



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 23 (2019), pp. 230-260

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2019.23.0.6018>

TRIBUNALES INTERNACIONALES INSERTOS EN MECANISMOS REGIONALES Y DISOCIADOS, ANTE SOLUCIONES GLOBALES PROTECTORAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

INTERNATIONAL COURTS INSERTED IN REGIONAL MECHANISMS DISSOCIATED, CONFRONTED WITH GLOBAL PROTECTIVE SOLUTIONS OF HUMAN RIGHTS

MIGUEL ÁNGEL MORAGA MEJÍAS*

*Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global
Universidad de Salamanca España*

*Magister en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal*

Abogado

Resumen: Para disfrutar plenamente de los derechos humanos se requiere de Cortes internacionales competentes en tales materias, de lo contrario se desplomaría todo espíritu dogmático. Por tal razón analizaremos si las respuestas jurisdiccionales internacionales son coherentes con cada momento histórico. Observaremos que tales derechos ya no pueden garantizarse solo con sistemas regionales, sino que debemos orientarnos hacia una Corte especializada y universal. Actualmente hay Cortes continentales especializadas y subcontinentales no especializadas generándose una coexistencia y superposición territorial en Europa, América y África de singulares características, sobre todo, en cómo las Cortes no especializadas, obtuvieron sus competencias en derechos humanos, afectando al principio de atribución de competencias que rige en la dimensión transnacional de la jurisdicción.

Palabras clave: Tribunales internacionales, derechos humanos, competencias ampliadas.

Abstract: The effective enjoyment of human rights requires competent international Courts in such spheres, otherwise every dogmatic spirit collapses. For this reason we will analyze

* Investigación inserta en el proceso doctoral del autor. Artículo adscrito a la Universidad de Salamanca – España. E-mail: miguel.moraga@usal.es

if the international jurisdictional answers are coherent with each historical moment. We will observe that these rights can no longer be guaranteed only with regional systems. But we must orient ourselves towards a specialized and universal Court. Currently there are specialized continental and sub-continental non-specialized Courts generating a coexistence with a spatial overlap in Europe, America and Africa, of exceptional characteristics, especially in how the non-specialized Courts came to have human rights competencies, stressing the principle of competence attribution that governs in the transnational dimension of the jurisdiction.

Keywords: International courts, human rights, expanded competencies.

Sumario: I. CONTEXTUALIZACIÓN. II. LA COEXISTENCIA DE JURISDICCIONES EN EUROPA. III. LA COEXISTENCIA DE JURISDICCIONES EN AMÉRICA. IV. LA COEXISTENCIA DE JURISDICCIONES EN ÁFRICA. V. EL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PRETENDE OPERAR COMO FRONTERA, PERO LOS DERECHOS HUMANOS EN OCASIONES SE LO HAN IMPEDIDO. VI. MUTACIONES HACIA UNA AMPLITUD DE COMPETENCIAS EN DERECHOS HUMANOS. VII. LOS NIVELES DE INFLUENCIAS DE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES SOBRE LOS ESPACIOS ESTATALES. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

I. CONTEXTUALIZACIÓN

Los derechos humanos emanan del acervo axiológico de una Humanidad consiente de sí misma, responsable de su destino y capaz de reconocerle al Ser Humano el derecho a disfrutar plenamente de un espectro común de derechos mínimos en idéntico umbral para todos. Esto implica —entre otras cosas— comprender dos cuestiones centrales: primero, asimilar la unidad del género humano como la resultante de la igualdad esencial de todas las personas humanas¹, y segundo, que las obligaciones en la dimensión internacional referidas a los derechos esenciales son de naturaleza *ius cogens*. Pero dicha lógica jurídica requiere para su concreción y para el disfrute real de este tipo de derechos, de tribunales internacionales (TI) competentes y eficaces en materias de derechos humanos de lo contrario se desplomaría todo espíritu dogmático. Por tal motivo desde nuestro campo de estudio —la dimensión procesal de la jurisdicción internacional— es vital analizar el tipo de respuestas transnacionales para valorar si son coherentes o no con cada momento histórico, test académico que inspiró la presente investigación.

¹ TRUYOL explica que el concepto de igualdad del género humano, desde el cual fluye el de la Comunidad Internacional Universal vitoriana, surge en el contexto de la problemática de los derechos de los hombres del nuevo mundo y del ideario de Bien Común Universal. AA.VV. (PEREÑA), *Relectio de indis o libertad de los indios*, Madrid, 1967, págs. CXLVI y ss.

En la actualidad las Cortes internacionales especializadas en derechos humanos, o bien derechos fundamentales², sólo poseen como máximo jurisdicciones continentales, cuestión que si bien es un umbral de progreso notable, nos enfrenta al desafío de contar con respuestas globales, pues la estructura actual dificulta una conceptualización más homogénea o mundial en el ámbito jurisdiccional, sin perjuicio de dos TI universales que indirectamente contribuyen con la función protectora, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de Naciones Unidas (NU) que con su estructura, su jurisdicción mundial y sus amplias competencias representa el principal TI planetario que actúa preventivamente, pues es capaz de evitar escenarios propicios para sendas vulneraciones, y la Corte Penal Internacional (CPI) que abordando delitos específicos contribuye al respeto de la dignidad del Ser Humano. La CPI es una Organización Internacional (OI) en sí misma y no pertenece a NU³.

El cúmulo de TI conformado por los Tribunales Penales Internacionales (TPI) *ad hoc*, híbridos (TPIH)⁴, la CPI, los TI de derechos humanos y otras construcciones, arrojan trascendentes avances, como la noción de la complementariedad, la creación de las presunciones de culpabilidad, asentaron el principio de que la soberanía no constituye un valor absoluto para la Comunidad Internacional, recondujeron el principio de legalidad⁵ y también el de la imputación⁶, anclaron el principio de primacía del Derecho Internacional (DI), entre otros tantos progresos. En paralelo NU y su Carta —esta última considerada la Constitución de la Humanidad— tanto al nacer como al desarrollarse asume la responsabilidad de ser el mayor proyecto organizativo que el Ser Humano jamás se haya dado, por tal motivo logra que sus fuerzas, conducidas a través del principio de coherencia orgánica, sean proyectadas hacia todos sus órganos, y entre éstos, justamente hacia sus TI.

En tal contexto reflexionamos si ante la necesidad de soluciones globales es pertinente responder únicamente con mecanismos regionales. Frente a tal disyuntiva tenemos la hipótesis de que “la realidad, compuesta por modelos jurisdiccionales internacionales continentales y especializados, potenciados por otros no especialistas y subcontinentales, si bien reviste utilidad objetiva, no es suficiente, por lo que se requiere de

² Terminológicamente los conceptos varían en los diversos documentos oficiales, así por ejemplo encontramos: *derechos humanos y libertades fundamentales* en el art. 1.3 de la Carta de NU; o *derechos fundamentales* en la terminología de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; o bien *derechos humanos* en el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa; o *derechos esenciales del hombre* según el Preámbulo de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y otros más, todos los cuales atendido a nuestros fines no los diferenciaremos en esta oportunidad, empleando una noción amplia.

³ En cuanto a la relación de la CPI con NU véase el Estatuto de Roma de la CPI, art. 2, Relación de la Corte con las NU “La Corte estará vinculada con las NU por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea [...]”, además QUESADA ALCALÁ, *La corte penal internacional y la soberanía estatal*, Valencia, 2005, págs. 35 y ss. Otra, TRUJILLO SÁNCHEZ, *La corte penal internacional: la cuestión humana “versus” razón soberana*, México, 2014, 2ª ed., págs. 125 y ss.

⁴ Los TPIH como herramientas de justicia transicional concilian la intervención de la Comunidad Internacional con las comunidades locales favoreciendo su legitimidad (v.gr. Rwanda, Líbano y otros). ZAPPALÁ, *Qué es la justicia penal internacional*, Barcelona, 2010, 1ª ed., págs. 115 y ss.

⁵ MARTÍNEZ ALCAÑIZ, *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Madrid, 2014, págs. 279 y ss.

⁶ OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, Las Rozas, 2008, págs. 125 y ss.

forma imperiosa una Corte universal especializada en derechos humanos, para que actúe como un tensor central, con una visión axiológica global, capaz de nivelar el estándar de protección jurisdiccional y que otorgue cobertura hacia zonas actualmente impenetrables o grises”. Pues bien, ante tal hipótesis nuestra primera aproximación para su demostración, es comprender que la globalización es del todo idónea para robustecer los conceptos sobre derechos humanos, pues éstos se sincronizan con las propiedades de aquella, por ejemplo simplifica la capacidad de transmisión del conocimiento, favorece el diálogo académico, el diálogo judicial y el diálogo de fuentes, así en definitiva se homogenizan y amalgaman conceptos axiológicos centrales favorables a la hipótesis planteada.

Nuestro marco investigativo queda inmerso en la teoría de la jurisdicción internacional y se compone de “TI con competencias en derechos humanos sin atender al origen de dichos poderes”, lo cual permite organizar el campo de estudio en dos grupos, los que dejan a la vista cuatro tipos de Cortes: 1° el grupo directo, compuesto por (i) TI continentales especialistas en derechos humanos, (ii) TI sub-continentales no especialistas que sólo añadieron estas competencias, ya sea mediante una decantación de la doctrina *implied powers*, o bien, (iii) a través del principio de atribución de competencias, y 2° el grupo indirecto, conformado por (iv) TI universales que de modo indirecto colaboran con la función protectora. Estos cuatro tipos de TI se analizarán sólo desde el ángulo de nuestros objetivos, los cuales son de dos tipos, uno principal y otros utilitarios, el principal es (a) demostrar la hipótesis, mientras que los utilitarios son (b) visualizar el aumento de competencias en algunos TI no especializados, (c) verificar si el principio de atribución opera efectivamente como frontera legislativa infranqueable, y (d) decantar una prelación de TI según la intensidad de sus influencias para lograr que los Estados se adecúen a los nuevos estándares y cumplan las sentencias de los TI. Por lo tanto, dichos fines guían nuestro objeto de estudio, esto es, “el análisis del modo en que los TI no especializados incorporaron competencias en derechos humanos, lo que en determinados casos colisiona con el principio de atribución”.

Actualmente la función jurisdiccional internacional protectora de los derechos fundamentales se basa en tres Cortes continentales especializadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). Pero tal función también ha sido asumida por TI no especializados y sub-continentales, lo que produce un fenómeno de coexistencia con superposición territorial y de apoyo jurisdiccional. La coexistencia proviene del aumento de las competencias del TI no especialista, tras detectar zonas grises o impenetrables para la Corte especializada. Este aumento se produce, ya sea, mediante la regla general por la cual la OI a la que pertenece el TI no especializado, le añade competencias mediante el principio de atribución, o bien, por un conducto muy excepcional en que el mismo TI no especializado, prácticamente se autogenera potestades, empleando jurisprudencia expansiva en código de competencias implícitas, según analizaremos.

La singularidad del fenómeno proviene de las nuevas competencias de los no especialistas, toda vez que dichas potestades aparecen con posterioridad al mecanismo continental y son éstas las que se superponen. Realidad que se constata por primera vez

aquí en Europa, pero luego se replicó en América y en África, aunque solo en el nuevo continente se sigue la fórmula europea, pues en África se transitó por un cauce más bien clásico.

