

Capítulo X

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

A. Introducción

296. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión, después de haber examinado el estudio de viabilidad⁵⁸² que se había realizado sobre el tema de los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional, decidió incluir ese tema en su programa de trabajo a largo plazo⁵⁸³. Dos años más tarde, en su 54.º período de sesiones, en 2002, la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo y estableció un Grupo de Estudio. Decidió también cambiar el título del tema por el de «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»⁵⁸⁴. La Comisión aprobó asimismo una serie de recomendaciones, incluida la de realizar una serie de estudios, comenzando por el que habría 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”».

297. En su 55.º período de sesiones, en 2003, la Comisión nombró Presidente del Grupo de Estudio al Sr. Martti Koskenniemi. Estableció también un calendario provisional de los trabajos que había de llevar a cabo durante el resto del presente quinquenio (2003 a 2006), distribuyó entre los miembros del Grupo de Estudio la labor sobre los demás temas acordados en 2002⁵⁸⁵ y decidió la metodología que había de adoptar para esa labor. Asimismo la Comisión realizó un examen preliminar de un esquema presentado por el Presidente del Grupo de Estudio sobre la siguiente cuestión: «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los “regímenes autónomos” (*self-contained regimes*)».

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

298. En el actual período de sesiones, la Comisión reconstituyó el Grupo de Estudio y éste celebró ocho

⁵⁸² G. Hafner, «Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional», *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), anexo, pág. 151.

⁵⁸³ Véase la nota 238 *supra*.

⁵⁸⁴ *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 492 a 494.

⁵⁸⁵ 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; b) La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención); c) La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención); d) La jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto, *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párr. 427.

sesiones, los días 12 y 17 de mayo, 3 de junio y 15, 19, 21, 26 y 28 de julio de 2004. También tuvo ante sí el informe preliminar sobre el Estudio de la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los regímenes autónomos (*self-contained regimes*) preparado por el Sr. Martti Koskenniemi, Presidente del Grupo de Estudio, así como esquemas relativos a los siguientes estudios: Estudio de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena de 1969), preparado por el Sr. Teodor Viorel Melescanu; Estudio de 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, preparado por el Sr. William Mansfield; Estudio de la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena de 1969), preparado por el Sr. Riad Daoudi, y Estudio de la jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto, preparado por el Sr. Zdzislaw Galicki⁵⁸⁶.

299. En su 2828.ª sesión, el 4 de agosto de 2004, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Estudio (A/CN.4/L.663/Rev.1), que figura en la sección C infra.

C. Informe del Grupo de Estudio

1. OBSERVACIONES GENERALES Y RESULTADO PREVISTO DE LOS TRABAJOS DEL GRUPO DE ESTUDIO

300. El Grupo de Estudio comenzó por examinar el informe del Grupo de Estudio de 2003⁵⁸⁷ así como el Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su quincuagésimo octavo período de sesiones (A/CN.4/537, secc. G).

301. El Grupo de Estudio reafirmó que su mandato se limitaba esencialmente a lo expresado en el título completo del Grupo de Estudio. La intención era estudiar tanto los aspectos positivos como los negativos de la fragmentación como expresión de la diversificación y expansión del derecho internacional. El Grupo de Estudio decidió cumplir su tarea sobre la base del calendario provisional,

⁵⁸⁶ Los documentos pueden solicitarse a la División de la Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

⁵⁸⁷ *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párrs. 415 a 435.

el programa de trabajo y la metodología aprobados en su período de sesiones de 2003⁵⁸⁸.

302. El Grupo de Estudio acogió con satisfacción las observaciones formuladas en la Sexta Comisión durante el quincuagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, en 2003. Observó que las decisiones relativas a la dirección de los trabajos del Grupo de Estudio habían recibido respaldo general. En especial, la decisión de concentrarse en las cuestiones de fondo y de dejar de lado las repercusiones institucionales de la fragmentación, así como la decisión de centrar los trabajos en la Convención de Viena de 1969, habían parecido aceptables a los miembros de la Sexta Comisión. El Grupo de Estudio también tomó nota del deseo expresado por las delegaciones de que llegara en sus trabajos a conclusiones prácticas. A este respecto, el Grupo de Estudio también examinó la cuestión del resultado final de su labor. Si bien algunos miembros del Grupo de Estudio estimaban que el objetivo debía ser la elaboración de unas directrices con sus comentarios, otros eran escépticos en cuanto a la posibilidad de realizar una labor normativa. Ahora bien, hubo acuerdo en que la actividad analítica sería por sí misma de utilidad y que como mínimo el Grupo de Estudio debía emitir sus propias conclusiones, sobre la base de los estudios, con respecto a la naturaleza y las consecuencias del fenómeno de la «fragmentación» del derecho internacional. El Grupo de Estudio confirmó su intención de elaborar como resultado de sus trabajos un documento de síntesis sobre las cuestiones de fondo. Este documento se presentaría a la Comisión en 2006. En él figurarían los aspectos esenciales de los distintos informes elaborados por los miembros del Grupo de Estudio, tal como habían sido modificados y completados durante los debates en el seno del Grupo. Ese documento final constaría de dos partes: *a*) un estudio de fondo sobre el tema, y *b*) un breve resumen de las conclusiones propuestas, así como, en su caso, unas directrices sobre la manera de tratar la cuestión de la fragmentación.

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

303. El Grupo de Estudio comenzó el examen de fondo del estudio elaborado por el Presidente sobre «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los “regímenes autónomos” (*self-contained regimes*)». El estudio incluía a modo de preámbulo una tipología de la fragmentación, basada en la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de 2003. La tipología distinguía entre tres clases de fragmentación: *a*) la fragmentación derivada de interpretaciones antagónicas del derecho general; *b*) la fragmentación resultante de la aparición de un derecho especial como excepción al derecho general; *c*) la fragmentación dimanante del conflicto entre diferentes tipos de derecho especial. Como estas distinciones ya se habían aprobado en 2003, no era necesario examinarlas en esta ocasión. En lugar de ello, el Grupo de Estudio decidió pasar directamente al fondo del estudio. Éste se dividía en dos partes. La primera versaba sobre el principio de la *lex specialis*, mientras que la segunda giraba en torno a los «regímenes autónomos».

a) *Lex specialis*

304. Al presentar la parte del estudio dedicada a la función y el alcance de la norma de la *lex specialis*, el Presidente recalcó varios puntos. Primero, que el recurso a la norma de la *lex specialis* era un aspecto del razonamiento jurídico que se relacionaba estrechamente con la idea del derecho internacional como sistema jurídico. El principio de la *lex specialis* tenía por objeto armonizar las normas en conflicto mediante la interpretación o el establecimiento entre ellas de relaciones de primacía definidas. En realidad, dijo, a menudo era difícil distinguir entre ambos aspectos del funcionamiento de esta técnica: la interpretación de un derecho especial a la luz del derecho general y el descarte del derecho general en razón de un conflicto con una norma específica. Puso de relieve el carácter relacional de la distinción entre lo general y lo especial. Una norma nunca era «general» o «especial» en abstracto, sino siempre en relación con otra norma. El carácter «especial» de una norma podía derivarse, por ejemplo, del número de Estados a los que se aplicaba o de la extensión de la materia. Una norma (por ejemplo un tratado de buena vecindad) podía ser especial en el primer sentido pero general en el segundo. La adopción de un enfoque sistemático era importante precisamente para no hacerse una idea demasiado formal o rígida de la *lex specialis*. Su aplicación siempre estaba condicionada por el entorno del sistema jurídico al que pertenecía.

