

Capítulo X

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

A.—Introducción

407. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión, después de haber examinado el estudio de viabilidad⁴⁹⁸ que se había llevado a cabo sobre el tema de los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional, decidió incluir ese tema en su programa de trabajo a largo plazo⁴⁹⁹.

408. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 55/152, tomó nota de la decisión de la Comisión relativa a su programa de trabajo a largo plazo y del plan de estudio del nuevo tema que figuraba en el anexo del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones.

409. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 56/82, pidió a la Comisión que siguiera considerando los temas que hubiese que incluir en su programa de trabajo a largo plazo, teniendo debidamente presentes las observaciones hechas por los gobiernos.

410. En su 54.º período de sesiones, en 2002, la Comisión decidió incluir este tema en su programa de trabajo y estableció un Grupo de Estudio sobre el tema. Decidió también cambiar el título del tema por el de «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»⁵⁰⁰. Acordó asimismo aprobar una serie de recomendaciones, incluida la realización de una serie de estudios, comenzando por el que había de preparar el Presidente del Grupo de Estudio, titulado «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los “regímenes autónomos”».

411. La Asamblea General, en el párrafo 2 de su resolución 57/21, tomó nota, entre otras cosas, de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

412. En el actual período de sesiones, la Comisión decidió, en su 2758.ª sesión, celebrada el 16 de mayo de 2003, establecer un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el tema y nombró Presidente al Sr. Martti Koskenniemi en sustitución del Sr. Bruno Simma, que había

⁴⁹⁸ G. Hafner, «Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional», *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), anexo, pág. 151.

⁴⁹⁹ Véase la nota 14 *supra*.

⁵⁰⁰ *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 492 a 494.

dejado de ser miembro de la Comisión al haber sido elegido magistrado de la CIJ.

413. El Grupo de Estudio celebró cuatro sesiones el 27 de mayo y los días 8, 15 y 17 de julio de 2003. Sus debates giraron en torno al establecimiento de un calendario provisional de los trabajos que había que llevar a cabo durante el resto del presente quinquenio (2003 a 2006), a la distribución entre los miembros del Grupo de Estudio de la labor sobre los temas de estudio *b* a *e* acordados en 2002⁵⁰¹, a la decisión sobre la metodología que había que adoptar para esa labor y al examen preliminar del esquema del tema «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los “regímenes autónomos”» (tema *a*, acordado en 2002), preparado por el Presidente del Grupo de Estudio.

414. En su 2779.ª sesión, celebrada el 23 de julio de 2003, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Estudio (A/CN.4/L.644), que figura en la sección *C infra*.

C.—Informe del Grupo de Estudio

1. OBSERVACIONES GENERALES

415. Durante un primer cambio de impresiones, las deliberaciones del Grupo de Estudio giraron fundamentalmente en torno a un análisis del informe del Grupo de Estudio de 2002⁵⁰² y del Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones (A/CN.4/529, secc. F).

416. En relación con los antecedentes del tema y los métodos que había que seguir para su estudio, se observó

⁵⁰¹ Los temas de estudio elegidos en 2002 fueron los siguientes:

«a) La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los «regímenes autónomos»;

»b) La interpretación de los tratados a la luz de «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» (apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional;

»c) La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención);

»d) La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención);

»e) La jerarquía normativa en derecho internacional: *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como normas de conflicto.»

(Ibíd., párr. 512).

⁵⁰² Ibíd., párrs. 495 a 513.

que el examen de las diversas declaraciones y escritos sobre la cuestión de la fragmentación ponía de manifiesto la necesidad de trazar una distinción entre las perspectivas institucional y sustantiva. Mientras que la primera centraba la atención en lo concerniente a las cuestiones institucionales de coordinación práctica, la jerarquía institucional y la necesidad de que los distintos operadores jurídicos —en especial los tribunales judiciales y arbitrales internacionales— tuvieran en cuenta su jurisprudencia respectiva, la segunda consistía en examinar si, y cómo, la sustancia misma del derecho se había fragmentado en regímenes especiales quizás faltos de coherencia o en oposición entre sí.