Advertimos que no en todos los tribunales americanos, ni africanos se constata el fenómeno. En América sólo se verifica en la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) y en los tribunales del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) el Tribunal Permanente de Revisión (TPRM) y en los Tribunales Arbitrales *ad hoc* (TAAM), por lo tanto no incorporamos en este análisis al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA, 1996 vigente 1999, antes TJ del Acuerdo de Cartagena 1983), ni a la *Caribbean Court of Justice* (2005) de la *Caribbean Community*. Por su parte en África únicamente se constata el fenómeno en el TJ de la *Economic Community of West African States* (TJECOWAS) por lo tanto excluimos a todo el resto de los tribunales africanos sub-continetales. Nuestro criterio de exclusión se justifica entonces porque ninguno de los no considerados ha materializado un aumento de competencias a través de la decantación de la teoría *implied powers* —según veremos— ni tampoco a través del principio de atribución, por lo cual no generan zonas de superposición.

La presente investigación se acota al objeto de estudio —en ningún caso pretende hacer un análisis acabado de las tres realidades continentales, lo cual desbordaría a esta y a toda otra investigación—, por lo tanto sólo nos enfocaremos en el análisis del anunciado fenómeno jurídico-procesal de naturaleza autogenerativa de competencias, toda vez que en la historia del derecho estricto, éste jamás la había observado, pues impacta directamente al principio de atribución de competencias, sin embargo, se ha tolerado porque fluye como una excepción en favor del mejor respeto de los derechos esenciales del Ser Humano.

II. LA COEXISTENCIA DE JURISDICCIONES EN EUROPA

El TEDH coexiste con el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), siendo el primero el especialista creado por el Consejo de Europa (CDE)⁷ mediante la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH, 1950) que contempló una Comisión que fue eliminada en 1998, dejándonos ante al concepto de Nueva Corte única europea de derechos humanos⁸. Por su parte la evolución del proceso de integración europeo asentó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁹ (TJCE, 1951, hoy TJUE) con una jurisdicción sub-continental, pero —y he aquí el punto relevante— sin atribuirle competencias en derechos humanos. En este punto nosotros adscribimos a la tesis exculpatoria que apunta Tizzano en cuanto los Estados que conformaban la entonces denominada Europa de los seis, recién habían firmado la CEDH por lo que es razonable pensar que habrían estimado cubierta la

⁷ RIPOL CARULLA & TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *El sistema europeo de protección de los ddhh y el derecho español: la incidencia de las sentencias del tribunal europeo de ddhh en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, 2007, págs. 17 y ss.

⁸ AA.VV. (ROMANO), *La nuova corte europea dei diritti dell'uomo. Per un effettivo giusto processo. Esempi di ricorso e modulistica, rassegna delle più significative e recenti pronunzie*. Milano, 1999, págs. 16 y ss.

⁹ AA.VV. (OLESTI RAYO), *Lecciones de derecho comunitario europeo*, Barcelona, 2005, 4ª ed. 5ª impr. 2008, pág. 24.

temática¹⁰. Pero en este punto nosotros además consideramos que la carencia de competencias en derechos fundamentales en los orígenes de la Corte de Luxemburgo se alinea con el principio del sometimiento hacia el tribunal especialista, al caso la Corte de Estrasburgo.

Pero más allá del principio técnico-procesal recién indicado, en definitiva el TJCE enfrentó causas que cruzaban por materias de derechos fundamentales, por tal motivo empleando jurisprudencia expansiva en la dimensión judicial de la protección de los derechos humanos (desde 1960) desarrolló su conocido triple fundamento, compuesto por: los principios generales del Derecho Comunitario, más los principios o tradiciones constitucionales de cada Estado miembro, y el empleo de instrumentos internacionales como la CEDH¹¹ asumiendo así competencias en derechos humanos. Esta ampliación de competencias produjo la lógica reacción de la doctrina enfocada en el derecho material. Pero desde el campo procesal esta construcción pretoriana, inexplicablemente, rodó sin ruido alguno, de hecho no se pensó en la incompetencia del TJCE, lo que se demuestra toda vez que hemos procedido a revisar cada una de las causas históricas en que se produjo el fenómeno, y en ninguna¹² de éstas las partes dedujeron alguna excepción de incompetencia, lo que contrasta con lo que más tarde sí ocurriría en los tribunales del Mercosur donde se plantearon sendas excepciones de incompetencias, según analizaremos líneas abajo.

Sin embargo, más tarde —y del todo retrasado— llegaría el legislador de la UE a reconocer estas competencias incorporándolas legislativamente¹³. Quedando así la superposición europea conformada por la zona de intersección igual a toda la UE, pues sus miembros pertenecen al CDE, resultando superior la cobertura territorial del TEDH, lo que evidencia aquella relación de dependencia y proyección de fuerzas entre la OI y su TI¹⁴.

Respecto del apoyo jurisdiccional, la colaboración se presenta a través del fenómeno del diálogo judicial¹⁵, sumándose el recurso al derecho foráneo, como cuando el

¹⁰ AA.VV. (ANTHONY ARNULL, PIET EECKHOUT y TAKIS TRIDIMAS), *Continuity and change in EU law: essays in honour of sir francis Jacobs*, New York, 2008, págs. 125 y ss.

¹¹ AA.VV. (MORENO MOLINA), *Derecho comunitario europeo*, Valladolid, 2007, págs. 32 y ss. Otra AA.VV. (MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS), *Instituciones y derecho de la unión europea*, Madrid, 2014, 8ª ed., págs. 122 y ss.

¹² ECLI:EU:C:1969:57 (TJCE, sentencia de 12-11-1969, *Stauder c/ Stadt Ulm - Sozialamt*, as. 29/69), ECLI:EU:C:1970:114 (TJCE, sentencia de 17-12-1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, as. 11/70), ECLI:EU:C:1974:51 (TJCE, sentencia de 14-5-1974, *Nold, Kohlen - und Baustoffgroßhandlung c/ Comisión de las CE*, as. C-4/73).

¹³ Nos referimos al Tratado de Maastricht o Tratado de la UE (TUE, 1992, vigor 1993), el Tratado de Amsterdam (1996, vigor 1999) y el Tratado de Lisboa (2007, vigor 2009).

¹⁴ MORAGA MEJÍAS, “Tribunales internacionales y tribunal de integración, una aproximación teórica y ordenatoria a la estructura jurisdiccional supranacional actual”, *Revista de educación y derecho. Education and law review*, 15, 2017.

¹⁵ El diálogo judicial —*transjudicial communication*— es un concepto actualmente inacabado, el cual fue identificado por SLAUGHTER, “A typology of transjudicial communication”, *University of richmond law review*, 29, 1994, págs. 99 y ss. Posteriores *et al.* DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, 2010, págs. 197 y ss. Otro, AA.VV. (VIVAS BARRERA y CUBIDES CÁRDENAS), “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la corte interamericana”, *Entramado*, 8(2), 2012, págs. 184 y ss.

TJUE recurre a fuentes exógenas pertenecientes al CDE. Pero no podemos hablar de apoyo jurisdiccional internacional, de no verificarse absoluta desconexión orgánica entre los TI, ya que si pertenecieran a un mismo mecanismo *v.gr.* el Tribunal General de la UE con el TJUE, o en el MERCOSUR entre un TAAM con el TPRM solo se estaría ante dinámicas jerárquicas inter-mecanismos, cuestión que no reviste particularidad, la línea procesal-internacional que resaltamos es la que se observa extra-mecanismos que coexisten en un mismo territorio continental, por tal motivo el diálogo judicial es la mejor herramienta. Al respecto Martín y Pérez de Nanclares destaca que la concurrencia en el mismo territorio del TEDH y del TJUE exige el diseño de mecanismos novedosos de cooperación judicial que sustituyan al viejo criterio kelseniano de un supremo tribunal único en la cúspide del sistema, agrega que, el diálogo judicial juega un rol central en el diseño internacional de mecanismos regionales de protección judicial de los derechos humanos, como resultado más directo del proceso de humanización del derecho internacional¹⁶. Una característica central del diálogo judicial supone cooperación voluntaria entre tribunales desconectados orgánicamente, pero en el aspecto bajo análisis, para nosotros las consecuencias de tal voluntarismo son dicotómicas, en razón de notables y peligrosas simultáneamente, pues no consideramos que sea la mejor solución el dejar las sensibles materias de los derechos esenciales, únicamente en manos de la buena voluntad del diálogo judicial —volveremos sobre esta debilidad procesal y material que pasa a justificar la existencia de una Corte universal en materias de derechos humanos.

Lo más singular que hay que destacar es que la presencia en Europa del TEDH y del TJUE ha venido en representar la más potente coexistencia entre un TI especializado y uno no especialista, dinámica en la cual la Corte de Luxemburgo ha sabido utilizar la experiencia de la Corte de Estrasburgo, aunque el paralelismo ha sido rico en ambos sentidos, tanto así, como recuerda Uría, se ha venido anotando una interacción en carácter de fertilización cruzada u ósmosis deliberada¹⁷. Ahora bien, entre ambas jurisdicciones hay diferencias, por ejemplo, la legitimación pasiva es más amplia para el caso del TJUE quien puede no sólo enjuiciar a los Estados miembros de la UE, sino también puede dirigirse contra los órganos e instituciones de la UE, mientras que ante el TEDH solo es posible demandar a los Estados miembros del CDE. Para Gascón toda comparación entre estos TI debe considerar que se encuadran en realidades diferentes, donde sus métodos de trabajo difieren y sus capacidades coercitivas también¹⁸.

La coexistencia europea es la más potente que se haya visto porque, si bien el TEDH es el especialista y se concentra en la protección de los derechos reconocidos en la CEDH y sus Protocolos, el TJUE desde su posición de no especialista, poco a poco lo ha ido alcanzando, verificándose que la Corte de Luxemburgo sólo en el principio de esta nueva labor se veía más distante pues, tal como lo destaca el juez López, los derechos esenciales sólo aparecían en aquel entonces, como un subsistema jurisdiccional del TJUE inmerso en un contexto mucho mayor que se orientaba a otros fines. Pero el desarrollo

¹⁶ AA.VV. (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, 2019, págs. 21 y ss.

¹⁷ AA.VV. (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES), *El diálogo*, cit., pág. 298.

¹⁸ AA.VV. (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES), *El diálogo*, cit., pág. 346.

paulatino de la UE en estas temáticas, ha dejado al TJUE en una posición prácticamente igual que la del especialista¹⁹, con las pocas diferencias anotadas —territorio, metodologías, legitimación pasiva y coerción. En conclusión, en la actualidad ambas jurisdicciones se muestran cada vez más similares en lo material, circunstancias muy diferentes a lo que se puede constatar en América.

III. LA COEXISTENCIA DE JURISDICCIONES EN AMÉRICA

La Organización de Estados Americanos (OEA) mantiene en la actualidad un sistema dual de protección, Comisión/CIDH, basado en el principio de respeto a los derechos humanos reconocido históricamente mucho antes que en Europa, pues el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua del Congreso de Panamá (1826) ya los destacaba, recogidos luego por la Carta OEA (1948), conducentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰ (1969, vigor 1978) aunque no todos los países la han suscrito²¹. Añadiéndose la Carta Democrática Interamericana (2001)²². Apoyando dicha función se han sumado dos TI no especialistas, 1) la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) que con orígenes desde 1907 es el primer TI²³ hito histórico trascendente, Araya apunta que el establecimiento de esta Corte constituyó un hecho de dimensiones notables en el marco tanto de la historia de la región como de las relaciones internacionales a nivel global²⁴, y 2) los TAAM (1991) y el TPRM (2002).

A. La CCJ, perteneciente al Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), no poseía competencias en derechos humanos, pero se encontraba aún más excluida de esas materias de lo que en su momento lo estuvo el TJCE, según ya analizamos, pues por una parte a la CCJ no se le otorgaron tales competencias a través del principio de atribución, y por otra parte, se le prohibió exprofeso mediante la técnica procesal de las competencias negativas²⁵ contenidas en el art. 25 de su Estatuto, el cual la coarta del siguiente modo “La competencia de La Corte no se extiende a la materia de derechos humanos, la cual

¹⁹ LÓPEZ GUERRA, “El tribunal europeo de derechos humanos, el tribunal de justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»”. *Teoría y realidad constitucional*, 39, 2017, págs. 163 y ss.