305. Segundo, el Presidente observó que el principio de que el derecho especial constituía una excepción al derecho general era un principio tradicional y ampliamente aceptado como regla de interpretación jurídica y técnica de solución de los conflictos de normas. Existía una amplia jurisprudencia que recurría a la técnica de la *lex specialis*. La Comisión también había aprobado ese principio en el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁵⁸⁹. El Presidente atribuía la aceptación de la norma de la *lex specialis* a su eficacia como método de razonamiento: era pragmática, más clara y más precisa, por lo que se la consideraba «más estricta», «más vinculante» que la norma general. Además, la norma especial regulaba la materia que constituía su objeto de manera más eficaz y eficiente, y su utilidad residía en que reflejaba mejor la voluntad de las partes.

306. Tercero, el Presidente distinguió entre cuatro situaciones en que la norma de la *lex specialis* había sido aplicada en la jurisprudencia; así, la norma puede aplicarse para determinar la relación: *a*) entre dos disposiciones (especial y general) dentro de un mismo instrumento, como en el arbitraje relativo al *Canal de Beagle*⁵⁹⁰; *b*) entre las disposiciones de dos instrumentos diferentes, como en el asunto *Mavrommatis*⁵⁹¹, y de manera más

⁵⁸⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 149.

⁵⁹⁰ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (n.º de venta: E/F.95.V.2), pág. 53. Véase también *International Law Reports*, vol. 52 (1979), pág. 97.

⁵⁹¹ *Concessions Mavrommatis en Palestine* (véase la nota 31 *supra*), en particular pág. 31.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 424 a 428.

típica en un entorno sistémico como el de la OMC⁵⁹²; c) entre un tratado y una norma no convencional, como sucedió en el asunto *INA Corporation*⁵⁹³, y d) entre dos normas no convencionales, como en el asunto *Droit de passage sur territoire indien*⁵⁹⁴, en el que se aplicó un razonamiento análogo aunque sin expresarlo en términos de *lex specialis*.

307. Cuarto, el Presidente sugirió que si bien no existía una jerarquía formal entre las fuentes de derecho internacional, había cierto tipo de jerarquía informal que surgía pragmáticamente como un aspecto «forense» o «natural» del razonamiento jurídico, que prefería la norma especial a la más general. El Presidente sugirió que esta jerarquía pragmática era expresión de la base consensual del derecho internacional: a menudo se daba preferencia a la norma especial porque no sólo reflejaba mejor las necesidades del contexto, sino porque reflejaba mejor el propósito de quienes debían quedar vinculados por ella.

308. Quinto, el Presidente señaló que había dos maneras en que el derecho tenía en cuenta la relación de una norma particular con una general. En el primer caso, la norma especial podía verse como una *aplicación, profundización o actualización* de una norma general. En el segundo, la norma especial se consideraba, por el contrario, como una *modificación, reformulación o exclusión* de la norma general (por ejemplo, la *lex specialis* es una excepción a la norma general). El Presidente insistió en que a menudo era imposible decir si una norma debía considerarse como «aplicación» o como «exclusión» de otra norma. En alguna medida esta distinción —y con ello la distinción entre la *lex specialis* como norma de interpretación y como norma de conflicto— era artificial. Ambos aspectos eran por tanto pertinentes en el estudio de la *lex specialis*. El Presidente hizo hincapié en que incluso en las situaciones en que la norma se utilizaba como técnica de solución de los conflictos, no extinguía en su totalidad la disposición jurídica general que quedaba excluida en el momento de su aplicación, pues ésta se mantendría «en un segundo plano» y afectaría a la interpretación de aquella.

309. Sexto, el Presidente señaló que en su mayor parte el derecho internacional general era de carácter dispositivo, vale decir, que la *lex specialis* podía dejarlo sin efecto. Sin embargo, había circunstancias en que el derecho general

prohibía expresamente cualquier modificación que lo dejara sin efecto o en que esa prohibición se derivaba de la naturaleza del derecho general. El caso más conocido era el *jus cogens*. Ahora bien, fuera de ese caso existían también otras situaciones en que no se permitía apartarse del derecho internacional general. Los elementos pertinentes que había que tomar en consideración eran por ejemplo los beneficiarios de la obligación y si la derogación podía prohibirse, por ejemplo, cuando era posible que alterase el equilibrio establecido con arreglo a un tratado general entre los derechos y las obligaciones de las partes.

310. Por último, el Presidente observó que existía un aspecto de la cuestión de la *lex specialis* al que no se había referido en su informe, concretamente la cuestión de los regímenes regionales y del regionalismo. Elaboraría un informe complementario sobre esta cuestión para el Grupo de Estudio en 2005. El Grupo de Estudio recibió con agrado esta sugerencia.

311. El Grupo de Estudio aprobó la perspectiva «sistémica» adoptada en el estudio y la conclusión de que el derecho internacional general permanecía siempre subyacente tras las normas y los regímenes especiales. Incluso teniendo en cuenta que una norma de derecho especial a veces se apartaba del derecho general, asuntos como el del *Droit de passage sur territoire indien* o el *Projet Gabcikovo-Nagyvaros*⁵⁹⁵ demostraban que el derecho general no quedaba por ello excluido, sino que continuaba teniendo efecto «en un segundo plano». Algunos miembros del Grupo de Estudio se preguntaban sin embargo si sería posible describir más claramente lo que esto significaba en la práctica. Se afirmó que el estudio de la jurisprudencia arrojaba una luz muy útil sobre el papel y funcionamiento del principio de la *lex specialis* como técnica de razonamiento jurídico en derecho internacional. El Grupo de Estudio estuvo de acuerdo, sin embargo, en que no habría motivo —en realidad no existían posibilidades— de elaborar normas estrictas o formales para la aplicación de ese principio. A veces el principio funcionaba como una regla de interpretación y otras como una técnica de solución de conflictos. La forma en la que debía utilizarse dependía de la situación, en particular del entorno normativo. Se señaló que, además de lo que se había dicho en el estudio, existía una distinción entre la utilización del principio para dejar sin efecto una disposición jurídica y su empleo para el *desarrollo* del derecho, y que la proximidad de esos dos aspectos ponía de realce su naturaleza informal y dependiente del contexto. Lo mismo era cierto con respecto a una distinción conexas: la que existía entre el carácter permisible de una derogación y la determinación del contenido de la norma derogatoria. Por ejemplo, incluso si la derogación estuviera prohibida, la *lex specialis* podría seguir siendo aplicable como «desarrollo» de la norma correspondiente.

