

PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya (coord.), *Los medios jurisdiccionales de solución de controversias internacionales. Avances y nuevos retos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, 356 pp.

Luis Lorenzo Córdova Arellano

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: lcordovaa@derecho.unam.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2024.24.18963>

Esta nueva obra coordinada por la profesora Petrova no es complaciente con la doctrina *otanista*. Se trata de una oportuna actualización sobre un tema que ya ha desarrollado con acierto. Dividido en arreglo arbitral y arreglo judicial, sus ocho autoras y autores disertan en torno a sus antecedentes y funcionamiento, demostrando un dominio de los temas abordados y haciendo muy provechosa la lectura de cada uno de sus capítulos.

En una imponente introducción, que la proyecta para crear doctrina autorizada en derecho internacional, la profesora Petrova reflexiona sobre el papel de la guerra en el derecho internacional clásico y acerca del señero caso arbitral de Alabama de 1872, paso importante en el desarrollo de los mecanismos de solución pacífica de controversias, así como de la relevancia de la Convención para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales de principios del siglo XX que aportó innovaciones a estos mecanismos y creó la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), en funciones desde inicios del siglo XX. Con estadística ilustra la labor de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), que, si bien vio su función interrumpida durante la Segunda Guerra Mundial, constituyó un antecedente importante en la consolidación de la solución pacífica como principio estructural del orden internacional liberal de posguerra, consagrado en el artículo 33 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Petrova elabora magistralmente un análisis convencional, consuetudinario y doctrinal de cada uno de los mecanismos de solución pacífica, tomando en cuenta además sus antecedentes. Demuestra que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) desencadenó la creación de múltiples tribunales internacionales a partir de la década de los noventa, coincidente con la implosión del campo socialista. Estos tribunales han desarrollado temas de derechos humanos, pe-

nales, económicos, marítimos, entre otros. Anota que la elección de juezas y jueces de la CIJ tiene un claro componente político, porque necesariamente requieren el voto a favor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (CS) de la ONU, resultando en la necesidad de transitar hacia una regulación más racional, o menos política, del sistema internacional.

Analiza la competencia de la CIJ, los tribunales regionales y la Corte Penal Internacional (CPI), comentando los tipos penales de su competencia y su relación con el *ius cogens*, en especial, la prohibición convencional y consuetudinaria del genocidio. Alude a la responsabilidad estatal e individual que acarrea el genocidio y a la facultad de los miembros permanentes del CS de referir una situación o individuo a la CPI, aunque la persona no sea nacional de un Estado parte del Estatuto de la CPI, práctica que califica con toda claridad como neocolonial. Especial mención hace de los tribunales penales híbridos, tanto internacionales como internos, como el Tribunal de los Jemeres Rojos, las Cámaras Especiales para Kosovo, el Tribunal Especial de Bosnia y Herzegovina, complementario del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Especial para el Líbano o la Corte Especial para Sierra Leona. En este apartado también se aporta un excelente panorama de la materia, a partir de una investigación rigurosa y seria.

Analiza los tribunales europeos, en especial, el devenir del hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), guardián de la integración comunitaria europea, que, a través de su jurisprudencia, impuso el criterio de efecto directo del derecho comunitario y la primacía comunitaria, logrando introducir este principio a nivel interno de los Estados que integran la UE. Comenta el funcionamiento de tribunales integracionistas en las Américas en el marco del Mercado Común del Sur (Mercosur), de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) —esta inspirada en el TJUE— así como los tribunales regionales asiáticos, aportando un panorama del derecho de la integración en la región. Apunta que solo dos tribunales tienen competencia exclusivamente interestatal, siendo la excepción porque hay una progresiva apertura a la jurisdicción no estatal, que amplía la subjetividad internacional, que realizan especialmente los tribunales de derechos humanos. Los individuos son los principales judiciables de los tribunales penales internacionales, si bien estos tribunales no tienen competencia para responsabilizar penalmente a otros entes no estatales como empresas transnacionales, terroristas u ONG, sugiriendo la conveniencia de cuestionar la inimputabilidad de entes privados de influencia internacional. Se hace mención también de la justicia transicional,

pertinente para sociedades en conflicto, para sancionar y reparar violaciones graves y sostenidas de derechos humanos y promover la transición a la paz social. Se cuestiona que no haya tribunales especiales en materia ambiental. ¿Debemos seguir la tendencia a la especialización o recurrir a tribunales de carácter universal como la CIJ?