²⁰ CADH en <http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/convencionamericana.htm> (consultada el 28 junio 2019).

²¹ Las 23 naciones suscriptoras, en “ABC de la CIDH - 2019”, pág. 1, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/index.html#3/z> (consultado el 28 de junio de 2019).

²² El texto de la CDI está disponible en http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm (consultado el 28 de junio de 2019).

²³ La CCJ sucesora de la Corte de Cartago de 1907 que fue el primer TI de naturaleza jurisdiccional, permanente y de jurisdicción sub-continental. Historia en <http://portal.ccj.org.ni/ccj/historia-2/> (consultado el 28 de junio de 2019). Se diferencia de la Corte Permanente de Arbitraje de 1899, cuya naturaleza es arbitral, de convocatoria permanente y jurisdicción global, creada tras la Primera Conferencia de Paz de La Haya a instancias del Zar Nicolás II.

²⁴ ARAYA, “La experiencia histórica en la resolución de conflictos internacionales en centroamérica: Esquipulas II y la corte centroamericana de justicia”, *Reflexiones*, 3(1), 1992. Otro, RIPLEY, “The central american court of justice (1907-1918): rethinking the word’s first court”, *Diálogos: Revista electronica de historia*, 19(1), 2018, págs. 47 y ss.

²⁵ Las competencias negativas representan prohibiciones expresas de injerencias del órgano jurisdiccional internacional en alguna materia habitualmente sensible. MORAGA MEJÍAS, *Jurisdicción internacional: Teoría general: Tribunales internacionales y tribunales de integración*, Salamanca, 2018, pág. 53.

corresponde exclusivamente a la CIDH”. Como se aprecia, la limitación gira en razón del sometimiento al especialista, cuestión que normativamente aquí en la UE no ocurre.

Pero de modo sorprendente dicho mecanismo de doble cerradura fue superado mediante jurisdicción expansiva aplicada a las propias competencias de la CCJ, pues esta Corte comprendió que cuando la CIDH no alcanza a determinados sujetos, la CCJ puede actuar subsidiariamente. Criterio que extrajo del pilar del SICA referido al absoluto respeto, tutela y promoción de los derechos humanos, más el imperativo de la Corte de estar obligada a salvaguardar y hacer efectivos los derechos internos del SICA. Desplegándose así una dimensión del principio de coherencia orgánica, toda vez que la CCJ se conectó con los fines del SICA, es decir, en la dinámica del órgano al servicio de la organización, y esta última, como remarca Huici, ya comprendida en su propia naturaleza de servicio²⁶.

Para Olmos habría una evidente decantación del principio de subsidiaridad, pues la CCJ reconoce un ámbito de actuación propio en la protección de los derechos humanos ya que los órganos, organismos e instituciones del SICA están fuera de la órbita de la CIDH²⁷. Este criterio expansivo de la Corte se aprecia en el auto dictado en la causa *Viguer/Órgano Judicial de la Rep. de Nicaragua*²⁸, donde expresó “Que si las supuestas infracciones fueran atribuidas a un órgano, organismo o institución del SICA [...] podrían talvez llegar a ser del conocimiento de esta Corte, en atención a que uno de los pilares en que se fundamenta el SICA, es el completo respeto, tutela y promoción de los derechos humanos, [...] este tribunal está en la obligación de salvaguardar y hacer efectivos a lo interno del Sistema, ya que dichos órganos, organismos e instituciones no están sujetos a la jurisdicción de la CIDH, y los afectados por ellos quedarían sin protección”²⁹.

Aunque el asunto supera con creces la legitimación pasiva pues, además la CCJ amplía sus competencias por materia al salvaguardar derechos que no protege la fuente del especialista. El expresidente de la CCJ, Giammattei, pone de relieve que este fenómeno opera cuando la CCJ ingresa a resguardar derechos no considerados por la CADH, *v.gr.* el derecho a un medioambiente sano, entendiendo que el absoluto apego a los derechos fundamentales incluye derechos de tercera generación³⁰.

En conclusión, la superposición centroamericana, si bien tuvo un despertar similar al TJCE debió sortear la dificultad añadida de las competencias negativas, afectando su

²⁶ HUICI SANCHO, *El hecho internacionalmente ilícito de las organizaciones internacionales: El proyecto de la Comisión de derecho internacional sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales*. Barcelona, 2007, pág. 37.

²⁷ OLMOS GIUPPONI, *Derechos humanos e integración en américa latina y el caribe*, Valencia, 2006, págs. 187 y ss.

²⁸ CCJ, Sentencia de 24-10-2000, *José Viguer Rodrigo c/ Órgano Judicial de la República de Nicaragua*, Expediente 31-11-01-08-2000.

²⁹ Considerando I, en CCJ, Sentencia *ibidem*.

³⁰ GIAMMATTEI AVILÉS, “Los derechos fundamentales, la corte centroamericana de justicia y la protección del medio ambiente”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2001, págs. 207 y ss, en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3537/3307> (consultado el 28 de junio de 2019).

jurisprudencia mucho más al principio de atribución. Ahora bien, actualmente es muy diferente a la situación europea, pues aquí tras los progresos concretos de la UE coexisten sustantivamente similares competencias en la superposición territorial que caracterizamos como la más potente que existe —según ya analizamos. Mientras que en Centroamérica la particularidad es de menor intensidad porque la CCJ asume competencias considerando la legitimación pasiva, la materia y luego aplica el factor territorial. Por consiguiente, concluimos que la ingeniería del SICA se basa en el principio de subsidiaridad.

B. En el Cono Sur de América, en el MERCOSUR, también se aprecia una ampliación de las competencias de sus tribunales hacia el solar de los derechos fundamentales del Ser Humano. Cuestión que observamos como todo un acierto, ya que las Cortes del Mercosur permanecían ancladas a la lógica inicial del proyecto, es decir, limitadas a aspectos comerciales. Por lo que ingresar en las dimensiones de los derechos humanos sin vulnerar el principio de atribución era impensado. Sin embargo, de la jurisprudencia expansiva que veremos ahora, se extrae que los tribunales del merco-sistema se liberaron de lo meramente comercial y evolucionaron conectándose con las diversas esferas que el proceso del MERCOSUR ha ido incorporando. En tal sentido tengamos presente dos aspectos, 1°) que el MERCOSUR efectivamente ha incorporado políticas de protección de derechos humanos por varios cauces, *v.gr.* mediante el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2005)³¹, pero —y he aquí el punto procesal-internacional que subrayamos— no le atribuyó en concreto competencias en tales materias a sus tribunales, en idéntico ritmo de lo ocurrido previamente en la UE para el TJUE y en el SICA respecto de la CCJ, eso sí, sin la dificultad añadida de aplicar competencias negativas, como se hizo en Centroamérica, y 2°) resulta indispensable cotejar la conexión de esos avances legislativos del MERCOSUR, con la jurisprudencia de sus Cortes, para lo cual destacamos dos importantes casos:

a) El Laudo del 2006 dictado por un TAAM en el caso *Uruguay/Argentina*³² sobre “Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación [...]” fue realmente interesante, los hechos daban cuenta de que se había bloqueado una carretera internacional por manifestaciones públicas y Argentina no logró disolverla, argumentando que una mayor intensidad en las medidas policiales afectarían los derechos fundamentales de libertad de expresión, reunión y manifestación, agregando —para nuestro máximo interés— que el TAAM no podía entrar a conocer de esta controversia, porque no tendría competencias en materia de derechos humanos. Pero más allá de lo resuelto, la Corte decidió que sí tenía competencia e ingresó a las temáticas de esta clase de derechos, sin atender en lo absoluto a la incompetencia deducida, lo que a nuestro juicio es un signo nítido de un aumento de competencias del tribunal³³ sin esperar al legislador, vulnerando de cierto modo al principio de atribución. Mismo fenómeno que se observó en la UE y en el SICA.

³¹ CANEPA, “Los derechos humanos en el mercosur”, *Revista da secretaria do tribunal permanente de revisão*, 3(6), 2015, págs. 161 y ss.

³² TAAM, Laudo 6-9-2006, *República Oriental del Uruguay c/ República Argentina*.

³³ BAZÁN, “Derechos humanos y mercosur: actualidad y prospectiva”, *Revista europea de derechos fundamentales*, 20, 2012, págs. 83 y ss.

b) Más contundente fue la jurisprudencia del TPRM, que paradójicamente no provino de un caso referido a derechos humanos, sino vinculado a aspectos políticos, pero cuyas consecuencias benefician el aumento espontáneo de sus competencias. Sucedió que Uruguay al ser suspendido de MERCOSUR mediante una decisión política de los Estados de esa OI, recurrió al procedimiento excepcional de urgencia ante el TPRM demandando a dichos Estados con el objeto de evitar la suspensión y además negar el ingreso de Venezuela al MERCOSUR. Ante aquello —y en nuestro foco de interés— los demandados interpusieron una excepción de incompetencia, basándose en que el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur (SSCM) fue creado para resolver únicamente conflictos comerciales y no cuestiones políticas. En esa ocasión, si bien la Corte rechazó la acción de urgencia por motivos de admisibilidad, fueron extremadamente solidas sus consideraciones ante las excepciones preliminares de incompetencia, constituyendo a nuestro juicio una base jurisprudencial de impensadas dimensiones procesales-internacionales para el mercosistema en su globalidad.

En este caso el TPRM amplió sus competencias usando dos conductos, 1°) razonó sobre su competencia *ratione materiae* así “[...] esta jurisdicción se conforma sobre controversias entre los Estados Partes referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa Mercosur. No hay, de forma implícita o explícita en el texto del Protocolo de Ouro Preto, *exclusión de jurisdicción* con base a la materia [...]”, y 2°) desde ese punto siguió hacia su conclusión expresando “Desde esta óptica, no se puede hablar de ‘falta de vocación’ del sistema para solucionar controversias *más allá de la esfera comercial*. La legitimidad del sistema se fundamenta en la contribución a la estabilidad, en la medida en que avanza el proceso de integración, *en sus diversas esferas*. Esta legitimidad debe ser apreciada conforme al [...] Protocolo de Ouro Preto [...] el cual *no excluye a priori* el análisis de cualquier tipo de controversia en el marco normativo del Mercosur”³⁴.

Tal avance no dejó indiferente a nadie, *v.gr.* Moreira concluye que la decisión reconoce las diversas esferas que ha desarrollado el MERCOSUR y destaca que la legitimidad del proceso se fundamenta en la estabilidad que el esquema ofrezca a través del SSCM. En definitiva confirma el contenido jurídico de estas dimensiones³⁵. Por nuestra parte advertimos además, que una de las causas que le facilitaron al TPRM elaborar su doctrina fue la ausencia de competencias negativas³⁶, de allí su claro punto de apoyo: “no hay [...] exclusión de jurisdicción”. Comprendiendo entonces que sus competencias alcanzan aspectos extra-comerciales, zona amplia donde concluimos que quedan comprendidas las competencias en derechos humanos, ya que el MERCOSUR al incorporar Protocolos y Declaraciones —como los ya referidos— precisamente avanza en esas esferas”.

³⁴ TPRM, Laudo 21-7-2012, *República Oriental del Uruguay*, as. 1/2012.

³⁵ MOREIRA, “Mercosur ambiental. El aporte del laudo 1/2012 del tribunal permanente de revisión”, *Revista da secretaria do tribunal permanente de revisão*, 2(3), 2014, págs. 59 y ss.