417. Se observó que esa distinción era importante, especialmente para determinar cómo debía la Comisión llevar a cabo su estudio. El análisis de los debates de la Comisión en su 54.º período de sesiones (2002) parecía poner de manifiesto una preferencia por la perspectiva sustantiva. En el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones⁵⁰³ se hacía constar que hubo acuerdo en que la Comisión no debía ocuparse de cuestiones referentes a la creación de instituciones judiciales internacionales o a la relación entre ellas. En otras palabras, no se pedía a la Comisión que se ocupase de la proliferación institucional.

418. La Sexta Comisión de la Asamblea General parecía estar de acuerdo con la Comisión a este respecto. Del párrafo 227 del Resumen por temas se desprendía que varias delegaciones coincidían en que la Comisión no debía tratar por el momento las cuestiones relativas a la creación de instituciones judiciales internacionales o a la relación entre ellas, y del párrafo 229 que la Comisión no debía actuar de árbitro en las relaciones entre instituciones.

419. Se señaló que, al abordar los aspectos sustantivos, sería necesario tener presente que había por lo menos tres modalidades diferentes de interpretación o conflicto que guardaban relación con la cuestión de la fragmentación, pero que había que considerar por separado:

a) El conflicto entre diferentes concepciones o interpretaciones del derecho general, como el que se suscitó en el asunto *Tadic*⁵⁰⁴. La Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia se desvió en su sentencia del principio del «control efectivo» aplicado por la CIJ en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*⁵⁰⁵ como criterio jurídico para determinar cuándo, en un conflicto armado presuntamente interno, se podía considerar que un grupo armado

militar o paramilitar actuaba por cuenta de una Potencia extranjera. Optó, en cambio, por el criterio de un «control general». En ese asunto, el Tribunal examinó la jurisprudencia de la Corte y de otros tribunales y decidió apartarse del razonamiento expuesto en la sentencia de la Corte.

b) El conflicto que surge cuando un órgano especial se desvía del derecho general, no a consecuencia de un desacuerdo en cuanto al contenido de ese derecho, sino en razón de la aplicabilidad de un derecho especial. No se considera modificar el derecho general, sino que el órgano especial afirma que en ese caso es aplicable un derecho especial. Este supuesto ha surgido en los órganos de derechos humanos al aplicar los instrumentos de derechos humanos en relación con el derecho general de los tratados, especialmente en los casos relativos a los efectos de las reservas. En el asunto *Belilos* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos revocó una declaración interpretativa calificándola de reserva inadmisibles y negándose a tenerla en cuenta al mismo tiempo que afirmaba que el Estado declarante estaba obligado por el Convenio europeo de derechos humanos⁵⁰⁶.

c) El conflicto que surge cuando ramas especializadas del derecho parecen estar en oposición entre sí. Puede haber conflicto, por ejemplo, entre el derecho mercantil internacional y el derecho internacional del medio ambiente. Las soluciones aportadas a este respecto por la doctrina jurídica no parecen concordes. El Grupo Especial para la solución de diferencias del GATT, en el informe emitido en 1994 en relación con las *Diferencias relativas a la cuestión del atún y el delfín (Tuna/Dolphin I, Tuna/Dolphin II)*, si bien admitió que el objetivo del desarrollo sostenible había sido reconocido generalmente por las Partes Contratantes en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, observó que la práctica a tenor de los tratados bilaterales y multilaterales relativos al medio ambiente no podía considerarse como práctica a tenor de la normativa aplicada de conformidad con el régimen del Acuerdo y que, por lo tanto, no podía afectar a su interpretación⁵⁰⁷. En el asunto de las *Hormonas de la carne de bovino*, el Órgano de Apelación de la OMC concluyó que el «principio precautorio», fuera cual fuese su valor jurídico en derecho

⁵⁰⁶ *Belilos c. Suisse* (véase la nota 456 *supra*), párr. 60.