Señala que el arbitraje es el mecanismo privilegiado de arreglo de diferencias que surgen en las relaciones privadas internacionales, que los árbitros serían una especie de jueces privados que pueden funcionar de manera institucional o *ad hoc*. En materias de comercio e inversiones, las partes prefieren el arbitraje, que tuvo un auge vertiginoso en el siglo XX y las instituciones que lo auspician superan la centena. Este auge también se explica por la desconfianza de los inversionistas en los tribunales nacionales, percibidos como dependientes de los poderes ejecutivos. El arbitraje es una vía que tienen los inversionistas de escapar a las jurisdicciones nacionales, consideradas capturadas por poderes ejecutivos fuertes. Aunque también habría que discutir el poder de captura que tienen los poderes privados.

En la primera parte de la obra, se conceptualiza el arbitraje como un mecanismo extralegal en el que un tercero resuelve la diferencia y que goza de características propias que le distinguen de otros medios de solución como la mediación o la conciliación. El arbitraje permite que las propias partes decidan tanto el derecho como los árbitros. Se abordan las fuentes del derecho del medio arbitral en México desde un esquema muy útil (convencionales, legales y de autonomía de las partes). También proporciona un panorama de las instituciones que administran el arbitraje en México, enlistando las más relevantes tanto a nivel nacional como internacional. Con la apertura al comercio internacional, México hizo las adecuaciones legislativas necesarias para regular el arbitraje, una vez que ratificó diversos instrumentos internacionales. Se enumeran las cualidades que deben tener las y los árbitros (alejarse de motivos emocionales, con experiencia, entre otras), las alternativas para definir las reglas de procedimiento arbitral (sean las reglas legales, convencionales, consuetudinarias, contractuales, institucionales o especiales), los tipos de laudos, así como las diferencias entre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Anotan que los laudos arbitrales en México son generalmente aceptados y cumplidos y que ha habido una evolución positiva por parte del Poder Judicial mexicano que progresivamente reconoció la justicia arbitral y que el mecanismo arbitral mexicano ha ganado confianza en América Latina, posicionando a México como un centro arbitral importante en la región.

La obra también aborda la recusación de árbitros (por pertenecer a una misma barra de abogados, por haber manifestado prejuicios nacionales, por haber sido consejero de un Estado parte en la controversia, haber sido jurisconsulto de una de las partes, por reuniones previas con la parte que lo designó), así como los limitados mecanismos para impugnar sentencias arbitrales. Por tratarse de justicia privada, a diferencia de la jurisprudencia, los laudos arbitrales comerciales pueden permanecer secretos una vez dictado el laudo y no hay segunda instancia que corrija posibles errores jurídicos, no obstante, sigue siendo un mecanismo muy atractivo por su flexibilidad, aunque esta misma virtud dificulte la unificación y armonización de la jurisprudencia arbitral internacional. El control de las partes tanto de la constitución del tribunal arbitral como de las reglas arbitrales impide que se adopte el *stare decisis*, sin embargo, los árbitros recurren a criterios ya adoptados por la vía de la autoridad persuasiva. Pero en el arbitraje mixto, en especial, el que administra el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), por tener un carácter público, sí se presta al desarrollo de un sistema de precedentes, aunque sin llegar al *stare decisis* arbitral, sino a una autoridad persuasiva no obligatoria.

Se analiza el mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados contemplados en acuerdos de libre comercio. Se cuestiona que los intereses corporativos transnacionales se hayan puesto encima de los intereses nacionales donde se ubican las inversiones, señalamiento oportuno que invita a buscar el equilibrio jurídico entre los intereses de los inversionistas y los nacionales. Se asienta que los acuerdos de libre comercio son una evolución de los acuerdos de amistad, comercio y navegación originados en relaciones asimétricas y que los acuerdos bilaterales de inversión (*Bilateral Investment Treaties*, BITS) son precursores de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. Con la intención de protegerse contra medidas discriminatorias, injustas, como de expropiaciones abusivas, Alemania inauguró con Pakistán los acuerdos bilaterales de promoción y protección de las inversiones (BITS), y, por su parte, Pakistán se protegía de reclamaciones abusivas de daños o de la explotación de sus recursos naturales sin beneficio nacional. Aunque China cuestiona los BITS, ha adoptado el modelo estadounidense, si bien un poco más flexible. Desde los años noventa del siglo XX hubo una adopción vertiginosa de BITS pasando los 2000 en la primera década del siglo XXI. Los europeos y los chinos son los que más BITS han adoptado. Se evalúa el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) como el pri-