312. En el debate del Grupo de Estudio se dio amplio respaldo a las conclusiones del estudio. A la vez se hizo hincapié en algunos aspectos especiales. Se señaló que la dimensión temporal —en otras palabras la relación entre la *lex specialis* y la *lex posterior*— no se había examinado a fondo en el estudio. Ahora bien, se convino en que la forma en que esto debía encararse también dependía del

⁵⁹² Véanse por ejemplo OMC, *Turquía-Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, informe del Grupo Especial (WT/DS34/R), de 31 de mayo de 1999, párr. 9.92; *Indonesia-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, informe del Grupo Especial (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R), de 2 de julio de 1998, párr. 14.28, e *India-Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales*, informe del Grupo Especial (WT/DS90/R), de 6 de abril de 1999, párr. 4.20. Véase también, por ejemplo, dentro de la Unión Europea, *JT's Corporation Ltd. c. Commission des Communautés européennes* (asunto T-123/99), fallo de 12 de octubre de 2000, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance 2000-9/10*, parte II, Tribunal de Primera Instancia, pág. 3269, en particular pág. 3292, párr. 50.

⁵⁹³ Véase *INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, caso n.º 161, 12 de agosto de 1985, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 8, pág. 373, en particular pág. 378.

⁵⁹⁴ *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, C.I.J. *Recueil 1960*, pág. 6, en particular pág. 44.

⁵⁹⁵ Véase la nota 404 *supra*.

contexto, lo que incluía la referencia a la voluntad de las partes.

313. Algunos miembros del Grupo de Estudio dudaban de la sugerencia de que el principio de la *lex specialis* entrañara una jerarquía informal. En su opinión no existía jerarquía, ni formal ni informal, entre las fuentes del derecho internacional. Si habitualmente se daba primacía a un tratado sobre la costumbre general no era debido a una jerarquía de derecho, sino simplemente a la necesidad de dar efecto a la voluntad de las partes; no podía excluirse que por el mismo motivo una costumbre especial pudiese tener primacía sobre un tratado general. En todo caso, existían motivos para distinguir entre la jerarquía de las fuentes del derecho y la jerarquía de las normas jurídicas. También hubo cierta crítica al tratamiento dado por el Presidente a la cuestión de la posibilidad de apartarse del derecho general. Fuera de la cuestión del *jus cogens*, la del carácter permisible de la derogación seguía constituyendo una materia no aclarada.

b) Regímenes autónomos (especiales)

314. Al presentar la parte de su estudio relativa a los regímenes autónomos, el Presidente señaló que la idea central del informe preliminar era poner de relieve que el derecho general conservaba su importancia. Esto era natural, afirmó, pues la razón fundamental de ambos era la misma. Los regímenes autónomos eran una subcategoría de *lex specialis*.

315. El Presidente observó que la expresión «regímenes autónomos» se había utilizado en tres sentidos algo diferentes. El punto de partida de su análisis era el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado aprobado por la Comisión en 2001⁵⁹⁶, que daba dos ejemplos a este respecto: la sentencia dictada por la CPJI en el asunto del *Vapor Wimbledon*⁵⁹⁷ y la sentencia dictada por la CIJ en el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*⁵⁹⁸. Ahora bien, estos asuntos concernían a situaciones algo diferentes. El primero (sentido amplio) se refería a una serie de disposiciones convencionales que versaban sobre una misma cuestión (concretamente las disposiciones del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) relativas a la navegación en el canal de Kiel). El segundo (sentido restringido) hacía referencia a un conjunto especial de normas secundarias (concretamente las normas de derecho diplomático) cuya primacía se invocaba con respecto a las normas generales sobre la responsabilidad del Estado relativas a las consecuencias de un hecho ilícito. El sentido más amplio designaba un conjunto especial de normas y principios relativos a la gestión de un problema determinado; el sentido restringido concernía a un régimen especial —*lex specialis*— de la responsabilidad del Estado. El Presidente señaló que en ciertos aspectos la terminología utilizada era problemática. Especialmente desafortunada era la distinción que la Comisión hacía en su comentario entre formas «fuertes»

y «débiles» de *lex specialis* y al relacionar los regímenes autónomos con estas últimas. Los regímenes autónomos no eran ni más fuertes ni más débiles que otras formas de *lex specialis*.

316. En un tercer sentido, que se planteó para estimular el debate en la materia, la expresión regímenes autónomos (especiales) se empleaba a veces en los comentarios y la práctica académicos para describir esferas completas de especialización funcional u orientación teleológica en el sentido de estimar que se aplicaban normas y técnicas especiales de interpretación y administración (por ejemplo, una rama especial del derecho internacional con sus propios principios, instituciones y teleología, tal como la «normativa de los derechos humanos», el «derecho de la OMC», el derecho humanitario, etc.). Por ejemplo, la CIJ recurrió a esas distinciones en su opinión consultiva emitida en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁵⁹⁹. El Presidente afirmó que los tres sentidos de «régimen autónomo» no siempre se distinguían claramente uno de otro.

317. Los Relatores Especiales de la Comisión habían utilizado constantemente el concepto de «regímenes autónomos» tanto en sentido estricto como amplio, conforme a lo descrito anteriormente. Aunque los Relatores Especiales sostuvieron que los Estados estaban facultados para establecer regímenes autónomos de responsabilidad del Estado, nunca se ha pretendido que tales regímenes constituyeran «circuitos jurídicos cerrados». La Comisión no ha tratado con detalle la cuestión de la aplicación supletoria de las normas generales en las situaciones que no se rigen expresamente por el «régimen autónomo». Ahora bien, la cuestión de un posible «retorno» al derecho general en caso de que el régimen autónomo no pudiera funcionar en la forma esperada fue estudiada por los Relatores Especiales Riphagen y Arangio Ruiz, y ambos consideraron absolutamente evidente que en esos casos debía estar permitido recurrir a las normas jurídicas generales. La conclusión principal de los debates anteriores de la Comisión era que ni la Comisión ni los Relatores Especiales —ni ninguno de los asuntos examinados regularmente a este respecto— daban por entendido que las normas especiales estarían totalmente aisladas del derecho internacional general.