³⁶ *Vid.* nota 25.

Otro aspecto de gran singularidad del caso, lo constituyó el tipo de litigantes — todos los Estados del MERCOSUR— de allí la trascendencia de la respuesta del tribunal, pues se enfrentaba a que la mayoría de los creadores del proyecto intergubernamental, mediante una excepción de incompetencia le advierten de su inminente desconexión con el SSCM. Para los Estados que adscribían a la excepción de incompetencia, se estaría materializando una vulneración al principio de atribución si se entraba a conocer y resolver en cuestiones de derechos fundamentales. Sin embargo, observamos que el TPRM golpearía directo en el núcleo duro de dicho proyecto de integración, forzando la asimilación del rumbo que fácticamente ya había tomado el proyecto, sacándolo así del umbral de transición en que conceptualmente se encontraba atascado. De esta forma el laudo pasa a ser del todo *sui generis*, pues de un lado es declarativo del estatus de desarrollo del MERCOSUR, y del otro, es constitutivo de competencias en derechos humanos para el TPRM.

A pesar del avance analizado, esperamos que a efectos de afrontar legislativamente estas ampliaciones de competencias y otros trascendentes aspectos, el Proyecto de Protocolo para la Creación de la Corte de Justicia Mercosur³⁷ sea pronto una realidad, pues se concretaría un TI más próximo al derecho de la integración³⁸, más robusto y de naturaleza jurisdiccional, cuestiones que el actual nivel de progreso del MERCOSUR requiere. Esta idea es constante en la doctrina, *v.gr.* Fernández señala “Queda por crear, un verdadero Tribunal de Justicia de integración del Mercosur”³⁹, Centurión agrega “el TPR[M] debe [...] exigirse más aún, mirando a un futuro Tribunal de Justicia del Mercosur, [...]”⁴⁰, Cienfuegos resalta que el Proyecto solucionaría las carencias actuales, aseguraría mejor la aplicación uniforme de las normas mercosureñas en el Cono Sur y mejoraría la protección judicial en Mercosur⁴¹, Kühn destaca que esta nueva Corte contribuiría a la consolidación del proceso de integración superando lo intergubernamental⁴², y Jovtis, más atemperado, advierte que no se deben imitar modelos de una manera automática, pero

³⁷ Proyecto Norma 02/10 Parlamento (MERCOSUR/PM/PN 02/2010) aprobando el “Proyecto de Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR” elevado en diciembre 2010 al CMC, en https://www.parlamentomercosur.org/parlasur/2016/templates/buscar_documento.php?titulo=corte+de+justicia&anio=2010&tipo=0&site=1&cmdaction=search&channel=parlasur&site=1&contentid=13006 y el 26 de junio 2017 el PARLASUR (MERCOSUR/PM/SO/REC.07/2017) recomienda al CMC retomar el proyecto de la Corte, en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/13694/1/rec-07-2017.pdf> (consultados el 28 de junio de 2019).

³⁸ KÜHN BACA, “The draft protocol on the creation of the court of justice of mercosur. A new milestone in the judicialisation of regional integration law”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, 17, 2017, págs. 405 y ss.

³⁹ FERNÁNDEZ LIESA, “La proliferación de tribunales internacionales en el espacio iberoamericano”, *Revista electrónica iberoamericana*, 2(2), 2008, págs. 11 y ss.

⁴⁰ CENTURIÓN GONZÁLEZ, “Aporte del tribunal permanente de revisión al proceso de integración del Mercosur: Reflexiones orientadas hacia la sociedad civil del mercosur”, *Revista da secretaria do tribunal permanente de revisão*, 5(9), 2017, págs. 78 y ss.

⁴¹ AA.VV. (HERNÁNDEZ, SÁIZ, TORRES y ZELAIA), *Tribunales en organizaciones de integración: mercosur, comunidad andina y unión europea*, Pamplona, 2012, págs. 209 y ss.

⁴² Kühn expresa «The CJM [CIJ] is meant to be a contribution to the legal and institutional consolidation of the integration process. The draft protocol draws [...] for Mercosur’s current [...] mechanism and [...] in other integration systems characterised by a supranational format such as the EU, CAN, and SICA». KÜHN BACA, “The draft protocol”, *cit.*, págs. 417 y ss.

tampoco puede ignorarse el papel clave que han tenido TI con competencias comparables⁴³, advertencia que hacemos nuestra y abogamos porque se concreten los idearios de la Motivación del Proyecto que reza “Convencidos de que la seguridad y certeza jurídicas que amparará este órgano judicial fortalecerán el esquema regional, coadyuvando a la consolidación del Estado de Derecho hacia el interior del Mercosur y garantizando la igualdad de derecho entre partes”.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que esta es la ocasión perfecta para que se le atribuyan a la proyectada Corte de Justicia Mercosur (CJM) competencias en derechos humanos, tal como finalmente ocurrió en la UE cuando el legislador⁴⁴ —*ex post* y del todo retrasado— lo hizo para el caso del TJUE, esto es, mucho más tarde que la incorporación que debió hacer de facto la propia Corte de Luxemburgo. Es más, para el caso de la CJM, empleando toda la experiencia de los modelos anteriores, podría recurrirse a una técnica legislativa ecléctica, del tipo subsidiaria como en definitiva opera para la CCJ. Es decir, puede aplicarse el principio de sometimiento al especialista en favor de la CIDH, y haciendo valer el principio de subsidiaridad, atribuirle competencias en el conocimiento y juzgamiento en derechos humanos en todas las dimensiones que el especialista no alcance, ya sea por legitimidad pasiva o por derechos no cubiertos por los instrumentos de OEA. Todo esto eso sí, sin perjuicio de la Corte universal que consideramos indispensable para cubrir las zonas grises o territorios del planeta que no cuentan con ningún tipo de TI que asuma la protección de los derechos esenciales, porque no cuentan, ni con los recursos, ni con las condiciones para tal enorme desafío.

IV. LA COEXISTENCIA DE JURISDICCIONES EN ÁFRICA

En África si bien hay una superposición, el origen del fenómeno es diferente al de Europa y al de América, pues sigue el cauce clásico a través del principio de atribución. La Unión Africana (UA, 2002) dispone actualmente de un mecanismo dual, Comisión/Corte, que al igual que en América primero se creó la Comisión y más tarde se añadió el TI, lo que sucedió porque primero la Organización de la Unidad Africana (OUA) —antecesora de la UA— creó a la Comisión (1981, vigente 1987) y luego en 1998 (mismo año en que el CDE eliminaba la Comisión en Europa) creó a la CADHP en carácter de TI especialista en derechos humanos. Como vemos la CADHP ya estaba creada al momento de configurarse la UA, la cual por su parte tenía como objetivo crear un nuevo tribunal, pero esto no se ha concretado, ahora bien, los primeros jueces de la CADHP son nombrados en el 2006 durante la época de la UA. En definitiva la CADHP se aposenta en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CartaADHP, 1981) y en el Protocolo sobre su establecimiento (1998) que exige declaración expresa de aceptación a su jurisdicción⁴⁵.

⁴³ AA.VV. (CIENFUEGOS, NERYS y MELLADO), *Desafíos del desarrollo de la infraestructura regional para el medio ambiente, la cohesión social y la gobernabilidad del mercosur*, Uruguay, 2012, pág. 261.

⁴⁴ *Vid.* nota 13.

⁴⁵ El hecho de condicionar el alcance de los efectos del órgano al acto jurídico internacional unilateral de la *aceptación*, facilita el nacimiento del TI, pues los Estados no se sienten amenazados, pudiendo verificar su ejercicio antes de incorporarse. A junio 2019 sólo 9 de 30 Estados le habían dado competencia a la CADHP, lo que puede revisarse en <http://www.african-court.org> (consultado el 28 de junio de 2019).

La superposición africana se produjo porque la *Economic Community of West African States* (ECOWAS) revisando el Reglamento 2002, el Protocolo Suplementario 2005 y 2006 procedió a añadir competencias en derechos humanos a su Tribunal de Justicia ECOWAS (TJECOWAS) para que pudiera conocer de casos de violaciones ocurridas en cualquier Estado miembro, y de modo muy singular —a nuestro juicio— se liberó de la exigencia de agotar los cauces nacionales, es decir, no se aplican competencias secundarias⁴⁶, y tampoco opera el principio de subsidiaridad para la admisibilidad, quedando como principal requisito el respeto a la *litis pendentia*. En esta nueva labor el TJECOWAS ha usado como referencia la CartaADHP más otros instrumentos universales aprobados por NU.

Como se aprecia —en África— el fenómeno anotado no tiene su causa en una amplitud de competencias que fluya desde una tal o cual jurisprudencia expansiva —a diferencia de lo sucedido aquí en Europa y más tarde en América— sino que la ampliación de competencias del TI no especialista africano transitó por el cauce ordinario, esto es, a través del principio de atribución. Las nuevas competencias⁴⁷ en derechos humanos del TJECOWAS revisten gran interés porque no se sintonizan en armonía con los fines originales de ECOWAS, sino que encuentran su justificación en el progreso mismo de dicha OI, la cual se inició solo en ámbitos económicos —en similar ritmo que el MERCOSUR— evolucionando con posterioridad hacia los sociales, culturales y políticos. Siendo paradójico que sus primigenios fines no tuvieran logros relevantes, en cambio los no establecidos se desarrollaron mucho más⁴⁸.

Lamentablemente en África se constata una debilidad importante, no sólo por la influencia efectiva que puedan tener los dos TI que se superponen en las adecuaciones de los Estados miembros, sino además porque existe un complejo Proyecto de creación de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, la cual nacería de la fusión de la CADHP con la Corte Africana de Justicia. Pero esta última tampoco existe, pues iba a ser el TI de la UA, y de tal mix debería nacer la mentada Corte. Pero no es pacífica la idea, pues por una parte, se observa confusa la mezcla de las competencias específicas en derechos humanos que posee la CADHP con las amplias del TI no nato, y por otra parte, hay una resistencia en algunos Estados africanos que prefieren dejar la CPI completamente operativa en África, mientras que otros desean un TI continental propio en esta materia⁴⁹. El Protocolo de fusión (2008) contempla para la proyectada Corte, dos secciones, una de Asuntos Generales y otra

⁴⁶ Las competencias primarias y secundarias son un binomio clasificatorio de potestades que siguen un cauce de prelación para que un TI ingrese en el conocimiento de un asunto, exigiéndose que estén agotadas las vías nacionales —competencias primarias— luego puede pasar a conocer y sentenciar —competencias secundarias—. Esta construcción procesal elimina la idea revisora de resoluciones judiciales nacionales. MORAGA MEJÍAS, *Jurisdicción*, cit., págs. 59 y ss.

⁴⁷ Un resumen de las competencias del TJECOWAS en <http://prod.courtecowas.org/mandate-and-jurisdiction-2/> (consultado el 28 de junio de 2019).

⁴⁸ AA.VV. (SOBRINO HEREDIA), *Las organizaciones internacionales*, Madrid, 2010, 16ª ed., págs. 874 y ss.

⁴⁹ Al respecto puede consultarse en http://www.africancourtcoalition.org/index.php?option=com_content&view=article&id=6:afrcourtintegrate&catid=7:africanunion&Itemid=12 (consultado el 28 de junio de 2019).

de Derechos Humanos, documento enmendado por el Protocolo de Malabo (2014) exigiéndose que al menos 15 Estados ratifiquen, lo cual no ha ocurrido⁵⁰.

