institute Working Paper Law No. 2006/46*.

dicotomía entre las provincias *austinianas* del derecho público y privado y *ad extra* en el panorama contractualista de las relaciones internacionales, esencialmente impermeables a la producción normativa de los ordenamientos internos. Tal visión westfaliana se articulaba en los términos de una compleja trama de compartimentos estancos, tanto en la órbita interestatal de la esfera del Derecho Internacional Público y Privado, como en el campo estatal de la petrificada dicotomía derecho público-derecho privado³. El Derecho Internacional clásico se conforma en una estructura de monadas leibnizianas cuya forma mínima de convivencia es conferida por el armazón de unas normas internacionales de yuxtaposición estatal. Los principios básicos de este conjunto de normas se traducían en la defensa de los confines estatales. Desde el principio de soberanía hasta la prohibición de injerencia en los asuntos internos del Estado pasando por la inmunidad jurisdiccional, las medidas de autotutela del Estado: todo el andamiaje tradicional trazaba un límite insuperable para el derecho nacional desde el cual ni la comparación jurídica sistémica podía tener cabida⁴. No obstante, en los últimos tiempos esta trinchera conceptual ha sido progresivamente erosionada por la crisis ontológica del Estado moderno, víctima en la primera parte del siglo XX de frecuentes delirios de omnipotencias nietzschianos y por la consiguiente tendencia a la institucionalización del Derecho Internacional mediante la germinación de variadas Organizaciones Internacionales⁵. Con la paulatina instauración de cortes internacionales se crean las condiciones esenciales para que las controversias internacionales se diriman ante terceras partes dotadas de competencias jurisdiccionales, cuya inevitable intersección fomenta un diálogo entre entidades independientes supranacionales entre sí y entre ellas y jueces de Estados soberanos e interdependientes⁶. “[D]omestic judges, at least in the United States are beginning to articulate their responsibility to ‘help the world’s legal systems work together, in harmony, rather than at cross purposes.’ Such cooperation includes not only procedural mechanisms of deference and collaboration, but also substantive evaluation of the degree of convergence between domestic and foreign law. This cooperation has been made

³ Cfr. KENNEDY DUNCAN, *Two globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968*’ *Suffolk University Law Review*, 2003, XXXXVI at 631.

⁴ Véanse la norma general de 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.

⁵ Cfr. SAROOSHI D., *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁶ ‘Judicial dialogue’ is ‘the most common characterization of transnational interactions among courts’, cfr.: AHDIEH R.B., *Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts*, (2004) 79 *N.Y.U. L. Rev.* 2029, 2045 y 2050 ss. Cfr. CASSESE S., *Le corti di Babele*, Dedalo, 2010.

*possible by “a deep sense of participation in a common global enterprise of judging”*⁷. Sin embargo, al margen de la miríada de proto y pseudo cortes internacional o arbitrajes supranacionales, la porosidad del sistema judicial no progresa tanto en el modelo estadounidense, que también ha esporádicamente evidenciado una tímida atención a la reglamentación de Derecho Internacional como veremos *infra* en el caso Lawrence v. Texas de 2003, cuanto en el endeble y undívago modelo de diálogo judicial europeo. Sin embargo, esta tendencia a la conmixión entre las cuerdas supranacionales y nacionales, necesaria para atar el Ulises-Estado con el fin de evitar que sucumba nuevamente a las sirenas de la omnipotencia nacionalista, no se consuma solamente en recintos geográficos y conceptuales europeos, sino también en algunas manifestaciones judiciales sudamericanas. La cuestión ha de focalizarse no sólo en la dialéctica conceptual del paradigma dialógico emprendido por los jueces, sino en el terreno jurídico en el que tal *forma mentis* se aplica: inmunidad estatal *versus* responsabilidad del Estado o responsabilidad personal del individuo⁸, concebida en términos de *liability* más que de *responsability*, como figura en la previa cita de Slaughter. En este contexto el diálogo versa principalmente alrededor de la aplicación o interpretación de la delicada esfera de los derechos fundamentales, otrora dispensada por las jurisdicciones nacionales-constitucionales⁹. A mediados del siglo XX, en un contexto histórico de profundidad crisis del Estado moderno nace la baumaniana aventura europea de la actual Unión Europea, como formula política y social de relación con el Otro¹⁰. Tras la primera fase de independencia del nuevo orden supranacional de los Estados miembros con la creación pretoriana de los principios de primacía y eficacia directa y con la consiguiente tendencia a la limitación también del dialogo judicial máxime con las Altas Cortes nacionales, el Tribunal de Justicia inaugura en los años Ochenta una nueva era constructiva que derivará en un incipiente proceso dialógico con los jueces ordinarios nacionales principalmente mediante las dos coordenadas jurídicas de la efectividad y la equivalencia. En esta fase, el diálogo judicial se enriquece del emblemático y de la abierta oposición de las cortes constitucionales nacionales frente al intento de cristalizar formalmente tal *momentum* político: el intento de aprobación de un nuevo Código Civil europeo, luego derivado