318. El Presidente manifestó que, en realidad, la expresión «régimen autónomo» era una denominación equivocada por cuanto no existía un conjunto de normas —en sentido estricto o en sentido amplio— que estuviera aislado del derecho general. Dudaba incluso de que tal aislamiento fuera siquiera posible: un régimen podía recibir (o no recibir) fuerza jurídica obligatoria («validez») sólo por referencia a normas o principios (válidos y obligatorios) *exteriores a él*.

319. El Presidente concluyó que el derecho general tenía un doble papel con respecto a cualquier régimen especial. Primero, proporcionaba el marco normativo y suplía los aspectos del funcionamiento del régimen especial que

⁵⁹⁶ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 149.

⁵⁹⁷ *Vapeur Wimbledon, 1923, C.P.J.I. série A n.º 1*, págs. 23 y 24.

⁵⁹⁸ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (el llamado «asunto de los rehenes») (véase la nota 175 *supra*), pág. 40, párr. 86.

⁵⁹⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226, en particular págs. 239, 241, 243, 244 y 247, párrs. 24, 27, 34, 37 y 51. [Existe una versión en español publicada en forma mimeografiada con la signatura A/51/218, documento de la Asamblea General de 19 de julio de 1996, anexo.]

éste no había previsto. Por ejemplo, la determinación de si una entidad era o no un «Estado» o si ejercía soberanía sobre un territorio eran cuestiones que casi siempre habría que tratar en el marco del derecho general. Segundo, las normas de derecho general se aplicaban también si el régimen especial no funcionaba adecuadamente. Por lo tanto, el Presidente indicó que en los trabajos futuros sobre los regímenes especiales las principales cuestiones de interés se referían a: *a)* las condiciones de la creación de un régimen especial; *b)* el ámbito de aplicación del régimen con respecto al derecho internacional general en circunstancias normales; *c)* las condiciones del «retorno» a las normas generales si fracasaba el régimen especial.

320. Por lo que respecta a las condiciones de la creación de regímenes especiales, se sugirió que las normas relativas a la derogación aplicables en materia de *lex specialis* también debían aplicarse a los regímenes especiales. De ese modo, no obstante las normas imperativas y ciertos otros casos de inderogabilidad, generalmente era posible apartarse del derecho general.

321. En lo que se refiere a la relación entre el régimen especial y el derecho internacional general en circunstancias normales, generalmente se determinaba mediante la interpretación de los tratados que constituían el régimen. Basándose en ejemplos tomados de los regímenes de derechos humanos⁶⁰⁰ y del derecho de la OMC⁶⁰¹, el Presidente señaló que en ninguno de los regímenes convencionales existentes se excluía la aplicación del derecho internacional general. Por el contrario, los órganos creados en virtud de tratados invocaban constantemente el derecho internacional general. Esto no se debía, insistió el Presidente, a un acto concreto de «incorporación». Tal como señaló la CIJ en el asunto de la sociedad *ELSI*⁶⁰², era propio de la naturaleza de los principios importantes de la costumbre general el que se aplicaran a falta de cláusulas

⁶⁰⁰ Véanse los asuntos *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 4, párr. 184; *McElhinney c. Irlanda*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 31253/96, Gran Sala, fallo de 21 de noviembre de 2001, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI, y *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 35763/97, Gran Sala, fallo de 21 de noviembre de 2001, *ibid.*, págs. 138 y 139, párr. 55. Véanse también los asuntos *Loizidou c. Turquie*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 15318/89, fallo de 18 de diciembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-VI, párr. 43; *Fogarty c. Royaume-Uni*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 37112/97, Gran Sala, fallo de 21 de noviembre de 2001, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI; y *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 52207/99, fallo de 12 de diciembre de 2001, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XII, pág. 333, párr. 57 (para este último caso, véase también *International Law Reports*, vol. 123 (2003), págs. 108 y 109). Véase asimismo L. Caflich y A. A. Cançado Trindade, «Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général», *Revue générale de droit international public*, vol. 108 (2004), págs. 10 y ss., en particular págs. 11 a 22.

⁶⁰¹ OMC, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS2/AB/R), de 29 de abril de 1996; *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública*, informe del Grupo Especial (WT/DS163/R), de 1.º de mayo de 2000, párr. 7.96; y *Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga: Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación (WT/DS58/AB/R), de 12 de octubre de 1998, párrs. 127 a 131.

⁶⁰² *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 140 *supra*), en pág. 42, párr. 50.

de derogación expresa. Nada en la práctica inducía a pensar que el derecho internacional general se aplicaría a los regímenes especiales únicamente como resultado de una incorporación. En realidad era difícil imaginar cómo los autores de esos regímenes podían convenir en *no* incorporar (es decir, excluir expresamente) los principios generales del derecho internacional. ¿De dónde emanaría el carácter vinculante de un acuerdo de ese tipo?

322. Por lo que hace al retorno a las normas generales si fracasa el régimen especial, se señaló que distaba mucho de estar claro lo que se entendía por «fracaso». No era posible fijar criterios generales para determinar lo que era un «fracaso del régimen» *in abstracto*. Al menos algunas de las vías abiertas ante los participantes en el régimen especial se definían en la propia Convención de Viena de 1969, y también las normas relativas a la responsabilidad del Estado podían ser pertinentes en tales situaciones.

323. El Presidente afirmó que la conclusión principal de su estudio era que la utilización actual del principio de la *lex specialis* o la aparición de regímenes convencionales especiales no había menoscabado gravemente la seguridad y la previsibilidad jurídicas, ni la igualdad de los sujetos de derecho. Estas técnicas eran expresión de preocupaciones legítimas y hondamente sentidas acerca del desarrollo económico, la protección de los derechos humanos y del medio ambiente y el regionalismo. El sistema no estaba en crisis.

324. También señaló que era forzoso reconocer que no existía ningún sistema homogéneo y jerárquico que permitiera superar los problemas derivados del conflicto de normas o de regímenes jurídicos. La exigencia de coherencia y de un pluralismo razonable seguirían apuntando en direcciones diferentes. Por eso, tal vez convendría prestar creciente atención a la forma en que la Convención de Viena de 1969 podría utilizarse para hacer frente a la colisión de normas y regímenes. También podría ser útil, sugirió, que se aclarara el concepto de «derecho internacional general» y la manera como operaba con respecto a normas y regímenes determinados.