⁵⁰⁷ Véase *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, informe del Grupo Especial (DS29/R), de 16 de junio de 1994, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), pág. 839. Véase también *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, informe del Grupo Especial (DS21/R), de 3 de septiembre de 1991, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 30 (1991), pág. 1594. El Grupo Especial de 1994 señaló además que la relación entre las medidas ambientales y comerciales se examinaría en el marco de los acuerdos de la OMC (pág. 899). Véase también, sin embargo, *Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga: Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, AB-1998-4, OMC, informe del Órgano de Apelación (WT/DS58/AB/R), de 12 de octubre de 1998, en el que éste reconoció la importancia de proteger y preservar el medio ambiente, en particular de adoptar medidas eficaces para proteger las especies amenazadas, y de que los miembros actuaran conjuntamente en forma bilateral o multilateral, en el marco de la OMC o en otros foros internacionales, para proteger tales especies. No obstante, subrayó que esas medidas debían aplicarse de forma que no constituyese una discriminación arbitraria e injustificable entre miembros de la OMC ni una restricción encubierta al comercio internacional (párrs. 184 a 186). Para las referencias a diversos tratados sobre el medio ambiente, véanse los párrafos 129 a 135, 153 a 155 y 168.

⁵⁰³ *Ibid.*, párr. 505.

⁵⁰⁴ *Prosecutor v. Dushko Tadic*, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, caso n.º IT-94-1-A, fallo de 15 de julio de 1999, *Supplément judiciaire*, n.º 6, junio/julio 1999, párrs. 115 a 145.

⁵⁰⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), fondo, fallo, C.I.J. *Recueil* 1986, pág. 14. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), págs. 210 y ss., en particular págs. 62 a 65, párrs. 109 a 116. La Corte señaló en este asunto que debía haber un «control efectivo de las operaciones militares y paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones [de los derechos humanos y el derecho humanitario]»; (párr. 115). La Corte no aplicó el mismo criterio del «control efectivo» con respecto a las otras pretensiones aducidas por Nicaragua.

del medio ambiente, no había llegado a ser jurídicamente vinculante para la OMC al igual que, a su juicio, no había llegado a ser vinculante como norma consuetudinaria de derecho internacional⁵⁰⁸.

420. Los precedentes ejemplos se consideraron sólo a título ilustrativo del marco conceptual en que podía surgir un conflicto sustantivo sin pronunciarse sobre el fondo de cada caso ni dar a entender que esa fuera la única manera de interpretarlos. Los tres supuestos —el conflicto entre diferentes concepciones o interpretaciones del derecho general, entre el derecho general y un derecho especial que supuestamente constituye una excepción a aquél y entre dos ramas especializadas del derecho— tenían que analizarse separadamente por la sola razón de que planteaban la cuestión de la fragmentación de maneras diferentes.

421. Por lo demás, se señalaba en el párrafo 506 del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones, celebrado en 2002, que la Comisión había decidido no establecer analogías jerárquicas con los ordenamientos jurídicos internos. No obstante, la jerarquía no estaba totalmente ausente del estudio de la Comisión. En el apartado *e* de las recomendaciones formuladas en el párrafo 512 del informe de la Comisión se enunciaba como tema de estudio «La jerarquía normativa en derecho internacional: *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como normas de conflicto».

422. El Grupo de Estudio observó que el tema de la fragmentación, a pesar de las reservas expresadas acerca de su idoneidad como tema de estudio, había obtenido el apoyo general de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones. La Sexta Comisión estimó que el tema era de gran actualidad en vista de la posibilidad de que surgieran conflictos a los niveles sustantivo y de procedimiento como consecuencia de la proliferación de instituciones que aplicaban o interpretaban el derecho internacional. Estimó que la naturaleza del tema, tan diferente de la de otros temas examinados antes por la Comisión, justificaba la creación del Grupo de Estudio. También se destacaron los aspectos tanto positivos como negativos de la fragmentación y se apoyó la idea de que se realizaran estudios y se organizaran seminarios.