⁷ SLAUGHTER A.M., *Judicial Globalization*, en 40 VA. J. INT. L. 1103, 2004.

⁸ ESPÓSITO C., *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Cizur Menor, Civitas, 2007.

⁹ MURRAY J.L., *Fundamental Rights in the European Community Legal Order*, en (2009) 32 *Fordham Int'l L.J.* 531.

¹⁰ HABERMAS J., *L'inclusione dell'Altro*, Universale Feltrinelli, Milano, 1998.

en la confección del *Draft of Common Frame of Reference*, por un lado, y del denominado Tratado Constitucional, por otro, testimonian variadamente esta solución legislativa de *hard law*. Las dos cuerdas del derecho constitucional interno y de la participación en las organizaciones internacionales de Ulises aún siguen siendo distintas y distantes.

El dialogo judicial, al contrario, entendido como una suerte de *soft law*¹¹, se desarrolla a lo largo de las vías de un nuevo método hermenéutico que no sigue los cánones abrogativos de la resolución jerárquica de conflictos internos, delegando al juez nacional la posibilidad de conformar/salvar el derecho interno a la luz de la normativa de la Unión Europea: la tendencia jurisprudencial de los últimos cinco años testimonia el claro incremento de la metodología interpretativa de la corte luxemburguesa tanto en el terreno iuspublicista como iusprivatista. La trama de atribuciones estatales plasmada en los tratados constitutivos induce según una aproximación funcional a la dicotomía derecho público/derecho privado, que recientemente adquiere una inédita connotación osmótica: *tanto per dire* la connotación interdisciplinaria de la sentencia **Kadi**¹² se pone como punto de referencia opuesto al inicial radicalismo monológico del análogo *grand arrêt* Costa c. Enel¹³.

En el mismo fallo Kadi se acepta críticamente la norma del art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas con una visión epistemológica distinta a la *ratio decidendi* esgrimida en la homologa y coeva sentencia **Medellín v. Texas de la Corte Suprema de Estados Unidos**¹⁴. Los corolarios de los axiomas fijados por las dos cortes pueden

¹¹ FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002: “*Il diritto giudiziario è un diritto più leggero di quello legislativo, capace di automodificarsi*”. Cfr. también ORDÓÑEZ SOLÍS D., *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global. Globalización, derecho y jueces*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión. C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351.

¹³ Se difuminan los contornos conceptuales de la clásica compartimentalización entre las esferas del derecho público y privado o de los sistemas nacionales y supranacional, como testimonia el estudio de los principales arrêts de los últimos años, *in primis* **Kadi** en tema del principio de primacía y derechos fundamentales europeos, donde se evidencia la interiorización de los *controlimiti* nacionales y se opera un evidente entrelazamiento de las cuerdas nacional-internacional), **Mangold, Laval-Viking y Rüffer y Küçükdeveci** en el ámbito de privatización del derecho de la Unión Europea y efecto horizontal del principio de eficacia directa, **Cordero Alonso, Velasco Navarro y Robledillo Nuñez** en tema de primacía hermenéutica del derecho de la Unión Europea, Transportes Urbanos en torno a la peculiaridad del principio de responsabilidad del Estado por violación del derecho comunitario también respecto de los sistemas nacionales de responsabilidad del legislador] y sobretodo de derecho privado, donde la participación de los jueces españoles ha sido y es más dinámica (**Promusicae, Gysbrechts, Cofidis, Godard & Rampion, Pannon, Asturcom**).

¹⁴ *Medellin v. Texas*, 128 S Ct 1346 (2008), ILDC 947 (US 2008).

incluso converger; las argumentaciones dialécticas, en cambio, son netamente y decisivamente distintas. En el primer caso, aun reconociendo la primacía normativa de las normas del Derecho Internacional, la corte de Luxemburgo introduce un cauce dialógico, que gira alrededor del límite crítico de la observancia de los derechos fundamentales de la Unión Europea; en el otro fallo, se evidencia una visión monológica absolutista de clausura al sistema internacionalista. Disintiendo con el editorial de Weiler¹⁵: no es lo mismo Kadi que Medellín!