325. En lo que se refiere a los trabajos futuros acerca de este último punto, el Presidente propuso, pues, que se hiciera hincapié en el funcionamiento de los regímenes especiales considerados en cada uno de los tres sentidos que se daban a la expresión. Un estudio futuro sobre esta cuestión podría definir: *a)* las condiciones de su establecimiento; *b)* su modo de funcionamiento autónomo; *c)* la función del derecho internacional general en esos regímenes, incluida la solución de los conflictos entre ellos; *d)* las condiciones y consecuencias del fracaso de un régimen.

326. En el debate posterior, el Grupo de Estudio tomó nota de la incertidumbre terminológica que había puesto de relieve el Presidente. Hubo acuerdo en que el concepto se utilizaba constantemente tanto en sentido estricto (es decir, para designar ciertas normas secundarias especiales de la responsabilidad del Estado) como en sentido amplio (es decir, para designar ciertas normas primarias y secundarias especiales sobre un problema específico). Los miembros del Grupo de Estudio observaron que la expresión «régimen especial» era, en su tercera acepción (es decir, en el sentido de campos enteros de especialización

funcional), un fenómeno enigmático que era preciso seguir estudiando para comprender plenamente la relación que generaba con el derecho general y con las otras dos formas de régimen especial examinadas en el informe.

327. Hubo acuerdo en que el concepto de «autonomía» designaba nada más la idea de «especialidad» del régimen. El Grupo de Estudio también observó que la distinción entre una «forma fuerte» y una «forma débil» de régimen especial debía abandonarse. Hubo amplio acuerdo en que el derecho general seguía aplicándose de diversas maneras incluso en el marco de los regímenes especiales. Sin embargo, la relación entre el régimen especial y el derecho general no podía ser definida por reglas generales.

328. Algunos miembros del Grupo de Estudio sugirieron que interpretar el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* como la formulación de un principio general que exigía que la derogación del derecho general se efectuara expresamente quizás fuera más ajustado a la realidad que entenderlo como una presunción contra la derogación.

329. El Grupo de Estudio hizo hincapié en que la cuestión de si un régimen había fracasado o no debía determinarse en función de los tratados constitutivos del régimen mismo. Aquí otra vez era imposible enunciar reglas generales. Sin embargo, también podía ser útil estudiar más a fondo las diferentes formas en que podía producirse ese fracaso. Se señaló asimismo que incumbía a las partes en el régimen especial decidir si ese régimen había fracasado y cuáles serían las consecuencias de ese fracaso.

330. El Grupo de Estudio observó que las dificultades que presentaba la relación entre lo general y lo especial eran relativas, y que las diferencias surgían según las circunstancias de cada caso. Se expresó cierto escepticismo acerca de la posibilidad de aclarar el concepto de «derecho internacional general». Se insistió en que cualquier esfuerzo en ese sentido debía girar en torno a la aplicación del derecho general en relación con las normas y regímenes particulares. A este respecto se hizo hincapié en que si bien la Convención de Viena de 1969 constituía un marco general, sus normas tenían carácter supletorio y podían a menudo ser sustituidas mediante acuerdo.

3. EXAMEN DEL ESQUEMA RELATIVO AL ESTUDIO DE LA APLICACIÓN DE TRATADOS SUCESIVOS CONCERNIENTES A LA MISMA MATERIA (ARTÍCULO 30 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS)

331. Para el examen del tema, el Grupo de Estudio se basó en un esquema y una presentación oral del Sr. Teodor Melescanu. En el esquema se pasaba revista, entre otras cosas, a los trabajos preparatorios que llevaron a la aprobación del artículo 30 de la Convención de Viena⁶⁰³ y se

analizaban las principales disposiciones de este artículo⁶⁰⁴, incluidos los principios básicos relacionados con su aplicación, es decir, el principio de jerarquía del párrafo 1, el principio de la *lex prior* del párrafo 2 y el principio de la *lex posterior* del párrafo 3 y el apartado *a* del párrafo 4. La aparición de tratados sucesivos concernientes a la misma materia era una consecuencia de la expansión de la cooperación internacional para atender a las nuevas necesidades que surgían en un entorno cambiante.

332. En general, el artículo 30 se centra en cuestiones pertinentes y no crea problemas graves de fragmentación. Sólo el apartado *b* del párrafo 4 del artículo 30 (que regula las relaciones entre un Estado que sea parte en dos o más tratados incompatibles y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos) daba lugar a una situación que merecía ser examinada. Se destacaron tres aspectos. En primer lugar, la mera celebración de un tratado posterior incompatible no daría lugar *per se* a una violación del derecho internacional sino que ésta se produciría únicamente en razón de su *aplicación*. En segundo lugar, el artículo 30 no regulaba expresamente la cuestión de la *validez* de los dos tratados incompatibles, sino sólo la de su *prioridad* relativa.

333. Asimismo, la disposición no versaba sobre las cuestiones concernientes a la suspensión o terminación ni abordaba la consecuencia jurídica de la violación de un tratado por el otro. En tercer lugar, las disposiciones del artículo 30 tenían carácter supletorio y, en ese sentido, no tenían carácter imperativo. Por último, se dejaba a la voluntad de los Estados la determinación de la prioridad entre tratados sucesivos de conformidad con sus intereses. A este respecto, se sugirió que una de las cuestiones en que podía centrarse el estudio era hasta qué punto la voluntad de los Estados podía ser limitada, en especial la voluntad del Estado que fuera parte en dos tratados incompatibles

⁶⁰⁴ El artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 dice:

«Artículo 30

Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.»

⁶⁰³ En lo que respecta a la labor de los Relatores Especiales Hersch Lauterpacht, Gerald Fitzmaurice y Humphrey Waldock, véanse *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, documento A/CN.4/63, págs. 90 y ss., especialmente págs. 156 a 159 [la versión en español de este informe se publicó en forma mimeografiada únicamente con la signatura A/CN.4/63, págs. 205 a 215]; *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, documento A/CN.4/87, págs. 123 y ss.; *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/115, págs. 21 y ss., y *Anuario... 1963*, vol. II, documento A/CN.4/156 y Add.1 a 3, págs. 42 y ss.

de escoger cuál de ellos iba a cumplir y cuál incumplir, con la consecuencia de incurrir en responsabilidad por la violación de sus obligaciones. La profundización del estudio de esta cuestión debía basarse en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina, en particular en el examen de principios como el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (un tratado no puede crear obligaciones ni derechos para un tercero sin su consentimiento; artículo 34 de la Convención de Viena de 1969) y el principio *prior tempore potior jure* (quien es primero en el tiempo es mejor en el derecho).

334. En sus deliberaciones, el Grupo de Estudio centró su atención en la orientación futura del estudio. Se reconoció que, en su mayor parte, el artículo 30 no planteaba serios problemas de fragmentación. La única situación que daría pie a un conflicto de normas no resuelto era la regulada en el apartado *b* del párrafo 4.