En conclusión, ante el panorama africano decantamos tres consecuencias: 1) De prosperar el referido proyecto surgiría un TI de complejas y amplias competencias que lo exiliarían del estado de concentración propio en que se forja el *auctoritas* de una Corte especializada, quedando muy próximo a la posición del TJUE, la CCJ y del TPRM, lo que marcaría un retroceso hacia el campo de los TI no especializados, distanciándose de las coordenadas del TEDH y de la CIDH. 2) Desde otro ángulo, la falta de estabilidad en la estructura jurisdiccional del continente hace que el TJECOWAS también se recienta, pues éste es un TI no especialista inserto en un escenario no clarificado. 3) Por último, alineados con nuestra hipótesis, consideramos que África constituye definitivamente una zona gris, dificultad que podría solucionarse con la implementación de una Corte universal de derechos humanos, pues hay continentes y regiones del mundo que sencillamente no poseen las fuerzas necesarias no sólo para crear, sino también para mantener una Corte especializada en derechos humanos.

Por otra parte las experiencias del TEDH con el TJUE no son en ningún caso esquemas exportables al resto del planeta, porque comportan modelos insertos en regiones culturalmente ricas y sus creadores son mayoritariamente naciones desarrolladas y poderosas, todos aspectos que vuelven a justificar la existencia de un órgano jurisdiccional global en carácter de tensor universal en materia de derechos humanos, para así proteger a todas las víctimas, y no sólo a aquellas que residen en zonas privilegiadas del planeta, como dijimos al contextualizar, la Humanidad es un todo, y tal cualidad comporta un desafío concreto en lo analizado en esta investigación.

V. EL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PRETENDE OPERAR COMO FRONTERA, PERO LOS DERECHOS HUMANOS EN OCASIONES SE LO HAN IMPEDIDO

Analizadas —sólo en lo pertinente— las superposiciones en Europa, América y África, nos centraremos ahora en los aspectos técnicos jurídicos que conlleva el fenómeno bajo análisis. En primer lugar, subrayamos el principio cardinal de las potestades de las Cortes, cual es, todo tribunal actúa válidamente dentro de las esferas de sus competencias, *a contrario sensu* deviene nulidad. Pero tal regla en el nivel internacional presenta importantes singularidades jurídico-procesales, pues los TI no reconocen un sólo conducto por el cual fluya todo el instituto potestativo —jurisdicción y competencia— como para marcar perfectas las fronteras de su campo de acción, sino que la fuente de la jurisdicción internacional se comprende en un análisis muchísimo más denso que intramuros estatales, en el sentido de que en el nivel transnacional hay a lo menos tres afluentes ordenados del siguiente modo: para la jurisdicción hay un sendero dual y para la dimensión de las competencias se adiciona un fenómeno auto-expansivo que hasta ahora se ha materializado

⁵⁰ Protocolos y normativa en <https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights> (consultado el 28 de junio de 2019).

únicamente en materias de derechos humanos. Así entonces, en términos concretos la fuente de la jurisdicción internacional se sigue de los siguientes conductos⁵¹:

1°) A través del fenómeno de desapoderamiento competencial por el cual los países hacen una renuncia expresa del ejercicio de muchas funciones estatales, cediéndolas en todo o en parte a una OI, la cual da vida a un TI, o bien se crean ambos originariamente.

2°) Mediante la creación de una jurisdicción del todo *ex novo*, pues como no se puede ceder lo que no se posee, ya que el derecho romano sentencia que nadie transfiere más derechos de los que tiene, se deben materializar TI con competencias que ningún Estado tenía —por lo tanto, nadie pudo cederlas—, *v.gr.* juzgar en conflictos entre Estados, responder consultas y otras más.

Estos dos primeros conductos emanan de la actividad volitiva estatal y son los que se materializan a través del principio de atribución de competencias, por el cual se asignan las potestades a un TI estableciéndolas en sus Estatutos, Reglamentos y otras normas, quedando así —teóricamente— establecido su campo de poderes, al tiempo que su desborde se enfrenta permanentemente a la amenaza de nulidad a través de diversos vehículos procesales, *v.gr.* incompetencia, casación y otros. En tal código gira por ejemplo el art. 5 del Estatuto del TJCA al expresar “El Tribunal ejerce su jurisdicción sobre la Comunidad Andina dentro del marco de competencias establecido en el ordenamiento jurídico comunitario”.

3°) Sin embargo el tercer cauce —ahora netamente referido a la competencia— posee una exótica naturaleza bastante lejana a las clásicas, pues es de sustrato auto-generativo, el cual lo comprendemos nosotros como una decantación de la doctrina *implied powers* aplicada a la dimensión de las competencias del propio TI, como en los casos del TJUE y del TPRM que ya analizamos. La cual sólo ha operado en la dimensión judicial para la protección de los derechos humanos. Aunque la regla general es que los TI respeten el principio de atribución el cual intenta establecerles sus fronteras. En estas últimas coordenadas los TI reconocen no ser creadores de sus competencias, sino receptores de potestades atribuidas.

En tal punto se aprecia un grave enfrentamiento entre el principio de atribución y la expansión de competencias mediante el tipo de jurisprudencia expansiva ya referida. Aunque la auto-expansión se puede intentar limitar recurriendo a una técnica legislativa en código de obstáculo, introduciendo dos elementos (i) subrayando el respeto al principio de atribución competencial —*v.gr.* art. 5 *supra*—, más (ii) el uso de competencias negativas. Tal mix materializa un mecanismo procesal de doble cerradura, ya que, por un extremo las competencias negativas comportan prohibiciones expresas de injerencias en determinadas materias, y por otra, pone de relieve el respeto al principio de atribución, pues simplemente no se le asigna una determinada competencia al TI. En este sentido no es necesario resaltar el punto, como lo hace el art. 5 *supra*, el cual corre en ritmo de reforzamiento de la idea

⁵¹ MORAGA MEJÍAS, *Jurisdicción*, cit., págs. 43 y ss., y págs. 305 y ss.

básica, es decir, es innecesario la existencia de normas como ésta, porque es evidente que el TI debe actuar dentro del marco de las competencias atribuidas.

Por su parte las competencias negativas se usan en diversas áreas, *v.gr.* el art. 276 del Tratado de Funcionamiento de la UE expresa “En el ejercicio de sus atribuciones [...] el TJUE no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía [...]”, otro en el inc. 2º del número 1 del art. 24 del TUE “La política exterior y de seguridad común [...]. La definirán y aplicarán el Consejo Europeo y el Consejo, [...]. El TJUE no tendrá competencia respecto de estas disposiciones, [...]”. Pero un caso de competencia negativa en derechos humanos se contiene en el ya comentado art. 25 del Estatuto de la CCJ “La competencia de La Corte no se extiende a la materia de derechos humanos, la cual corresponde exclusivamente a la CIDH”.

Si bien la sinergia entre el respeto al principio de atribución y las competencias negativas, intentan operar como frontera para remarcar el campo de acción de un TI, éstas fácticamente han cedido —únicamente— ante la protección de los derechos humanos en la dimensión judicial, por lo tanto comprendemos que se ha dejado disponible un sendero de tránsito hacia una amplitud de competencias de otras Cortes internacionales no especializadas —siguiendo las experiencias en esta materia del TJUE, la CCJ, el TPRM y los TAAM— y en la observación amplia de tal sendero detectamos que el mentado fenómeno auto-expansivo se explica, se facilita y se concreta, mediante tres institutos: a) en carácter de principal encontramos una decantación de la teoría *implied powers*, b) la técnica hermenéutica finalista, y c) el despliegue del principio *kompetenz-kompetenz*.

a) La doctrina *implied powers* permite que una OI además de sus competencias atribuidas, disponga de otras potestades necesarias para alcanzar sus objetivos o ejercer sus funciones⁵², fenómeno conocido en Europa como la vis expansiva de las competencias de la UE. Para Engström un énfasis en la doctrina de los poderes atribuidos logra un equilibrio entre la eficacia de la OI *v/s* la protección de las prerrogativas de sus miembros⁵³. White pone de relieve la doctrina *implied powers* primero en atención a la posibilidad de que una OI a través de determinados órganos pueda crear incluso algún tipo de tribunal, pero destaca que cuanto más débil es el vínculo entre los *implied powers* y los *powers expressly granted* —principio de atribución— más se debilita la legitimidad⁵⁴, en realidad White prefiere la noción de *inherent powers*, cuestión que nos parece del todo correcto dado que

⁵² WHITE, *The law of international organisations*, Manchester, 2005, 3ª ed.

⁵³ Engström destaca «*What function? Whose attributes?* Looking back at how powers of organizations have been dealt with by international courts, at first a fairly straightforward picture seems to emerge. An emphasis on either the ‘*attributed powers or implied powers doctrine*’ strikes the balance between organizational effectiveness and safeguarding member prerogatives differently. In fact, in a historical perspective they seem to have entered legal reasoning as reactions to the shortcoming of each other», AA.VV. (KLABBERS y WALLEND AHL), *Research handbook on the law of international organizations*, Cheltenham, Northampton, 2011, págs. 62 y ss.

⁵⁴ En dicha línea White señala «The weaker the tie between implied powers and powers expressly granted, the weaker is the justification based on intent. Although the implication of powers from the express purposes (as opposed to the express powers) of the UN to have those purposes, it is in reality further removed from such intent». WHITE, *The law*, cit., pág. 135.

es mucho más amplio, pues posee dos ventajas sobre la primera teoría, uno que sigue encarnando un carácter funcional, es decir, para poder operar y no atascarse en temas secundarios, y dos, le permite a los tribunales hacer un test de legalidad, el cual a su vez contempla dos extremos, i) debe estar dirigido a cumplir uno de los propósitos de la OI, y ii) no debe estar expresamente prohibido —competencias negativas. Si se vulneran estos dos márgenes entonces un tribunal puede declarar que se ha actuado *ultra vires*⁵⁵.

Una decantación de esta teoría es la que concluimos que mejor explica el fenómeno de la autogeneración de competencias en derechos humanos que se produjo para el TJCE (hoy TJUE), la CCJ y para el TAAM y TPRM, 1º) porque precisamente las Cortes sub-continetales que experimentan el fenómeno bajo análisis pertenecen a proyectos de integración —ya sean de mayor o menor intensidad—, y 2º) porque en lo central, se aprecia muy coherente el fenómeno en análisis, con la referida teoría, ya que ésta afecta a las instituciones y órganos de una OI, por lo tanto involucrará de suyo propio al TI de la OI, toda vez que la Corte es precisamente un órgano de la OI. Aunque con la particularidad de que en la función jurisdiccional las competencias evolutivas o implícitas se manifestarán de la única manera posible, esto es, como jurisprudencia expansiva en la dimensión de las competencias del propio TI, que es justo lo ocurrido en los casos analizados —TJUE, CCJ, TAAM y TPRM.

Fenómeno que por una parte se explica en que el esquema jurídico estático colisiona con la esencia dinámica de las relaciones internacionales y las problemáticas de un mundo globalizado y sofisticado, pero que por otra parte afecta al principio de atribución pues, el mismo TI detona una ampliación espontánea de sus competencias, en circunstancias que la Corte es sólo un órgano de la OI a la cual corre unida en razón de organización/órgano, estando el órgano al servicio de los fines de la organización, pilar del principio de coherencia orgánica⁵⁶. Conexión relevante pues las atribuciones del TI fluyen

⁵⁵ White explica «The doctrine of *inherent powers* has two clear advantages over the doctrine of *implied powers*. First, it still satisfies a functionalist agenda by allowing the UN to fulfil its aims and not be hidebound by the legal niceties of its individuals and other deliberately opaque provisions. Secondly, it enables Courts and commentators to review the actions of the IGO (intergovernmental organization) quickly since there are only two real legal controls on the actions of the organisation: the action in question *must be aimed at achieving one of the purposes of the organisation*, and *it must not be expressly prohibited by any of the provisions of the constitution*. Only if either of these legal thresholds is crossed can an international court, jurist or member state claim that the action is *ultra vires*». WHITE, *The law*, cit., pág. 141.