En este espectro dialéctico se inserta el primer auto **86/2011, de 9.6.2011 (RTC 2011\86; MP: Javier Delgado Barrio** de la cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional español de junio 2011, que prevé la posibilidad de derogar *in melius* el principio de primacía, ya lucidamente expuesto en la declaración 1/2004 del mismo juez madrileño, en virtud de la clausula dialogante esculpida por el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No se trata, pues, de espacios geográficos nacionales-internacionales¹⁶, cuanto de metabolización de paradigmas conceptuales distintos¹⁷. En la resolución de controversias de alcance extranacional, por tanto, no se recurre acriticamente a una norma jerárquicamente superior, sino que se injertan reglas supranacionales siempre que respeten el núcleo duro de los derechos fundamentales nacionales: es el método Solange¹⁸. De esta forma, no se acepta supinamente el sistema de valores (y por ende, la norma que lo protege) procedente de otro sistema, sino que se procede a entrelazar Nuestro modelo conceptual (y por ende, jurídico) con el bagaje cultural-jurídico del Otro. El conocimiento científico del Otro se consume mediante el análisis comparativo de los otros sistemas: ya en la decisión Solange II y Nold del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹ se recurre significativamente a la expresión “tradiciones constitucionales comunes”. Se crea, pues, un sistema de proximidad vivificante con otros modelos culturales y jurídicos mediante el criterio epistemológico de la equivalencia sistémica, siempre en la medida en que se respeten determinados límites valoriales. Esta dialéctica pretoriana se

¹⁵ Una comparación entre la sentencias *Kadi* y *Medellin* fue trazado por J. Weiler, ‘ Editorial ’, en 19 *EJIL* (2008) 895.

¹⁶ El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea actúa a menudo en términos de corte internacionales, mientras en otras ocasiones viste el habito de corte regional-nacional como en la decisión *Kadi*

¹⁷ Cfr. CONFORTI B.- FRANCONI F., *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997.

¹⁸ Solange 1974 I, BVerfGE 271, 285; Solange II 1986, BVerfGE 339.

TZANAKOPOULOS A., *Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange Argument*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1407079>

¹⁹ Sentencia TJUE, C-4/73 [1974] ECR 491.

extiende naturalmente a otras cortes constitucionales²⁰ y al juez que *ab imis* se había ocupado de dirimir controversias en materia de derechos humanos: el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos²¹. En el terreno internacional de la “lucha contra las inmunidades”²² este último tribunal de Estrasburgo ya en la decisión Waite admite la posibilidad de la excepción del principio de inmunidad jurisdiccional de algunas organizaciones internacionales sólo a la condición que se ofrezca la posibilidad de alternativas judiciales razonables²³. “*The influence of Solange II and of the doctrine of equivalence is implicit but clear in these decisions*”²⁴. En la mencionada sentencia Kadi tal mecanismo se manifiesta aún más nítidamente respecto de las normas de Derecho Internacional. El acta de independencia del sistema jurídico de la Comunidad Económica Europea establecida en *arrêt* Costa c. Enel se transforma emblemáticamente en una declaración de interdependencia crítica del ordenamiento de la Unión Europea respecto de los microcosmos internacional (resolución Consejo de Seguridad ONU 1267/1999) y nacional (doctrina de los *controlimiti* esbozada por las diferentes Cortes Constitucionales nacionales). Así se limita significativamente el principio de inmunidad jurisdiccional de la resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en referencia al principio constitucional europeo de la tutela judicial efectiva²⁵, y a la vez se lanza un mensaje hacia otras cortes europeas en la dirección del bien común de la salvaguardia de los derechos fundamentales. El respeto acríptico de la superior posición jerárquica del sistema del Derecho Internacional, sin embargo, emerge en la anterior decisión de la Corte de Primer Grado, amén de las posteriores

²⁰ Sentencia Frontini v. Ministero delle Finanze, 27 diciembre 1973; Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español. Cfr. Para la extensión a otras cortes de los Países del bloque ex soviético *ex multis* SARDUSKI W., *Solange, chapter 3: Constitutional Courts in Central Europe*, (2008) 14 *Eur. L. J.* 1 ss.