335. Con respecto al apartado *b* del párrafo 4, el Grupo de Estudio sugirió que quizás fuera útil estudiar el tratamiento de la cuestión y las decisiones adoptadas por los sucesivos relatores especiales del derecho de los tratados. El Grupo de Estudio aprobó la idea de hacer hincapié en si se podían imponer límites a la voluntad del Estado de escoger, entre los tratados incompatibles en que fuera parte, cuál de ellos iba a cumplir y cuál tendría que violar. Se planteó si unos criterios basados en la distinción entre el carácter recíproco, interdependiente o absoluto de las obligaciones, como la examinada en relación con la modificación de tratados *inter se* a tenor del artículo 41, podía aportar también una orientación para la aplicación del artículo 30.

336. Además del apartado *b* del párrafo 4, se determinaron otras dos cuestiones de posible interés: *a*) el caso de tratados bilaterales sucesivos concernientes a la misma materia y *b*) el caso de un tratado, multilateral o bilateral, que se aparta del derecho internacional consuetudinario. En lo que se refiere a la fragmentación, la opinión del Grupo de Estudio fue que el primer supuesto no era nada problemático. Con respecto al segundo, se sugirió que, aunque esta situación podía crear problemas, éstos eran de carácter general y no era necesario abordarlos en este contexto.

337. El Grupo de Estudio convino en que las disposiciones del artículo 30 tenían carácter supletorio. No obstante, algunos miembros se preguntaron si era correcto afirmar que no tenían fuerza imperativa. Las disposiciones recogían ideas razonables y ampliamente aceptadas. El Grupo también convino en que los conflictos generalmente sólo surgirían en el momento de la aplicación del tratado posterior, aunque se señaló también que, por lo menos en algunos casos, también podía surgir un conflicto en el momento mismo de la celebración del tratado posterior.

4. EXAMEN DEL ESQUEMA RELATIVO AL ESTUDIO DE LA MODIFICACIÓN DE TRATADOS MULTILATERALES ENTRE ALGUNAS DE LAS PARTES ÚNICAMENTE (ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS)

338. Para el examen del tema, el Grupo de Estudio se basó en un esquema y una presentación oral del Sr. Riad Daoudi. En el esquema se estudiaba, entre otras cosas, el contexto en que se aplicaba un acuerdo *inter se* a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Convención de Viena

de 1969⁶⁰⁵, lo que daba lugar a dos tipos de relaciones jurídicas: unas relaciones «generales» aplicables a todas las partes en el tratado multilateral y unas relaciones «especiales» aplicables a dos o más partes en el acuerdo *inter se*. El acuerdo *inter se*, pues, *modifica* la aplicación del tratado original sin *enmendarlo*. La relación entre el acuerdo general y el particular es análoga a la que existe entre la *lex generalis* y la *lex specialis*.

339. La idea principal del artículo 41 era permitir los acuerdos *inter se* pero asegurándose de que se preservaba la coherencia del tratado original. Las condiciones para celebrar un acuerdo *inter se* eran, en particular: *a*) la preservación de los derechos e intereses de las partes en el tratado multilateral original⁶⁰⁶; *b*) la no imposición de obligaciones o cargas adicionales a las partes en el acuerdo multilateral, y *c*) la preservación del objeto y el fin del tratado multilateral. Había, además, condiciones relativas a la notificación del acuerdo *inter se* a las demás partes y a su reacción al acuerdo.

340. En lo que se refiere a la incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado (art. 41, párr. 1 *b* ii)), la situación con respecto a un acuerdo *inter se* no parecía ser diferente de las normas aplicables en materia de reservas. Se sugirió que sería útil un criterio objetivo para determinar la admisibilidad de un acuerdo *inter se*. La modificación no era problemática en el caso de los tratados que establecían obligaciones recíprocas, es decir, cuando el tratado consistía fundamentalmente en una red de relaciones bilaterales⁶⁰⁷. La potestad de modificación era limitada con respecto a los tratados que enunciaban obligaciones interdependientes⁶⁰⁸ y absolutas⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ El artículo 41 de la Convención de Viena de 1969 dice:

«Artículo 41

Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente

1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

a) Si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o

b) Si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:

i) No afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y

ii) No se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que en caso previsto en el apartado *a*) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.»

⁶⁰⁶ Véase, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

⁶⁰⁷ Por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, de 1963.

⁶⁰⁸ Un tratado de desarme es un tratado interdependiente en la medida en que el cumplimiento por una parte de las obligaciones que le incumben es un requisito previo del cumplimiento por las otras partes de las que incumben a ellas. La violación por una parte es, en realidad, una violación respecto de todas las demás partes.

⁶⁰⁹ Un tratado de derechos humanos da lugar a obligaciones absolutas. Las obligaciones que impone son independientes y absolutas y su cumplimiento no depende del cumplimiento por las otras partes de las obligaciones que les incumben.

341. En el esquema se examinaba también la cuestión de las sanciones que entrañaba la violación del tratado multilateral por las partes en un acuerdo *inter se*. El texto del artículo 41 dejaba abiertas dos cuestiones: el efecto jurídico de una infracción del párrafo 1 que constituyese una violación grave, y el efecto jurídico de una objeción formulada después de que se hubiera hecho la notificación a que se refiere el párrafo 2 del artículo 41. El artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 establece las condiciones de la reacción a una violación grave por las partes sin definir lo que constituye «violación grave». Las normas sobre la responsabilidad del Estado se aplicarían al supuesto de la violación del tratado original por el acuerdo *inter se*.

342. El Grupo de Estudio señaló que el artículo 41 reflejaba la comprensible necesidad de que las partes permitiesen el desarrollo de la aplicación de un tratado mediante un acuerdo *inter se*. La relación entre el tratado original y el acuerdo *inter se* podía concebirse a veces como la existente entre un estándar mínimo y el ulterior desarrollo de éste. Por consiguiente, no planteaba normalmente dificultades atribuibles a la fragmentación. Las condiciones de admisibilidad de los acuerdos *inter se* tenían en cuenta los principios generales del derecho de los tratados tendentes a salvaguardar la integridad del tratado. Sin embargo, se señaló también que las condiciones de los acuerdos *inter se* no siempre guardaban relación con la naturaleza del acuerdo original sino también con la naturaleza de una *disposición* del mismo (art. 41, párr. 1 b ii). Las consecuencias de los acuerdos *inter se* inadmisibles no estaban reguladas expresamente en el artículo 41 y debían ser analizadas más a fondo.