mer acuerdo que da trato igual a países asimétricos, que introdujo innovaciones normativas como introducir normas en materia de propiedad intelectual y tener su propio mecanismo de solución de controversias que, para algunos expertos, representó una vulneración de la soberanía nacional. Con el TMEC, que sustituyó al TLCAN, se admitió que las empresas estatales son susceptibles de ser demandadas, abandonándose la inmunidad que les proporcionaba el TLCAN y se acota el tribunal *ad hoc*. Los TLC han dado muchas garantías a los inversionistas de países desarrollados, países proclives a recurrir al mecanismo arbitral contra Estados en vías de desarrollo obteniendo más del 70% de fallos a su favor y que cada vez más implican compensaciones muy costosas, haciendo del arbitraje un mercado muy lucrativo en perjuicio de países en vías de desarrollo, como México, que es el sexto Estado más demandado. Se cuestiona la pobre rotación de árbitros en arreglo de controversias inversionista-Estado poniendo en entredicho su neutralidad e imparcialidad. El mecanismo arbitral inversionista-Estado es muy lucrativo y prácticamente se “protege”, por ejemplo, a empresas mineras contra medidas de protección ambiental y sanitarias, lo que es un llamado a que el mecanismo arbitral esté limitado por el interés público. El mecanismo arbitral inversionista-Estado debe evolucionar para que las empresas puedan ser demandadas cuando violenten normas de derechos humanos, ambientales y sanitarias.

Sin complacencia se analiza la parálisis de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el embotamiento de su mecanismo de solución de controversias. Como Estados Unidos de América no ha podido influir en su mecanismo arbitral en la OMC, ha optado por un control indirecto a través de la designación de sus árbitros y, cuando esto no es posible, impiden sus nombramientos paralizando el sistema. Sugiere alternativas para salir de esta parálisis como adoptar un acuerdo plurilateral sin la participación de Estados Unidos (cuyo inconveniente es que precipitaría su retiro de la OMC), o que los Estados miembros se comprometan a no recurrir a la apelación y aceptar y cumplir el reporte del panel *ad hoc*. Se hace una crónica de la guerra comercial propiciada por el neoproteccionismo estadounidense impulsado por la administración de Trump ocasionando una explosión de controversias sometidas al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, un mecanismo que en su parálisis propicia el recurso de los Estados a las contramedidas y la muerte del mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

En la segunda parte se analiza el arreglo judicial. Se analizan casos de recusaciones, el papel de expertos en procesos judiciales —limitado a los as-

pectos fácticos, reservando los jurídicos a las juezas y jueces— el papel de los peritos en diversas materias, como en peritajes psicológicos y psiquiátricos en casos penales. Analiza minuciosamente la figura del *amicus curiae* en los más diversos tribunales internacionales. Trata la posibilidad de los organismos internacionales de participar en los procesos ante la CIJ a través del *amicus curiae*. La CIJ ha negado sistemáticamente la participación de las ONG en calidad de *amicus curiae*. Apunta que los tribunales penales internacionales son proclives a admitir el *amicus curiae*. Lo mismo en sistemas regionales de derechos humanos y en el arreglo comercial. El *amicus curiae* amplía la subjetividad internacional por permitir la intervención de entes no estatales (ONG e individuos).