²¹ Para una aplicación del criterio de equivalencia respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de la tutela de los derechos humanos, cfr. sentencia del TEDH Bosphorus Hava Yolari, n. 45036/98 (2005). Queda pendiente de resolución el interesante caso de aplicación de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, sin intermediación del derecho de la Unión Europea, contraviene a la Convención Europea de los Derechos Humanos Nada v. Suiza, App. N. 10593/08.

La necesaria apertura a la jurisprudencia de esta Corte está institucionalizada, por ejemplo, en el art. 10.2 de la Constitución española o más aún en el art. 75 de la novelada Carta magna argentina: las cuerdas de Ulises, por tanto, se entrelazan por prescripción nacional. Es la doctrina de la repartición de competencia: *Arbeitsteilung*.

²² Expresión parafraseada en sede nacional por GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, 2004.

²³ Waite y Kennedy v Alemnia, App No 26083/94 (1999); cfr. también Beer y Regan v Alemania App No 28934/95 (1999).

²⁴ TZANAKOPOULOS A., *Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange Argument*, cit., 202.

²⁵ A su vez este principio sirve de palanca crítica al Tribunal Constitucional español mediante auto **86/2011, de 9.6.2011 (RTC 2011\86; MP: Javier Delgado Barrio** con el fin de derogar in melius la reciente modificación de la Decisión Marco 2002/584/JAI por parte de la Decisión Marco 2009/299/JAI justamente en virtud del art. 53 CDFUE

sentencia del **Tribunal Federal suizo y del Consejo de Estado turco**²⁶. En una óptica muy próxima al arrêt Kadi se sitúan indudablemente las sentencias de la **Corte Suprema del Reino Unido Ahmed**²⁷ y de la **Corte Federal Canadiense Abdelrazik**²⁸.

El todopoderoso Estado (o en ese último caso el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) Leviatán del Derecho Internacional clásico termina en ocasiones por responsabilizarse mediante las cuerdas variamente entrelazadas del diálogo entre jueces (el tema elsteriano de la estrechez de las cuerdas²⁹) en el plano de la defensa de determinados bien jurídicos comunes, hasta ahora congregados en la tutela de los derechos fundamentales. Para llegar a responsabilizar actos del Consejo de Seguridad o libres determinaciones del Estado soberano, el terreno del diálogo judicial debe coagularse alrededor de principios-cuerdas no ya sólo nacionales del art. 24 de la Constitución española, ni tan sólo del hiperurano platónico de la Declaración de los Derechos Humanos. El auto del Tribunal Constitucional español de junio 2011 tiene el mérito de subsumir la misma situación de la tutela judicial del art. 24 CE en el art. 43 CDFUE: el bien a proteger es común y se entrelaza con las dos cuerdas homéricas, de la misma guisa que en la sentencia Kadi se adoptan criterios elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del art. 5.4 de la correspondiente Convención Europea de Derechos Humanos. *‘The international human rights regime now forms part of the context of national constitutional regimes’, while at the same time ‘many of the rights contained in human rights treaties have long enjoyed recognition’ at least in the ‘transatlantic constitutional tradition’*³⁰.

Este complejo diálogo se repropone con diferentes matices también en el continente sudamericano, allí donde emerge un claro fenómeno de interacción judicial, que ve como protagonistas las cortes nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹.

²⁶ En el primer tribunal Nada gegen SECO (14 Noviembre 2007) ILDC 461 (CH 2007) para 5.4.

71; en el segundo caso Decisión n. 115/2007 App No 2824/2006 (22 febrero 2007) ILDC 311 (TK 2007).

²⁷ HM Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC); HM Treasury v Mohammed al-Ghabra (FC); R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef v HM Treasury [2010] UKSC 2 (‘Ahmed’).

²⁸ T-727-08 Abdelrazik v Minister of Foreign Affairs & Attorney General of Canada [2009] FC 580.

²⁹ Elster, J. (2000) *Ulysses Unbound. Studies in rationality, precommitment, and constraints*, Cambridge University Press.

³⁰ NEUMAN G.L., *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, en (2003) 55 *Stanford LR* 1880.

³¹ Cfr. GARCÍA-SAYAN D., *Una viva interacción: Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en AA.VV., *La Corte Interamericana: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 328 ss.