423. Las recomendaciones formuladas por la Comisión en su informe de 2002 también obtuvieron amplio apoyo en la Sexta Comisión. Pareció manifestarse una preferencia por un estudio general de las normas y los mecanismos para resolver los conflictos. La Asamblea General respaldó asimismo la opinión de la Comisión de que la Convención de Viena de 1969 proporcionaría un marco apropiado para llevar a cabo el estudio. Se propuso además que se examinara la cuestión de la norma de la *lex posterior*, aunque también se consideró que ese examen se efectuaría en el marco del presente programa de trabajo.

2. CALENDARIO PROVISIONAL, PROGRAMA DE TRABAJO Y METODOLOGÍA

424. El Grupo de Estudio convino en adoptar el siguiente calendario provisional para el período de 2004 a 2006, basándose esencialmente en los estudios recomendados en el párrafo 512 del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones.

425. Se convino en que, en 2004, el Presidente actual del Grupo de Estudio iniciaría un estudio sobre «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los “regímenes autónomos” (*self-contained regimes*) basándose en el esquema y las deliberaciones del Grupo de Estudio de 2003. Dicho estudio incluiría además un análisis del marco conceptual general en el que se había planteado y se consideraba la cuestión de la fragmentación en su conjunto. El estudio podría comprender proyectos de directriz cuya aprobación se propondría a la Comisión en una etapa posterior de sus trabajos.

426. Se convino también en que miembros de la Comisión prepararían en 2004 breves esquemas preliminares sobre los restantes temas de estudio enumerados en los apartados *b* a *e* del párrafo 512 del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones. Dichos esquemas deberían girar, en la medida en que fuera procedente, alrededor de las cuatro cuestiones siguientes: *a*) la naturaleza del tema en relación con la fragmentación; *b*) la aceptación y el fundamento de la norma pertinente; *c*) la aplicación de la norma pertinente; y *d*) las conclusiones, incluidos en su caso unos proyectos de directriz.

427. Se convino en distribuir la labor de preparación de los esquemas de la manera siguiente:

a) La interpretación de los tratados a la luz de «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» (apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional: Sr. William Mansfield;

b) La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena de 1969): Sr. Teodor Melescanu;

c) La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena de 1969): Sr. Riad Daoudi;

d) La jerarquía normativa en derecho internacional: *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como normas de conflicto: Sr. Zdzislaw Galicki.

428. Los cinco estudios deberían completarse en 2005. El Grupo de Estudio celebraría también un primer debate sobre la naturaleza y el contenido de las posibles directrices, y se reserva el año 2006 para la compaginación del

⁵⁰⁸ Véase *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, AB-1997-4, OMC, informe del Órgano de Apelación (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R), párrs. 120 a 125.

estudio definitivo que abarque todos los temas, incluida la elaboración, en su caso, de las directrices.

3. EXAMEN DEL ESTUDIO SOBRE LA FUNCIÓN Y EL ALCANCE DE LA NORMA DE LA *LEX SPECIALIS* Y LA CUESTIÓN DE LOS «REGÍMENES AUTÓNOMOS» (*SELF-CONTAINED REGIMES*)

429. Para el examen del tema, el Grupo de Estudio concentró su atención en un esquema del estudio preparado por el Presidente. El Grupo de Estudio elogió la orientación general del esquema, que versaba, entre otras cosas, sobre el marco normativo de la fragmentación. Se apoyó el marco conceptual general propuesto, en el que se distinguían los tres tipos de conflicto normativo en relación con los cuales debía considerarse la cuestión de la fragmentación, conforme a lo indicado en el párrafo 419 *supra*. Aunque la fragmentación resultante de interpretaciones contradictorias del derecho general no constituía necesariamente un caso de *lex specialis*, se estimó que era un aspecto importante de la fragmentación que merecía ser estudiado más a fondo. Habida cuenta de lo delicado que era abordar cuestiones institucionales, se sugirió que ese examen se limitara a un análisis y evaluación de las cuestiones planteadas, incluida la posibilidad de formular sugerencias prácticas relativas a un diálogo más intenso entre los diversos operadores jurídicos.