⁵⁶ Para nosotros el imperativo lógico que rige la *relación organización/órgano* se conduce bajo la noción del principio de coherencia orgánica, entendido éste, como un segundo nivel de servicio. Es decir, el TI favorece que la OI a la que pertenece logre sus fines. Decimos, segundo nivel de servicio, porque la OI ya posee una primigenia naturaleza de servicio. Huichi subraya que la propia creación y existencia de las OI dependen de su naturaleza de servicio. HUICHI SANCHO, *El hecho*, cit., pág. 37. Por ejemplo, en menor medida en el nivel nacional el principio de coherencia orgánica posee una visión orgánica y administrativa que fluye por el principio de coordinación y el principio de diligencia que rige el comportamiento del funcionario de velar por los intereses generales (de la administración local). Pero en el nivel internacional dentro del marco institucional de una OI, el principio de coherencia o congruencia orgánica está recogido en algunos Estatutos, v.gr. en el SICA lo contempla El Protocolo de Tegucigalpa a la Carta ODECA en su art. 11 «El SICA velará por la eficiencia y eficacia del funcionamiento de sus *órganos e instituciones* asegurando la unidad y la *coherencia de su acción* [...]». En la UE el TUE lo recoge en su art. 13.1 «La Unión dispone de un *marco institucional* que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos [...] así como garantizar

coherentes de la misión de la OI, incluso si el TI no fuese un órgano de ninguna OI —v.gr. la CPI, los TPIH, o la CPA— sus competencias igualmente estarán atribuidas por sus creadores.

Al catalizar como proponemos esta doctrina aplicada al órgano jurisdiccional, se observa nítido al desacoplar su fática dinámica, lo siguiente, 1°) la Corte reconoce que la OI posee entre sus finalidades la función protectora de los derechos humanos la que, o bien i) no ha madurado lo suficiente como para legislar de forma clara incorporando estos contenidos en su bloque de legalidad —justamente lo detectado por el TJCE que debió imaginar un mecanismo de muñecas rusas para lograr encontrar a los derechos humanos al interior de los principios generales del derecho, los cuales sí estaban incorporados en los Estatutos de la actual UE, es decir, el legislador no había sido claro—, o ii) si estuviesen incorporados a las Cartas de la OI, pudieran no haber sido procesados para la dimensión judicial atribuyéndole esas competencias a la Corte —como ocurría en el SICA respecto de la CCJ, según ya lo vimos—, y 2°) la Corte pone de relieve esa finalidad de manera tan intensa que sólo puede deducir que la Corte misma, en carácter de *órgano* jurisdiccional, posee una competencia de faz *ratione materiae* en el resguardo de los derechos humanos, que es exactamente lo ocurrido en todos los casos analizados. Estos aspectos son los que la CCJ destaca en la sentencia de la causa *Asociación Foro Nacional de Reciclaje y Fundación (...) c/ el Estado de Costa Rica*⁵⁷, ocasión en que los jueces se conectan con criterios doctrinales para explicar la coexistencia entre el principio de atribución y las competencias implícitas, expresando: “Que ha sido estatuido que la competencia de la Corte, como Tribunal Comunitario, se rige por el *principio de atribución*, lo cual quiere decir que son los Tratados, y sus Protocolos los que establecen los criterios para fijar dicha competencia comunitaria. Desde un punto de vista puramente *doctrinal*, podría distinguirse entre una competencia *genérica o ‘implícita’ (numerus apertus)* contenida en los instrumentos constitutivos; y una competencia *específica o explícita (numerus clausus)* contenida en su Convenio de Estatuto”⁵⁸, agrega: “La competencia genérica o *implícita* es atribuida en el Tratado Constitutivo del SICA [...]. Por su parte, la competencia específica o explícita, se atribuye en el Convenio de Estatuto de La Corte. Las competencias específicas *derivan* de la competencia genérica, *las competencias específicas desarrollan la genérica [...]*”⁵⁹.

Sin embargo, ni la teoría *implied powers*, ni su decantación aquí expuesta, tienen fuerzas suficientes como para dar giros copernicanos, pues su razón de ser es aplicar de mejor manera el derecho para cumplir con los principios rectores de la OI, en este caso a través del TI, por esto, sería muy distinto si la OI no tuviera tal finalidad, ni tampoco hubiese avanzado en materias de derechos humanos, pues entonces el TI ahora respondiendo al principio de coherencia orgánica, no podría crearle a la OI una ruta que no

la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones». Políticas y acciones que se llevan adelante a través de tales órganos.

⁵⁷ CCJ, Sentencia de 21-6-2012, *Asociación Foro Nacional de Reciclaje y Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Sostenible, c. el Estado de Costa Rica*, Expediente 123-12-06-12-2011.

⁵⁸ Primera parte del Considerando IV en CCJ, Sentencia *ibídem*.

⁵⁹ Segunda parte del Considerando IV en CCJ, Sentencia *ibídem*.

le es propia, ni menos enrostrarle que tras un avance fáctico de la OI no le haya atribuido al TI la consecuente nueva competencia. Por esta razón es que sí se pudo efectuar en el MERCOSUR el aumento de competencias para sus tribunales, tal como ya lo analizamos, en cambio, no fue posible para el TJECOWAS donde se debió esperar a que ECOWAS le atribuyera competencias en derechos humanos, según vimos. De lo contrario desembocaríamos en completos absurdos jurídicos procesales-internacionales, como si por ejemplo un tribunal del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC) pretendiera cargar a la OMC con competencias en derechos humanos, pues estaríamos ante competencias inconexas a la finalidad de la OI.

b) Ha de considerarse que los jueces de un TI no especializado utilizan la técnica hermenéutica finalista para construir la jurisprudencia expansiva bajo análisis, ejercicio hermenéutico propio de los Tribunales Constitucionales, que primero fue importada por las Cortes especializadas en derechos humanos y luego por los tribunales de integración. Absorción coherente pues los especialistas se domicilian en el solar de la protección de los derechos preferentes, y por su parte las Cortes de integración obran como cuasi Tribunales Constitucionales⁶⁰, como el TJUE y la CCJ, en tanto el TPRM si bien no podemos señalarlo como una Corte de integración plenamente desarrollada, sí tiene un fuerte cariz constitucional.

c) También es utilitario a la ampliación de competencias en derechos humanos, la aplicación de principio *kompetenz-kompetenz* o *compétence sur la compétence*, pues éste potencia las facultades del TI al transformarlo en juez de sus propias competencias. Este principio posee una génesis arbitral, por la cual el árbitro posee competencia para decidir sobre su propia competencia. Pero desde que fue reconocido por el *Bundesverfassungsgericht* se extendió hacia diversas sedes arbitrales y jurisdiccionales internacionales⁶¹. Estas últimas lo recepcionan con total lógica, pues por regla general no poseen superior jerárquico⁶².

Ejemplos legislativos en el nivel internacional del principio *kompetenz-kompetenz* hay muchos, *v.gr.* el Estatuto de la CIJ lo contempla en el número 6 del art. 36 indicando “En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá”, para

⁶⁰ SÁIZ ARNÁIZ, “El tribunal de justicia de las comunidades europeas como tribunal constitucional”, *Revista vasca de administración pública*, 2, 1999, págs. 223 y ss. Otra, AA.VV. (MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS), *Instituciones*, cit., p. 448. Otra, AA.VV. (PARDO IRANZO), *El sistema jurisdiccional de la unión europea*, Navarra, 2013, págs. 24 y ss. Otra, VIGIL TOLEDO, *La estructura jurídica y el futuro de la comunidad andina*, Madrid, 2011, págs. 33 y ss.

⁶¹ Inicialmente lo presentó Böhlau en su obra *Kompetenz-Kompetenz* (1876), teoría decantada por Schmitt en *Verfassungslehre* (1928), la cuestión se centra en la distribución de competencias entre subsistemas estatales o la reafirmación legislativa de la jurisdicción arbitral sobre la del Poder Judicial. El *Bundesverfassungsgericht* aceptó (1955) que los árbitros tienen la *facultad* de determinar el alcance del acuerdo arbitral, como la competencia; extendiéndose a sedes jurisdiccionales locales e internacionales. Principio morigerado por la escuela francesa que establece: el árbitro decide sobre su propia competencia, pero el juez estatal tiene competencia en segunda instancia.

⁶² La regla general en la jurisdicción internacional es que los TI no posean superiores jerárquicos. La excepción la encontramos en los esquemas integracionistas como el caso del TJUE y el TGUE, y entre el TPRM y los TAAM.

el TJCA el art. 53 de su Estatuto reza “El Tribunal rechazará de plano la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia, [...]”, la CPI lo recibe a través de la Regla 133 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, señalando “La impugnación de la competencia de la Corte [...] será dirimida por el magistrado que presida y por la Sala de Primera Instancia [...]”. Pero más importante que rastrear su presencia estatutaria, es advertir la sintonía en que se enlaza con el *due process of law* como contenido de racionalidad y temporalidad, por esto el principio *kompetenz-kompetenz* es parte integrante del acervo jurídico procesal de todos los TI en carácter de necesario y lógico.

VII. LOS NIVELES DE INFLUENCIAS DE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES SOBRE LOS ESPACIOS ESTATALES

La función principal de los TI es administrar justicia, coordinadas donde se domicilian la *res iudicata*, el *imperium* y el *auctoritas*. Pero además tienen una función secundaria, lo que en el nivel estatal se denomina función social del proceso. Lo notable es que en la dimensión transnacional este impacto secundario, que comporta un impulso hacia terceros —los Estados no litigantes, y por cierto hacia los que litigaron— se desliza en un sentido pasivo y activo. Es pasivo en cuanto disuade, y es activo en cuanto los no litigantes también se ven inducidos a adecuar sus normativas, a educar sobre sus costumbres y a mantener el umbral de respeto acordado. En ambos sentidos, sólo el *auctoritas* del TI es el instituto capital, toda vez que el efecto relativo de las sentencias hace que la *res iudicata* y las fuerzas del *imperium* recaigan exclusivamente en quienes fueron partes en el juicio. En definitiva, en el nivel transnacional esta consecuencia procesal se pasa a comprender como un efecto de influencia de las Cortes internacionales sobre los espacios estatales que quedan cubiertos por sus jurisdicciones, el cual reporta el máximo interés y utilidad en materia de derechos esenciales.

Esta influencia, y por tanto su eficiencia como instrumento, justifica el diseño implementado en una determinada región. Así para lograr el grado de presión pretendido hay que considerar varios aspectos, tales como la faz territorial o espacial del TI pues los hay planetarios, continentales y sub-continentales, o bien la multiplicidad de materias, o los análisis sobre el respeto a la *res iudicata*, el *imperium*, el *auctoritas* y tantos más.

Conexo a la influencia, retengamos que en ningún caso el conglomerado de TI configuran un sistema jurídico como se explica intramuros estatales, pues no reflejan una idea compacta de grupo en son de órganos comunicados y jerarquizados, sino que poseen orígenes y finalidades diversas, Escobar precisa que los TI presentan una gran autonomía y no se insertan en un sistema único y jerarquizado que permita una relación formalizada⁶³, Biacchi destaca que el acceso a la jurisdicción internacional es distinto de la interna, debido a que en la Sociedad Internacional, por el hecho de ser anárquica, descentralizada, paritaria

⁶³ AA.VV. (ESCOBAR HERNÁNDEZ), *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, 2013, 18ª ed., pág. 966.

y abierta, no existe una autoridad central, o sea un poder judicial único⁶⁴. Nosotros reconociendo tal fragmentación concluíamos que, empíricamente en su conjunto, constituyen los mecanismos contemporáneos de solución de controversias internacionales en el espectro del derecho internacional público con que contamos, o en términos más aplastantes, comportan la justicia internacional que existe, y aunque los TI resulten unitariamente diferentes, a la postre, todos dibujan órbitas más cercanas o más lejanas alrededor un mismo concepto, el de orden y justicia universal⁶⁵.