Más allá de las propuestas *de iure condendo* de un tratado internacional promovido en 2011 por el Estado boliviano basado sobre la protección de lo que denomina los derechos fundamentales de la naturaleza y constitutivo de un Ministerio de la Tierra con competencia efectivas en materia medioambiental, en esta zona del planeta queda evidente la preocupación por el *common concern* del cambio climático. A falta de concreción normativas convencionales dotadas de efectividad, tal bien común adquiere una dimensión absolutamente peculiar en la reciente Constitución de Ecuador, donde se reconoce a la Naturaleza en términos de sujeto de derecho. La cuerda de la Constitución de Montecristi en sus arts. 71-73 asimila los derechos de la Naturaleza con los derechos humanos en el terreno de algunos principios clave de interpretación y aplicación. Con sentencia **30 de marzo de 2011, la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja** resolvió definitivamente la acción de Protección No. 11121-2011-0010 “a favor de la Naturaleza, particularmente a favor del río Vilcabamba y en contra del Gobierno Provincial de Loja”³². Esta operatividad de la constitución ecuatoriana se proyecta otrosí en la pantalla del derecho supranacional allí donde la Corte Constitucional de este Estado ha sido llamada a dirimir una “demanda por los derechos del mar bajo el principio de Jurisdicción Universal” en relación con el caso de la empresa transnacional *British Petroleum* como responsable del desastre ambiental ocurrido en el Golfo de México el 20 de abril 2010. Naturalmente en este caso judicial el demandante apela a la responsabilidad de la empresa multinacional por vulnerar los derechos asignados a la Naturaleza como sujeto de derecho; oponiendo diametralmente a los pleitos que en el mismo supuesto se han sucedido en Estados Unidos de América.

Y la dimensión supranacional se exterioriza aún más en el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku, de la Amazonía ecuatoriana, demandante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para presentar alegatos y pruebas respecto a las violaciones de derechos humanos que sufrió debido a las actividades petroleras realizadas en su territorio durante los años 2002 y 2003. La Corte está aún pendiente de depurar la responsabilidad del Estado ecuatoriano por otorgar una concesión petrolera en tierras ancestrales del pueblo indígena Sarayaku.

³² Sentencia, Corte Provincial de Loja, Sala Penal, 31 de marzo de 2011.

En la “*Babel of judicial voices*”³³ de cortes arbitrales, tribunales espaciales, de naturaleza penal y civil que se ocupan de dirimir controversias supranacionales, los órganos y litigios se pueden clasificar sustancialmente en dos categorías: la primera concierne conflictos entre ordenamientos nacionales y orden supranacional o internacional, mientras la segunda atañe las relaciones entre distintos y ya numerosos ordenes jurídicos globales. Estas relaciones no están regidas por principios superiores *tout court*. Requieren siempre esfuerzos colaborativos para evitar colisiones. En el primer ámbito emerge la necesidad de cooperar en un ámbito no jerárquico pero en el cual se establecen *volens nolens* las notas de una primacía templada, como hemos podido constatar. En el segundo ámbito, sin embargo, afloran una exigencia distinta de yuxtaposición y coordinamiento recíproco, tendente a la búsqueda de un *common core* en los distintos regímenes sectoriales. Trasladado en términos musicales, por un lado, se va afinando un diálogo acompasado por un ritmo “*vivace*” o “*meno allegro*” entre jueces, por otro, se perfila el *assolo* de la Corte Internacional de Justicia.

2.1 Las cortes nacionales que se ocupan de controversias internacionales. Primer movimiento: el “falso baile”

La clave conceptual para entender plenamente el mecanismo de *judicial cross-fertilisation* en materia de responsabilidad internacional extracontractual y penal atañe, por tanto, a la defensa de valores o bienes comunes. *A contrario*, la referencia, a veces confusa, a menudo espasmódica, de decisiones extranjeras no parece representar un síntoma significativo de un fenómeno de intercambio judicial o cultural entre cortes³⁴. La circunstancia de recurrir a las *rationes decidendi* de decisiones judiciales extranjeras puede simplemente apuntalar argumentaciones ya predeterminadamente adoptada por el juez nacional³⁵. A modo de ejemplo, en el caso **Jones v. Saudi Arabia de 2006**³⁶ en materia de torturas perpetradas por oficiales del gobierno saudí contra ciudadanos británicos. En este caso también se entra en el fondo de nuestra temática, evaluando “*the relationship [...] between two principles of international*

³³ HIGGINS R., *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, en *Intern. Comp. Law Quarterly*, 2006, 791-804.