343. Se pusieron de relieve las diferencias semánticas entre *modificación*, *enmienda* y *revisión* en la aplicación del artículo 41. Aunque eran expresiones técnicamente diferentes, esas diferencias no siempre estaban claramente definidas. Una modificación, por ejemplo, a veces podía interpretarse como una propuesta de enmienda. Se sugirió que se prestara alguna atención a ello en la continuación del estudio. Se indicó asimismo que quizá fuera útil examinar la relación entre los diferentes principios de coherencia, en particular las relaciones entre el artículo 30 (acuerdos sucesivos), el artículo 41 (modificación *inter se*) y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas (primacía de las obligaciones de la Carta).

344. También se consideró útil estudiar más detenidamente el papel que la «notificación» de los acuerdos *inter se* podía desempeñar en la práctica para reducir los casos de fragmentación. De ser posible, habría que examinar la práctica de la notificación a otros Estados y de la reacción de los otros Estados a esas notificaciones.

5. EXAMEN DEL ESQUEMA RELATIVO 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 SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS) EN EL CONTEXTO DE LA EVOLUCIÓN GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LAS PREOCUPACIONES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

345. El Grupo de Estudio basó su labor en un esquema y una exposición verbal del Sr. William Mansfield. En el esquema se abordaba, entre otras cosas, la función del

apartado c del párrafo 3 del artículo 31⁶¹⁰, en particular su interpretación textual, señalando que remitía a las *normas* de derecho internacional, que no se circunscribía al derecho internacional consuetudinario, que se refería a las normas tanto *pertinentes* como *aplicables*, y que no estaba limitado en lo temporal. El Grupo de Estudio analizó también el apartado c del párrafo 3 del artículo 31 a la luz de un documento de antecedentes utilizado por la Comisión para examinarlo⁶¹¹ y en la medida en que había sido invocado en varios asuntos ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos⁶¹², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶¹³ y la Corte Internacional de Justicia⁶¹⁴. Examinó además tres ejemplos concretos de su aplicación: el asunto relativo a la fábrica Mox ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Tribunal de Arbitraje del Convenio para la protección del medio marino del Atlántico nordeste (Convenio OSPAR) y el Tribunal de Arbitraje de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁶¹⁵; el asunto *Pope and Talbot Inc. v. Government of Canada* ante el Tribunal del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC)⁶¹⁶, y los

⁶¹⁰ El apartado c del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 dice así:

«Artículo 31

Regla general de interpretación

[...]

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

[...]

c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

[...]

⁶¹¹ Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock, *Anuario... 1964*, vol. II, documento A/CN.4/167 y Add.1 a 3, pág. 3, especialmente págs. 51 a 63. Véase también el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 16.º período de sesiones, *ibid.*, documento A/5809, pág. 167.

⁶¹² Asunto *Esphahanian v. Bank Tejarat* (1983) y asunto n.º A/18 (1984) (véase la nota 77 *supra*). También se invocó la disposición en un voto particular discrepante en el asunto *Grimm v. Iran* (1983), *ibid.*, 1984, vol. 2, pág. 78, sobre la cuestión de determinar si el hecho de que el Irán no hubiera protegido a un individuo podía constituir una medida que «afectase a los derechos patrimoniales» (pág. 81) de su esposa.

⁶¹³ Asunto *Golder*, sentencia de 21 de febrero de 1975, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 18. Véanse también los asuntos *Fogarty c. Royaume-Uni* (nota 600 *supra*); *McElhinney c. Irlande* (*ibid.*), y *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (*ibid.*).

⁶¹⁴ Asunto *Plates-formes pétrolières* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América), excepción preliminar, fallo, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 803 (el texto de la decisión puede consultarse también en *International Legal Materials*, vol. 42, n.º 6 (noviembre de 2003), pág. 1334). Véase también el voto particular concurrente del magistrado Weeramentry en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslavaquia) (nota 404 *supra*), pág. 114.

⁶¹⁵ Tribunal Internacional del Derecho del Mar: *Usine Mox* (Irlanda c. Reino Unido), medidas provisionales, providencia de 3 de diciembre de 2001, *TIDM Recueil 2001*, pág. 95.; Corte Permanente de Arbitraje: *Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)*, decisión definitiva, de 2 de julio de 2003, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (n.º de venta: E/F.04.V.15), pág. 59 (para este asunto véase también *International Legal Materials*, vol. 42 (2003), pág. 1118), y *The Mox Plant case*, providencia n.º 3, de 24 de junio de 2003, *International Legal Materials*, vol. 42 (2003), pág. 1187.

⁶¹⁶ Sentencia sobre el fondo, de 10 de abril de 2001, *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), pág. 102; sentencia relativa a la indemnización de daños y perjuicios, de 31 de mayo de 2002, *ibid.*, pág. 148; esta última sentencia puede consultarse también en *International Legal Materials*, vol. 41 (2002), pág. 1347.

asuntos *Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga: Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*⁶¹⁷ y *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*⁶¹⁸ en el contexto de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

346. En el esquema se llegaba a algunas conclusiones preliminares sobre cuestiones que no estaban resueltas en el texto del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 y se ofrecían algunas sugerencias para la labor futura. Se señalaban las limitaciones inherentes a la técnica de interpretación de tratados como medio para evitar la fragmentación en relación con el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31. Se observaba que dichas limitaciones tenían su origen en: *a*) el contexto diferente en que podían haberse elaborado y aplicado otras normas de derecho internacional, y *b*) el propósito de desarrollo progresivo del derecho internacional de muchos tratados.

347. Por regla general, no debía ser necesario remitirse a otras normas de derecho internacional a menos que el propio tratado suscitase un problema de interpretación. Normalmente se plantearía la necesidad de aplicar el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 en concreto si: *a*) la norma del tratado era poco clara y la ambigüedad pareciera resolverse mediante la remisión a un conjunto desarrollado de normas de derecho internacional; *b*) el sentido de los términos utilizados en el tratado estaba bien reconocido en el derecho internacional consuetudinario y por tanto se podía considerar que era ese el sentido que las partes habían tenido la intención de atribuirles, o *c*) los términos del tratado eran por naturaleza polisémicos y la remisión a otras fuentes del derecho internacional ayudaría a precisar el contenido de la norma⁶¹⁹.

348. En segundo lugar, se examinaba la intertemporalidad en su relación con la determinación del momento en que procedía aplicar otras normas de derecho internacional y la pertinencia de las normas en gestación. En tercer lugar, en el esquema se señalaban algunos problemas de la aplicación del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 que no habían quedado resueltos en el texto mediante la remisión a otros tratados aplicables en las relaciones entre las partes. En particular se planteaba la cuestión de determinar si era necesario que todas las partes en el tratado objeto de interpretación fuesen partes en el otro tratado al que se remitían o si bastaba que tan sólo algunas lo fueran.