En tal consorcio las Cortes con competencias directas en derechos humanos, si son especialistas poseen una dimensión espacial continental y las no especialistas una subcontinental, circunstancia que cuestiona si a necesidades globales es apropiado sólo responder regionalmente, pues ya subrayamos que si los derechos humanos se comprenden como estándares universales, las soluciones deben ser unitarias y globales.

Por cierto el avance en homogenización de idearios es lúcido, la sola existencia de NU y su Carta demuestran que la unidad mundial de criterios básicos es factible, realidad que apoya la construcción de un TI central, universal y de potentes influencias, de hecho los ejercicios de los dos principales TI universales, la CIJ y la CPI, aun siendo indirectos en derechos humanos, impactan positivamente en el éxito de la función protectora, tanto por sus funciones primarias como secundarias, pues i) la CIJ con competencias preventivas evita escenarios propicios para la detonación de vulneraciones, por lo que ésta, como toda medida *ex antes* debe ser potenciada, ya que las herramientas *ex post* jamás logran el resarcimiento del daño, tan sólo aminoran sus consecuencias, y ii) la CPI con competencias especiales en materias penales contribuye al respeto de la dignidad del Ser Humano, siendo una herramienta *ex post* que por su función principal sanciona y por la secundaria disuade. Así ambas realidades —CIJ y CPI— dan cuenta de sus eficiencias como instrumentos.

Una justa valoración de la CPI y de los TPI *ad hoc* y TPIH, como destaca Cervell implica reconocer que “aunque muchas veces por vectores fácticos de descomposición social, parecieran ser insuficientes los esfuerzos por evitar horribles crímenes, eso no es así, pues como se ha concluido en la Comunidad Internacional, línea a la cual nos sumamos, tal vez en ocasiones puntuales no podamos evitar las muertes, torturas o desplazamientos forzosos, entre otros lamentables sucesos, pero al menos podemos intentar el castigo de quienes los cometieron, con la esperanza de que sirva de disuasión a todo aquel que se plantee actuaciones similares”⁶⁶.

Todo lo anterior impulsa hacia el desarrollo de un TI universal y especializado de protección en derechos humanos, pues las herramientas orgánico-procesales actuales dejan grandes zonas grises, ora porque los Estados no ratifican Tratados Internacionales, ora porque las OI no incorporan objetivos de protección de estos valores, cuestiones que se

⁶⁴ BIACCHI GOMES, “La democratización del acceso al tribunal permanente de revisión del mercosur a través de las opiniones consultivas”, *Revista da secretaria do tribunal permanente de revisão*, 2(4), 2014, págs. 49 y ss.

⁶⁵ MORAGA MEJÍAS, “Tribunales”, cit.

⁶⁶ CERVELL HORTAL, *Naciones unidas, derecho internacional y Darfur*, Granada, 2010, pág. 155.

superarían si NU apoyara un proceso de generación jurisdiccional universal, ya que su capacidad de convencimiento es de suyo potente, lo cual daría paso a una Corte de alta influencia en todos los Estados, pues como ya lo destacamos, NU posee la capacidad de proyectar hacia sus órganos, por lo tanto hacia sus tribunales, todas sus fuerzas gracias al principio de coherencia orgánica.

Entonces la función secundaria de un TI con competencias en derechos humanos es de gran relevancia pues, no sólo impulsa al cumplimiento del umbral pactado, sino que da cuenta de la eficacia del mismo TI en calidad de instrumento *per se*, justificando su existencia. En este sentido se aprecia una relación entre la motivación a la adecuación y lo robusto del TI, pues no será lo mismo enfrentarse a una sentencia de la CIJ, que ante el incumplimiento de la *res iudicata* puede informarse al Consejo de Seguridad de NU, *v/s* enfrentar un laudo de una sede arbitral que a lo sumo aplicará medidas retaliativas mercantiles.

Ahora bien, la arquitectura contemporánea, allí donde existe, es en general eficiente, porque, i) horizontalmente (TI/TI) ante el fenómeno de superposición recurre a las herramientas ya destacadas —diálogo judicial y otros—, y ii) verticalmente (TI/tribunal estatal) los modelos usan las versatilidades de las competencias primarias y secundarias, pues éstas privilegian la judicialización en el Estado en que se produjo la vulneración, como primera sede, en código de respeto al juez natural⁶⁷, a la soberanía y a la calidad de la democracia, ya que las competencias primarias mantienen en la jurisdicción nacional el asunto, permitiendo una legitimación activa ante los TI sólo una vez agotada la estructura nacional, sin verificarse competencias por instancias y ningún tipo recursos procesales contra sentencias nacionales.

Sin embargo tales competencias primarias y secundarias funcionan en regiones cuyos Estados mantienen niveles democráticos sanos, el problema es la zona gris, la cual debe abordarse con herramientas procesales y sustantivas mucho más invasivas, como la comprensión de que la soberanía no es un valor absoluto para la Comunidad Internacional, o la aplicación de la falsa cosa juzgada que permiten por ejemplo a la CPI juzgar casos que ya han sido substanciados localmente, impidiéndose lo inverso, o las soluciones de justicia transicional como los TPIH, o eliminando el requisito de la competencia secundaria como en el TJECOWAS y en algunos casos para la CPI, etcétera.

⁶⁷ El acceso efectivo al juez natural es un derecho fundamental del ser humano, de allí una de las importancias de articular competencias primarias y secundarias. El respeto al juez natural es la idea que se recoge en el art. 8.1. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, además esta figura tiene asiento en diversas Constituciones nacionales, *v.gr.* «Nadie podrá ser sustraído al juez natural...» art. 25 de la Constitución italiana, similar en art 24.2 de la Constitución española, otra en el inciso 5º del n° 3º del art. 19 de la Constitución chilena, también en el art. 18 de la Constitución argentina, y más. La noción de juez natural es la de aquel juez que cumple de modo propio y directo con todos los requisitos de la competencia —competencia natural— para conocer y resolver el asunto, habitualmente en primera instancia, por ende es el juez del territorio de los hechos. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958, 3ª ed., pág. 98. Otro, CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, Tomo II, Buenos Aires, 2005, 1ª ed., pág. 135.

Finalmente, de todo lo que hemos analizado fluye que, si el conjunto de TI vistos lo ordenamos siguiendo sus niveles de influencias obtenemos que la CIJ y la CPI, aun siendo indirectas sus colaboraciones, terminan siendo las más potentes. Luego se posiciona el TEDH en calidad de Corte pionera en la especialidad, la cual desarrolló las primeras soluciones precisas en este campo y en cuyo modelo se han basado más tarde la CIDH y la CADHP. A estas dos las ubicamos a continuación en calidad de receptoras del modelo de europeo. Después a los TI no especializados, entre éstos, primero ubicamos al TJUE que como Corte integracionista innovó al asumir auto-generativamente potestades en derechos humanos y además porque el progreso mismo de la UE lo han llevado en la actualidad a ubicarse en un nivel muy similar al especialista. Le siguen la CCJ y el TPRM que utilizaron la misma fórmula para sumir competencias, más no para desarrollarlas o robustecerlas. Por último, el TJECOWAS porque este TI las asume de ordinario mediante el principio de atribución de competencias y por insertarse en un proceso continental que no decide su estructura claramente. Siendo entonces esta prelación la que da cuenta del nivel de influencias en las regiones que cubren dichas Cortes —quedando descubiertas diversas zonas del planeta.

VIII. CONCLUSIONES

Del análisis realizado fluye que debemos propiciar la sincronía del ideario axiológico con las propiedades de la globalización, pues estas últimas propiedades favorecen la amalgama de conceptos troncales y globales, en cuyo centro se comprende de mejor modo la protección jurisdiccional universal de los derechos humanos. De entre las Cortes analizadas se verifica un apoyo oblicuo o de tipo indirecto de la CIJ y de la CPI en favor de los derechos humanos, mientras que en forma directa constatamos la preponderancia de las Cortes continentales especializadas, y por su parte las Cortes subcontinentales no especializadas solo añaden nuevas competencias a sus guarniciones potestativas, sin la fuerza fáctica de las especialistas nacida de su estado de concentración, sin embargo el TJUE se encuentra muy cercano al especialista en su región.

Aunque los modelos de jurisdicción internacional de derechos humanos, allí donde existe, son en general eficientes, pues horizontalmente (TI/TI) se dinamiza con institutos idóneos que hacen factible una coexistencia con una superposición territorial y en ocasiones de competencias, más un apoyo jurisdiccional que se concreta porque algunos TI no especializados han ampliado sus competencias mediante una decantación de la teoría *implied powers*, la técnica hermenéutica finalista y el uso del principio *kompetenz-kompetenz*. Apoyándose los TI analizados mediante la técnica del diálogo judicial al que recurren voluntariamente, toda vez que se encuentran disociados orgánicamente, pues no pertenecen a un mismo sistema. En tanto verticalmente la relación entre todos los TI vistos —especialistas y no especialistas— y los tribunales estatales se enriela por el cauce de las competencias primarias y secundarias en señal de respeto al juez natural y a la soberanía, aunque esta última no comporta un valor absoluto para la Comunidad Internacional.

Sin embargo, concluimos que es menester avanzar hacia un TI especializado y universal, basándonos en las siguientes razones: 1°. Si comprendemos la dualidad

compuesta por la noción unitaria del género humano, más el reconocimiento de que el correlato para los derechos fundamentales es de obligaciones *ius cogens*, se demuestra que cabrían prioritariamente respuestas globales. 2°. Bajo tal ideario de soluciones globales, ya no son suficientes sólo respuestas regionales, pues aunque éstas son positivas, debe sincronizarse la intervención jurisdiccional con la dinámica de la globalización, porque: “no se puede dejar tamaña responsabilidad axiológica sólo en manos de la buena voluntad del diálogo judicial”. 3°. Porque al no existir este TI especializado, central y universal, disminuye para algunos Estados la presión para mantener los umbrales acordados; y 4°. Porque quedan descubiertas todas aquellas regiones del mundo en que sus naciones no gozan de un Estado de Derecho robusto donde sus democracias sean capaces de asumir eficientemente este tipo de obligaciones *ius cogens*, y además que sean capaces de crear y mantener adecuadamente TI especializados en sus regiones.

Todo lo cual redundando en que sólo las víctimas que residen en regiones privilegiadas, tienen acceso a TI capaces de incidir en las adecuaciones necesarias de los Estados, instituciones u órganos victimarios, lo que no se corresponde con la visión unitaria del Ser Humano la cual exige que todas las personas físicas puedan disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales en idéntico umbral al resto. Sabemos que es difícil, pero no podemos ocultar la meta.

De consiguiente, la hipótesis de esta investigación queda demostrada, pues, si bien las Cortes continentales y especializadas, potenciadas por TI sub-continenciales no especializados, han sido soluciones útiles, aquello es sólo un estadio intermedio de progreso, y por las razones recién enumeradas se requiere de un TI especializado y universal a razón de tensor central de visión axiológica global, nivelando los estándares y de cobertura efectiva hacia zonas hasta ahora impenetrables o grises por los TI existentes.