³⁴ Iluminante es al respecto DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

³⁵ Se mueven este dirección los datos estadísticos aportados por GELTER M. –SIEMS M., *Networks, dialogue or one-way traffic? An empirical analysis of cross-citations between ten European Supreme Courts*, en MAASTRICHT EUROPEAN PRIVATE LAW INSTITUTE working paper No. 2011/03.

³⁶ UKHL 14 Junio 2006.

law"; *the principle of sovereign immunity and the principle "of more recent vintage, but of the highest authority among principles of international law"*. La *House of Lords* considera preminente la excepción procesal del principio de inmunidad jurisdiccional del Estado, corroborando su opinión mediante el extenso recurso a la jurisprudencia extranjera y adulterando incluso la *ratio decidendi* de la sentencia *Al-Adsani* del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en materia de tutela judicial efectiva, que, al contrario, será mejor interpretado justamente por el auto de la cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional español en 2011. La mención arbitraria a decisiones de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional para los crímenes de la ex Yugoslavia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Canadá, la Corte Suprema de Estados Unidos, la Corte di *Cassazione* italiana, la Corte Suprema griega no representa una muestra de diálogo, sino más bien de un culto monólogo, que no impulsa alguna respuesta en los otros jueces. En esta decisión nacional ni aflora intento alguno de conversación judicial, ni el intento de defensa de determinados bienes comunes. No es una casualidad.

2.2. Las cortes nacionales que rechazan la aplicación del principio de justicia universal. Segundo movimiento: el alejamiento del Otro

Ejemplo de ausencia de diálogo con el Otro (y, a la vez, contradictoria petición de ayuda a la ONU por parte del gobierno nacional) es el comportamiento mantenido por en el ejercicio del principio de justicia universal emprendido inicialmente por la Audiencia Nacional española en el caso Guatemala y que ha visto la intervención contrastada del Tribunal Supremo³⁷ y del Tribunal Constitucional³⁸ españoles³⁹. Este último juez avala la concepción según la cual la justicia transnacional, que se persigue a través de acciones legales o procesos en tribunales nacionales por crímenes internacionales al amparo de las provisiones que los ordenamientos jurídicos

³⁷ *Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Guatemala por Genocidio*, Sentencia N. 327/2003, caso 331/99 (Tribunal Supremo, Segunda Sala Penal, 25 febrero 2003), disponible en www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/gtmsent.html.

³⁸ El juez de la Audiencia Nacional Santiago Pedraz respondió al rechazo de la Corte de Constitucionalidad con un auto de 9 de enero del 2008, en el que se condena la "falta de cooperación judicial y criticando duramente la decisión de la CC".

³⁹ Cfr. N. ROHT ARRIAZA - ALMUDENA BERNABEU, *Justicia transnacional y no transicional como un proceso híbrido*, en AA.VV., *Justicia transicional en Iberoamérica*, editado por C. Espósito – J. Almqvist, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, 293 ss.

nacionales contienen para ello, para ser efectiva debe combinar **el derecho internacional penal sustantivo** y el de las **legislaciones nacionales**. El bien común en este caso está nítidamente perfilado, más allá de las fronteras conceptuales de las nacionalidades excluyentes. El diálogo, sin embargo, implica la posibilidad que una corte, miembro activo de la comunidad internacional, ahonda su *longa manus* en el terreno minado de las cuestiones políticas del Otro. Aquí el paradigma de la *judicial conversation* se colorea peligrosamente de fuertes tintes excluyentes; tanto es que en la “lucha contra las inmunidades” mediante el principio de justicia universal, a la ya mentada postura tradicionalista de la Corte Internacional de Justicia, se añade el rechazo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala⁴⁰ a la petición de la Audiencia Nacional española, sólidamente corroborada por la decisión del Tribunal Constitucional español de 26 de septiembre de 2005.

Frente a la desestimación del auto de la corte española, el gobierno guatemalteco pide la creación de órgano supranacional con la función de intervenir en la administración de la justicia en Guatemala. Esta corte, cuya formación ha sido respaldada con sentencia de la Corte Constitucional guatemalteca en mayo 2007, se constituye gracias a un convenio estipulado con la ONU el 12 de diciembre de 2006.