349. El Grupo de Estudio subrayó que el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 era aplicable únicamente cuando había un problema de interpretación. En tal caso, la disposición se refería a ciertas normas que habían de «tenerse en cuenta» al proceder a la interpretación. Sin embargo, no indicaba ningún modo específico de hacerlo.

⁶¹⁷ Véase la nota 601 *supra*.

⁶¹⁸ OMC, informe del Órgano de Apelación (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R), de 16 de enero de 1998.

⁶¹⁹ Esta era la posición que se adoptó para interpretar el artículo XX del GATT en los litigios *Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga: Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón y Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* (véanse las notas 601 y 618 *supra*).

En particular, no quedaba implícito que esas otras normas debieran determinar la interpretación. Las diversas normas tendrían que ponderarse unas con otras debidamente conforme a las circunstancias. Se observó que el hecho de que el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 rara vez se invocara expresamente no debía velar su importancia como regla de interpretación de los tratados. Era sin duda esencial para promover la armonización y garantizar la unidad del orden jurídico internacional. Por lo tanto, merecía un estudio esmerado.

350. El Grupo de Estudio examinó largamente la cuestión de las normas a que hacía remisión el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31. Aunque era indudable que la disposición se refería a otras normas *convencionales* pertinentes y aplicables, no descartaba la aplicación de otras fuentes de derecho internacional, como el derecho consuetudinario y los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas. En el futuro estudio quizás debía prestarse atención al modo en que habían de aplicarse el derecho consuetudinario y otras normas pertinentes. Una vez más, aunque se entendía que la referencia era amplia, era útil tener presente que la interpretación debía basarse en la ponderación de todas las normas pertinentes.

351. El Grupo de Estudio también examinó la relación existente entre el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 y otras reglas de interpretación de tratados —por ejemplo, las relativas a la buena fe y al objeto y el fin del tratado— y sugirió que se prestase atención a su relación en general con el artículo 32. Se subrayó asimismo que había que tener en cuenta la existencia de conceptos «móviles» y el surgimiento de normas generalmente aceptadas por la comunidad internacional. Hubo quienes se preguntaron si seguía siendo válida la visión que se tenía del derecho intertemporal cuando se aprobó la Convención de Viena de 1969, habida cuenta de las numerosas transformaciones ocurridas desde entonces en el sistema internacional.

6. LA JERARQUÍA NORMATIVA EN DERECHO INTERNACIONAL: EL *JUS COGENS*, LAS OBLIGACIONES *ERGA OMNES* Y EL ARTÍCULO 103 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO NORMAS DE CONFLICTO

352. Para el examen de este tema, el Grupo de Estudio se basó en un esquema y una presentación oral del Sr. Zdzislaw Galicki. En el esquema se examinaba la naturaleza del tema en relación con la fragmentación del derecho internacional, comenzando por una breve descripción del *jus cogens*⁶²⁰, las obligaciones *erga omnes*⁶²¹ y la naturaleza de las obligaciones relativas al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas así como su aceptación y fundamento, y se observaba que el derecho internacional

⁶²⁰ Véase el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. Véanse también los artículos 41 y 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 121 y 134.

⁶²¹ Véase el asunto *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 40 *supra*), especialmente pág. 32. Véanse también los asuntos *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 15, especialmente pág. 23; *Timor oriental* (Portugal *c.* Australia), fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 90, especialmente pág. 102, y *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (nota 507 *supra*), especialmente pág. 616.

contemporáneo otorgaba a dichas normas y obligaciones primacía sobre otras normas. Se sugería que en la futura labor se analizaran esas categorías de normas y obligaciones. No se pretendía, pues, establecer ninguna jerarquía de fuentes de derecho.

353. En segundo lugar, en el esquema se trazaba una breve perspectiva del concepto de jerarquía normativa en derecho internacional. Se recordaba que el Grupo de Estudio había convenido en que, en esta materia, no siempre resultaba apropiado establecer analogías con los ordenamientos jurídicos internos. No había ninguna jerarquía de valores bien desarrollada y con autoridad en el derecho internacional y por tanto tampoco había ninguna jerarquía estable de técnicas para resolver los conflictos de normas⁶²². En consecuencia, la jerarquía era reflejo de un proceso de desarrollo del derecho. Dichas jerarquías a veces contribuían a la fragmentación del derecho y a veces a su unificación. Se sugería que en la futura labor se describieran los aspectos de esa evolución prestando especial atención a la aparición de jerarquías normativas.

354. En tercer lugar, el esquema aludía a la necesidad de abordar el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como *normas de conflicto*. Ello supondría examinar específicamente: *a)* su primacía respecto de las demás normas de derecho internacional en general; *b)* la relación jerárquica entre ellas, y *c)* las relaciones jerárquicas dentro de cada categoría (por ejemplo, normas de *jus cogens* en conflicto).

355. El Grupo de Estudio concentró su atención en la futura orientación del estudio. Se recalcó que el estudio debía ser de utilidad práctica y abstenerse de determinar jerarquías generales o absolutas. La jerarquía debía tratarse como un aspecto del razonamiento jurídico, en el

que era corriente utilizar dichas técnicas para dejar de lado normas secundarias por remisión a las más importantes. Esto era lo que significaba abordar esas técnicas como *normas de conflicto*. Convenía no extender demasiado el debate sobre la jerarquía sino limitarlo a su función en la solución de los conflictos de normas. Por otra parte, podía ser útil ilustrar de qué manera se manifestaba en la práctica la naturaleza evolutiva de estos conceptos jerárquicos.

356. El Grupo de Estudio observó que un debate demasiado teórico sobre este tema suscitaría cuestiones complejas y polémicas. Había que concentrarse en dar ejemplos de la utilización de las relaciones jerárquicas en la práctica y en la doctrina para resolver los conflictos de normas. Se podría quizás entonces definir los tipos de situaciones en que se han establecido relaciones jerárquicas.

357. También se consideró útil analizar las diferencias entre el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Algunos miembros se preguntaron si las obligaciones *erga omnes* entrañaban relaciones jerárquicas del mismo modo que el *jus cogens*. Se consideró igualmente que había que prestar atención a las consecuencias del uso de una relación jerárquica: ¿qué sucedería con la norma inferior desplazada por la superior? ¿Podría ello incidir en la responsabilidad del Estado?

358. Aunque la jerarquía podía a veces ser causa de fragmentación, el Grupo de Estudio subrayó que en la mayoría de los casos servía para salvaguardar la unidad del orden jurídico internacional. El Grupo apoyó la sugerencia de centrar el estudio en los posibles conflictos entre las tres técnicas jerárquicas, así como en los eventuales conflictos dentro de cada categoría. También se expresó apoyo a la idea de examinar la relación entre el presente estudio y las técnicas de interpretación analizadas en los demás estudios.

⁶²² Véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 506.