Sobre los demás objetivos, concluimos: 1°) se constata una trascendente ampliación de competencias de naturaleza auto-expansiva de algunos TI no especializados, mediante el empleo de jurisdicción expansiva aplicada competencialmente a sí mismos, generando el fenómeno de coexistencia con superposición territorial y apoyo jurisdiccional, 2°) verificamos que el principio de atribución competencial no opera como frontera infranqueable para los TI, ni aun reforzado mediante competencias negativas cuando estamos ante la salvaguarda de los derechos esenciales, y 3°) obtuvimos una prelación de las Cortes internacionales analizadas, en base a sus actuales niveles de influencias efectivas, quedando encabezada por la CIJ y la CPI a pesar de que su colaboración es indirecta en materia de derechos humanos, luego le siguen los especialistas, el TEDH, CIDH y CADHP, y finalmente los no especialistas el TJUE, la CCJ, el TPRM y el TJECOWAS.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Monografías, obras colectivas y artículos científicos

ABELLÁN HONRUBIA, Origen y proceso de institucionalización: comunidades europeas y unión europea. En V. Abellán Honrubia, B. Vilá Costa, A. Olesti Rayo, J. Añoveros Trias

De Bes, M. Campins Eritja, M. Cienfuegos Mateo, ... M. Álvarez Verdugo, *Lecciones de derecho comunitario europeo*, Ariel, Barcelona, 2005, 4ª ed. 5ª impr. 2008.

ARAYA, “La experiencia histórica en la resolución de conflictos internacionales en centroamérica: Esquipulas II y la corte centroamericana de justicia”, *Reflexiones*, 3(1), 1992.

BAZÁN, “Derechos humanos y mercosur: actualidad y prospectiva”, *Revista europea de derechos fundamentales*, 20, 2012.

BIACCHI GOMES, “La democratización del acceso al tribunal permanente de revisión del mercosur a través de las opiniones consultivas”, *Revista da secretaria do tribunal permanente de revisão*, 2(4), 2014.

CANEPA, “Los derechos humanos en el mercosur”, *Revista da secretaria do tribunal permanente de revisão*, 3(6), 2015.

CENTURIÓN GONZÁLEZ, “Aporte del tribunal permanente de revisión al proceso de integración del Mercosur: Reflexiones orientadas hacia la sociedad civil del mercosur”, *Revista da secretaria do tribunal permanente de revisão*, 5(9), 2017.

CERVELL HORTAL, *Naciones unidas, derecho internacional y Darfur*, Editorial Comares, Granada, 2010.

CIENFUEGOS MATEO, La colaboración entre los jueces de los países del mercosur y del tribunal permanente de revisión mediante el procedimiento de opiniones consultivas. En M. Hernández Ramos (dir.), A. Sáiz Arnáis (dir.), A. Torres Pérez (dir.), M. Zelaia Garagarza (dir.), S. Deluca, O. Saldías, ... R. Bustos, *Tribunales en organizaciones de integración: mercosur, comunidad andina y unión europea*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

CHIOVENDA, (Gómez & Greco, trans.), *Instituciones de derecho procesal civil – Tomo II*, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2005, 1ª ed.

COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Roque de Palma, Buenos Aires, 1958, 3ª ed.

DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2010.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (III): medios de arreglo de carácter jurisdiccional (I): cuestiones generales y tribunales especializados. En Díez De Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2013, 18ª ed., reimpr. 2015.

FERNÁNDEZ LIESA, “La proliferación de tribunales internacionales en el espacio iberoamericano”, *Revista electrónica iberoamericana*, 2(2), 2008.

GIAMMATTEI AVILÉS, “Los derechos fundamentales, la corte centroamericana de justicia y la protección del medio ambiente”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2001.

HUICI SANCHO, *El hecho internacionalmente ilícito de las organizaciones internacionales: El proyecto de la Comisión de derecho internacional sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales*, Bosch, Barcelona, 2007.

IGLESIAS BUHIGUES, El papel del tribunal de justicia de la unión europea en el proceso de integración. En V. Pardo Iranzo, J. L. Iglesias Buhigues, M. Desantes Real, M. Jimeno Bulnes, C. Arangüena Fanego, F. J. Jimenez Fortea ... M. Cervera Vallterra, *El sistema jurisdiccional de la unión europea*, Aranzadi, Navarra, 2013.

JOVTIS, La legitimación activa en el actual sistema de solución de controversias del mercosur y perspectivas ante la futura creación de una corte de justicia regional. En M. Cienfuegos Mateo, W. Nerys Fernández, N. B. Mellado, M. L. Ali, J. C. Fernández Saca, R.M. Gajate, ... L. M. Ramírez, *Desafíos del desarrollo de la infraestructura regional para el medio ambiente, la cohesión social y la gobernabilidad del mercosur*, Taller de Comunicación, Uruguay, 2012.

KÜHN BACA, “The draft protocol on the creation of the court of justice of mercosur. A new milestone in the judicialisation of regional integration law”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, 17, 2017.

LIÑÁN NOGUERAS, Derechos humanos y libertades fundamentales en la unión europea. En Mangas Martín & Liñán Nogueras, *Instituciones y derecho de la unión europea*, Tecnos, Madrid, 2014, 8ª ed.

LIÑÁN NOGUERAS, El sistema jurisdiccional de la unión europea. En Mangas Martín & Liñán Nogueras, *Instituciones y derecho de la unión europea*, Tecnos, Madrid, 2014, 8ª ed.

MARTÍNEZ ALCANIZ, *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2014.

MORAGA MEJÍAS, “Tribunales internacionales y tribunal de integración, una aproximación teórica y ordenatoria a la estructura jurisdiccional supranacional actual”, *Revista de educación y derecho. Education and law review*. 15. 2017.

MORAGA MEJÍAS, *Jurisdicción internacional: Teoría general: Tribunales internacionales y tribunales de integración*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018.

MOREIRA, “Mercosur ambiental. El aporte del laudo 1/2012 del tribunal permanente de revisión”, *Revista da secretaria do tribunal permanente de revisão*, 2(3), 2014.

MORENO MOLINA, Los principios generales del derecho. En L. Ortega Álvarez (dir.), J. A. Moreno Molina (coord.), I. Gallego Córcoles, L. F. Maeso Seco, J. M. A. Magán Perales, J. Morcillo Moreno, ... F. Sánchez Rodríguez., *Derecho comunitario europeo*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

OLLÉ SESÉ, *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Las Rozas, 2008.

OLMOS GIUPPONI, *Derechos humanos e integración en américa latina y el caribe*, Publicaciones Universitat de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

QUESADA ALCALÁ, *La corte penal internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

RIPLEY, “The central american court of justice (1907-1918): rethinking the word’s first court”, *Diálogos: Revista electronica de historia*, 19(1), 2018.

RIPOL CARULLA & TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *El sistema europeo de protección de los ddhh y el derecho español: la incidencia de las sentencias del tribunal europeo de ddhh en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROMANO, PELLEGRINI & PARROTTA, *La nuova corte europea dei diritti dell'uomo. Per un effettivo giusto proceso. Esempi di ricorso e modulistica, rassegna delle più significative e recenti pronunzie*, Giuffrè, Milano, 1999.

SÁIZ ARNÁIZ, “El tribunal de justicia de las comunidades europeas como tribunal constitucional”, *Revista vasca de administración pública*, 2, 1999.

SLAUGHTER, “A typology of transjudicial communication”, *University of richmond law review*, 29, 1994.

SOBRINO HEREDIA, Las organizaciones internacionales en el mundo árabe e islámico y las organizaciones internacionales en áfrica. En Díez De Velasco Vallejo & Sobrino Heredia, *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2010, 16ª ed. reimpr. 2014.

TIZZANO, The role of the ecj in the protection of fundamental rights. En F. G. Jacobs, A. Arnall, P. Eeckhout, T. Tridimas & T. H. Bingham, *Continuity and change in EU law: essays in honour of sir francis Jacobs*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008.

TRUJILLO SÁNCHEZ, *La corte penal internacional: la cuestión humana “versus” razón soberana*, Editorial Ubijus, México D. F., 2014, 2ª ed.

TRUYOL, Estudios de introducción. En De Vitoria, F., Pereña, L., Perez-Prendes y Muñoz de Arraco, J. M. & Beltrán de Heredia, V. *Relectio de indis o libertad de los indios* [Español-Latín], Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967.

VIGIL TOLEDO, *La estructura jurídica y el futuro de la comunidad andina*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011.

VIVAS BARRERA & CUBIDES CÁRDENAS, “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la corte interamericana”, *Entramado*, 8(2), 2012.

WHITE, *The law of international organisations*, Manchester University Press, Manchester, 2005.

ZAPPALÁ & TRIGO (trans.), *Qué es la justicia penal internacional*, Proteus, Cànoves i Samalús Barcelona, 2010.

Portales oficiales y documentos en línea

ABC DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DDHH – 2019. Disponible en Portal oficial de la CIDH <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/index.html#3/z>>

Portal oficial Corte Centroamericana de Justicia – CCJ <<http://portal.ccj.org>>

Portal oficial de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos – CADHP <<http://www.african-court.org>>

Portal oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH <<http://www.corteidh.or>>

Portal oficial de la European Court of Human Rights – TEDH <<https://www.echr.coe.int>>

Portal oficial de la Organización de Estados Americanos – OEA <<http://www.cidh.oas.org>>

Portal oficial del Mercado Común del Sur – MERCOSUR <<http://www.mercosur.int>>

Portal oficial del Tribunal de Justicia de la Economic Community of West African States – TJECOWAS <<http://prod.courtecowas.org>>

Jurisprudencia

CCJ, Sentencia de 21-6-2012, *Asociación Foro Nacional de Reciclaje y Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Sostenible, c/ Costa Rica*, Exp. 123-12-06-12-2011.

CCJ, Sentencia de 24-10-2000, *José Viguer Rodrigo c/ Órgano Judicial de la República de Nicaragua*, Exp. 31-11-01-08-2000.

ECLI:EU:C:1969:57 (TJCE, sentencia 12-11-1969, Stauder c/ Stadt Ulm - Sozialamt, as. 29/69),

ECLI:EU:C:1970:114 (TJCE, sentencia 17-12-1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, as. 11/70),

ECLI:EU:C:1974:51 (TJCE, sentencia 14-5-1974, Nold, Kohlen - und Baustoffgroßhandlung c/ Comisión de las CE, as. C-4/73).

TAAM, Laudo 6-9-2006, *República Oriental del Uruguay c/ República Argentina*.

TPRM, Laudo 21-7-2012, *República Oriental del Uruguay*, as. 1/2012.

Normativas y documentos públicos

Acuerdo de relación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional – ONU A/58/874.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Carta de las Naciones Unidas de 1945.

Carta Democrática Interamericana, de la Organización de Estados Americanos – OEA aprobada en 1ª Sesión Plenaria de 11 de Septiembre de 2001.

Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de 4 noviembre 1950 (actualizado con sus modificaciones).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – A/CONF.183/9 de 17 julio 1998 (enmendado 1998, julio 1999, noviembre 1999, 2000, 2001 y 2002, vigor julio 2002).

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

Protocolo de Tegucigalpa a La Carta de La Organización de Estados Centroamericanos – ODECA, del 13 de diciembre de 1991.

Proyecto Norma 02/10 Parlamento (MERCOSUR/PM/PN 02/2010) aprobando el “Proyecto de Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR” elevado en diciembre 2010 al CMC.

Recomendación PARLASUR 26 junio 2017 (MERCOSUR/PM/SO/REC.07/2017) al CMC retomar el proyecto de la Corte de Justicia Mercosur.

Tratado de Amsterdam de 1996 – UE (vigor 1999).

Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht de 1992 (TUE, vigor 1993).

Tratado de Lisboa de 2007 – UE (vigor 2009).