2.3 Las cortes nacionales que se ocupan de controversias internacionales. Tercer movimiento: *vivace ma non troppo*

Existe también una realidad factual en continuo movimiento, que desemboca en controversias internacionales dirimidas ante tribunales nacionales. A simple modo prototípico, en el famoso caso **Lawrence v. Texas de 2003, la Corte Suprema de los Estados Unidos** decide mencionar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el espinoso tema de la sodomía homosexual, anulando normas de leyes estatales que prohibían el consentimiento a tal respecto⁴¹. Se afirma a claras letras que el derecho a mantener relaciones homosexuales consensuadas “*has been accepted as an integral part of human freedom in many other countries*”. La disputa asume contornos muy acentuados en la medida en que se despenaliza una conducta en

⁴⁰ Sentencia del 12 de diciembre de 2007, Corte de Constitucionalidad (Guatemala), Expediente 3380-2007

⁴¹ Luego reiterado en la decisión *Graham v. Florida*, 560 U.S. (2010).

virtud también de normas internacionales no ratificadas por el gobierno de los Estados Unidos, anulando previsiones establecidas por el legislador nacional. El juez Scalia pone de manifiesto en su *dissenting opinion* que se trata de una indebida intromisión en la soberanía nacional estadounidense: “*imposing foreign moods, fads, or fashions on American*”⁴². Existe ya una conspicua e imprescindible doctrina estadounidense en tema de *transnational human rights* o de *transnational dialogue on human rights*, que a partir de las teorías avanzadas por el filón liberalista americano - Ann Marie Slaughter *docet* - apunta a un fenómeno de *cross-fertilisation* internacional y judicial sobre la base de los derechos humanos⁴³. Desde la variada óptica exclusivamente estatal, se registra un dúplice movimiento tanto de contenido publicista, concerniente la lucha por los derechos humanos, como de alcance privatista, relativo a la armonización del derecho civil, que, sin embargo, sigue utilizando el paradigma conceptual excluyente estatal: o jueces nacionales o cortes internacionales. El Otro no penetra en el sistema nacional decidente. A despecho de las voluntariosas intenciones de algunos jueces, el ritmo del diálogo judicial es *allegro ma non troppo*.

3. Tercer escenario: el *assolo* de la Corte Internacional de Justicia.

Una suerte de comportamiento judicial autista manifiesta la Corte Internacional de Justicia, llamada a dirimir la cuestión de la judicabilidad de un sujeto, ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, acusado de graves crímenes internacionales: es el caso **República democrática del Congo c. Bélgica**⁴⁴. Se trata de un asunto muy similar al ya citado Jones v. Saudi Arabia de 2006. La Corte Internacional de Justicia, que bien por su estructuración competencial y jurisdiccional, bien por su *background* histórico, bien por sus elecciones estratégicas se coloca en un posición escorada y autoreferencial respecto del proceso de *judicial conversation*. Enrocada en una postura conceptual cautelosa, la corte de la Haya sigue fiel a su concepción de Derecho anclado al paradigma del “*State-as-a-unit*”. Aflora a todas luces una concepción tradicional de Estado y de órganos estatales, distante incluso de

⁴² En **Roper v. Simon** de 2005 los jueces Scalia y Kennedy renovaron sus discrepancias en materia de ejecuciones de condenados menores de edad. El juez Kennedy alegó sobre la base de aplastante normativa convencional internacional y correspondiente jurisprudencia internacional que considera un desvalor universalmente reconocido la pena de muerte infligida a menores.

⁴³ WATERS A., *Creeping Monism: the Judicial Trend toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties*, en *Columbia Law Rev.*, 2007, 648 sg.

⁴⁴ CIJ, 14 de febrero de 2002, asunto de la Orden de arresto de 11 de abril del 2000.

la necesidad de *aggiornamento* conceptual de las herramientas jurídicas post-modernas. La terminología empleada por la corte de la Haya continúa anclada a instituciones y valores fundamentalmente westfalianos, allí donde el diálogo pretorio que se asoma tímidamente en un nivel transnacional y que asume una dimensión neta en ámbito europeo, gira alrededor de *judicial linkages* entre ordenes jurídicos, creados y actuados por los jueces. Más allá de la constatación del mismo fenómeno, atrae el interés académico la metodología con la que los jueces proceden a conjugar ordenamientos, allí donde en vía general la Corte Internacional de Justicia sigue insistiendo en una terminología de exclusión y estatalista. A fin de cuentas, uno de los efectos más pervasivos de los principios de eficacia directa y de primacía reside en “transportar” al ordenamiento externo en el orden estatal, allí donde la corte de la Haya tiende a defender la línea conceptual excluyente estatal. El propio criterio de primacía procede, luego, a integrar los dos ordenamientos mediante la aportación de la teoría de los *controlimiti*. Se trata de un principio de primacía templada. El margen conceptual entre estos dos paradigmas se mide a contraluz en la comparación sistémica entre las sentencias sobre inmunidad jurisdiccional Kadi emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en septiembre 2008 y la decisión de la Corte de la Haya República democrática del Congo c. Bélgica. En la resolución de las controversias de alcance supranacional se hace progresivamente más patente la colaboración dialógica entre jueces internacionales y cortes nacionales⁴⁵ a la largo de un nuevo método dialéctico.