Se analiza el estándar probatorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), un estándar casuístico y no homogéneo. Los estatutos de la CIJ y del Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) establecen que sus decisiones obligan a las partes, por lo que su jurisprudencia, aunque muy influyente, en principio tiene sólo valor relativo (obliga a las partes respecto del caso), relatividad que se explica por la cultura romano-germánica del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, cultura que limita el papel creador del juez. Pero la actividad interpretativa de juezas y jueces, que es más que una simple aclaración de significados, es en realidad una función creadora del derecho. Las juezas y jueces crean derecho al determinar la existencia de una norma consuetudinaria o llenando lagunas jurídicas. Por otra parte, como no hay jerarquía entre tribunales internacionales, no hay precedente obligatorio, pero la jurisprudencia internacional posee una autoridad persuasiva, informativa y orientadora. La jurisprudencia es una función creadora del derecho.

Se analiza el control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH, calificado como un “asunto descollante” de meditación y actuación de juzgadores, académicas y académicos. Se comenta el papel que deben tener los jueces *ad hoc* en la Corte IDH y se sugiere la adopción de una convención interamericana del debido proceso fundado en la jurisprudencia interamericana. Al comparar la Corte IDH con la europea, se defiende la tesis de que aquella ha construido un régimen propio tomando en cuenta las condiciones de la región. También se comenta la justiciabilidad ante la Corte IDH de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA), que regulan el derecho a vivir dignamente. Cuestiona la división de los derechos humanos en generaciones, pues para ser justiciables no dependen del momento en que hayan surgido. Se discuten casos de justiciabilidad directa de los DESCA que han

abierto un agujero al paradigma tradicional del *soft law* (una especie de sustrato ético en vías de ser obligatorio) como derecho declarativo no vinculante. Se reflexiona la relación entre el *soft law* y el *ius cogens*. ¿El *soft law* hará evolucionar el *ius cogens*? El *soft law* sería un auxiliar tanto del *hard law* (derecho como tal) como del *ius cogens*, que debe tener como horizonte los principios pro persona y certeza jurídica.

Se abordan los elementos del crimen en la competencia de los tribunales penales internacionales, que afortunadamente tendieron a excluir la responsabilidad colectiva, porque la responsabilidad penal no se define por ser integrante de un grupo. En cuanto a la consciencia o conocimiento de los hechos delictivos, de las conductas criminales generalizadas se desprende el conocimiento de los mismos del mando militar. La obediencia debida no excluye la responsabilidad, aunque podría ser una atenuante. Se anota que el tipo penal de genocidio protege a ciertos grupos de su exterminio, el de lesa humanidad protege a la población civil de la persecución y el de crímenes de guerra protege a los no combatientes (civiles). Se analizan los proyectos de 1991 y 1996 de Estatuto de la CPI, sus aportes y diferencias. El proyecto de 1991 introdujo innovaciones importantes que fueron acotadas por el proyecto de 1996, más cercano a la costumbre, es decir, no se privilegió una codificación innovadora del derecho penal internacional. También se analizan los tribunales *ad hoc* de la ONU para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) y su aporte en la constitución de la CPI. Estos tribunales fueron relevantes para entender el comportamiento judicial del genocidio, sobre todo el TPIR. No se omite comentar la facultad del CS para crear tribunales penales *ad hoc*, adoptando la tesis de la validez de su constitución, lo que podría discutirse. Se estima que la constitución de los tribunales *ad hoc* TPIY y TPIR no violó el principio de legalidad puesto que los tipos penales de su competencia ya eran fuente de derecho internacional, eran costumbre internacional.

Contundentemente se califica de neocolonialista a la CPI, que parece una corte para enjuiciar africanos. El concepto de “responsabilidad de proteger” se convirtió en un mecanismo de dominio neocolonial. Se reflexiona si la CPI en realidad es una forma de legalizar el cambio de regímenes políticos internos desde el exterior. La obra no es en absoluto complaciente con la Organización del Atlántico Norte (OTAN), cuyas operaciones militares, como en el caso de Libia, suponen un apoyo faccioso a una de las partes en conflicto mediante suministro de armas y ejecución de objetivos militares violando resoluciones del CS. Se propone reformar el Estatuto de la CPI para evitar

prácticas neocoloniales —erradicándolas—, para que la justicia penal internacional cumpla su función de proteger los derechos humanos de las víctimas de la barbarie permanente. Invitamos a lectoras y lectores a consultar esta obra. Enhorabuena a su coordinadora, promesa del derecho internacional, así como a las autoras y autores.