430. El Grupo de Estudio examinó las cuestiones conceptuales preliminares tratadas en el marco del esquema en relación con la función y el alcance de la norma de la *lex specialis*. Las cuestiones planteadas giraban en torno a la naturaleza de la norma de la *lex specialis*, su aceptación y fundamento, la distinción relacional entre la norma «general» y la norma «especial» y la aplicación de la norma de la *lex specialis* en caso de «identidad de objeto».

431. Hubo acuerdo en que podía decirse que la norma de la *lex specialis* se aplicaba en los dos contextos diferentes propuestos en el esquema, a saber, la *lex specialis* como ampliación o aplicación del derecho general en una situación concreta y la *lex specialis* como excepción al derecho general. Según el punto de vista más estricto, la *lex specialis* se aplicaba sólo cuando la norma especial entraba en conflicto con el derecho general. Se convino en que el estudio descriptivo debía abarcar tanto la concepción amplia como la concepción estricta de la *lex specialis*, sin perjuicio quizás de limitar más adelante el planteamiento. Además, se debían examinar los supuestos en que la norma general prohibía cualquier modificación que la dejase sin efecto.

432. Se decidió examinar en el marco de este tema las esferas reguladas por un derecho regional, que a juicio de algunos miembros era algo conceptualmente diferente de la *lex specialis*. Se estimó asimismo que quizás hubiera que prestar atención a las cuestiones relativas a las medidas adoptadas en el marco de acuerdos u organismos regionales en relación con el sistema centralizado de seguridad colectiva al amparo de la Carta de las Naciones Unidas. Se consideró útil también estudiar más a fondo y ampliar las conclusiones generales relativas a la omnipresencia de los principios del derecho internacional general frente a los cuales se aplicaba la norma de la *lex specialis*, teniendo en cuenta las diferentes opiniones expresadas en el Grupo de Estudio a este respecto.

433. El Grupo de Estudio examinó la supuesta existencia de «regímenes autónomos» (*self-contained regimes*) conforme a lo expuesto en el esquema. Se convino en que, si bien tales regímenes se identificaban a veces por remisión a las normas secundarias especiales correspondientes, la distinción entre normas primarias y normas secundarias era a menudo difícil de aplicar y quizás no fuera necesaria para el estudio. Al examinar la aceptación y el fundamento de tales regímenes autónomos, así como la relación entre regímenes autónomos y derecho general, el Grupo de Estudio subrayó la importancia que tenía también a este respecto el derecho internacional general. Se insistió, en particular, en que los aspectos del funcionamiento de un régimen autónomo no regulados específicamente por éste se regían por el derecho internacional general, que volvía a ser plenamente aplicable en caso de que el «régimen autónomo» dejase de funcionar.

434. El Grupo de Estudio convino en que sería útil examinar la *lex specialis* y los regímenes autónomos en relación con el derecho general. Consideró, sin embargo, que para elucidar las relaciones entre la *lex specialis* y el derecho internacional general convendría recurrir a ejemplos concretos en vez de entablar debates teóricos de gran alcance. Probablemente era superfluo, por ejemplo, tomar posición sobre la cuestión de si el derecho internacional podía o no calificarse de «sistema completo».

435. El Grupo de Estudio, aunque tomó nota con interés de los factores sociológicos e históricos que explicaban la diversificación, la fragmentación y el regionalismo, como la existencia de culturas jurídicas comunes, subrayó que concentraría su estudio en las cuestiones jurídicas y analíticas y en la posible elaboración de unas directrices para que fueran examinadas por la Comisión.