5. Epílogo: diálogo judicial y nuevo paradigma de responsabilidad

La esquemática reseña del panorama internacional induce a extrapolar algunas conclusiones de carácter epistemológico y sustancial. Desde la primera óptica, la circulación judicial no se traduce tan sólo en las citas pedante o *pro domo sua* de decisiones procedentes de cortes extranjeras, las cuales, a su vez, no podrán participar en modo alguno en un circuito dialógico. Se trata, al contrario, de entablar una nueva concepción compleja de relacionarse con el Otro en torno a la defensa de valores comunes: ya no radicado en la visión cartesiana y monológica “*le souverain, titulaire*

⁴⁵ Cfr. en la relación discursiva habermasiana entre jueces SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea. Construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

d'un pouvoir sans partage, qui irradie jusqu'aux confins les plus reculés de l'État. Son pouvoir est absolu, non pas tant au sens de tyrannique ou de totalitaire, mais en cela qu'il présuppose une perspective unique, monologique, qui détermine toute perception possible »⁴⁶. Ante la escasa reglamentación internacional en materia de salvaguardia de bienes comunes una solución de amplio y hondo alcance reside en la colaboración entre jueces de distintas jurisdicción así como en el entrelazamiento entre distintos modelos axiológicos y normativos. La defensa de los bienes comunes, objeto de controversias internacionales, a menudo encuentra una respuesta discursiva en el diálogo judicial, más que en la visión monológica excluyente de la reglamentación clásica nacional-internacional⁴⁷. Harold Koh sostiene que “*transnational legal process breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private*”⁴⁸.

Desde la perspectiva sustancial, tal proceso prolifera en el momento en que los jueces se consideran piezas clave de un ordenamiento único que prescinde, y en ocasiones colisiona con, norma de los sistemas nacionales. En estos supuestos, al no existir una Organización Internacional y, por ende, una red de jueces supraordenada en la institución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el modelo europeo, el intento de responsabilizar al Estado infractor o, en algunos casos, los representantes de la soberanía nacional responsables de graves crímenes contra la humanidad, el diálogo asume una dimensión estrictamente horizontal y el diálogo judicial en la resolución de controversias internacionales a menudo se obstruye ante el principio de inmunidad jurisdiccional. La persecución de la salvaguardia de un bien común de alcance extra y supra nacional se ofusca⁴⁹. Al margen de los recientes y también significativos avatares internos que ven protagonista a un notorio juez de la Audiencia Nacionales en relación a tal mecanismo de justicia universal, resulta *ictu oculi* problemática la operación conceptual de conjugar el derecho supranacional con el bagaje interno mediante normas interfaciales e interpretaciones hermenéuticas, al igual que se ha

⁴⁶ OST F.– VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2003, 7.

⁴⁷ Iluminante es el reciente trabajo de CARRILLO SANTARELLI N. – ESPÓSITO C., *Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios*, en *Rev. Esp. Derecho Internacional*, 2011, LXII, 2, 51 SS.

⁴⁸ KOH H., (1996) *Transnational Legal Process*, 75 *Nebraska Law Review*, 184; en el plano filosófico BOAVENTURA DE SOUSE SANTOS, *Towards a New Legal Common Sense*, 2002, 2d ed., 83-84.

⁴⁹ Cfr. CARRILLO SANTARELLI N.– ESPÓSITO C., *Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios*, cit., 66.

evidenciado en ámbito europeo⁵⁰. En estos supuestos es patente el choque de paradigmas, uno tendente a preservar *common concerns* en una sociedad internacional encentrada en torno a principios imperativos de *jus cogens*, el otro erigido para enrocarse a ultranza en la defensa de los intereses estatales.

⁵⁰ Cfr. AA. VV., *New Perspective on the Divide Between National and International Law*, editado por J. NIJMAN – A. NOLLKAEMPER, Oxford University Press, 2007.