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

[Tema 11 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/L.682 y Add.1*

Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, elaborado por el Sr. Martti Koskenniemi**

[Original: inglés]
[13 de abril de 2006]

ÍNDICE

		Página
Abreviaturas y siglas		4
Nota referida a las citas		4
Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen		5
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-4	10
Capítulo		
I. LA FRAGMENTACIÓN COMO FENÓMENO	5-45	11
A. Antecedentes	5-20	11
B. ¿Qué es un «conflicto»?	21-26	14
C. El planteamiento de este estudio: la búsqueda de relaciones	27-36	15
D. Armonización: integración sistémica	37-43	17
E. Competencia frente a derecho aplicable	44-45	18
II. CONFLICTO ENTRE LA LEY ESPECIAL Y LA LEY GENERAL	46-222	19
A. Introducción	47-55	19
1. Fragmentación a consecuencia de las interpretaciones opuestas de la ley general	49-52	19
2. Fragmentación por la aparición de una ley especial como excepción a la ley general	53-54	20
3. La fragmentación como diferenciación entre tipos de leyes especiales	55	20
B. La función y el alcance del principio de la *lex specialis*	56-122	20
1. La *lex specialis* en el derecho internacional	56-87	20
a) La doctrina jurídica	56-67	20
b) La jurisprudencia	68-84	23
c) Una jerarquía oficiosa: el objeto de la *lex specialis*	85-87	26
2. Los dos tipos de referencia a la *lex specialis*	88-107	26
a) *Lex specialis* como aplicación o elaboración de *lege generali*	98-102	28
b) *Lex specialis* como excepción a la norma general	103-107	30

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/L.682/Corr.1.

** El Presidente agradece cordialmente la ayuda de varios colegas que han formulado comentarios sobre el tema y prestado asesoramiento y asistencia sobre cuestiones particulares. Deben mencionarse especialmente entre ellos el profesor Campbell McLachlan, el doctor Andreas Fischer-Lescano, el profesor Gunther Teubner, la profesora Emmanuelle Jouannet, el profesor Pierre-Marie Dupuy y la Sra. Isabelle Van Damme. Varios becarios de la Universidad de Nueva York prestaron asistencia durante las reuniones del Grupo de Estudio y reunieron material informativo sobre varios temas. Entre ellos cabe mencionar a la Sra. Gita Kothari, el Sr. Cade Mosley, el Sr. Peter Prows y la Sra. Olivia Maloney. Por otra parte, la Sra. Anna Huilaja, la Sra. Ilona Nieminen y el Sr. Varro Vooglaid, del Instituto Erik Castrén de Derecho Internacional y Derechos Humanos en Helsinki, proporcionaron ayuda en la investigación que se agradece profundamente. Por último, aunque no menos importante, hay que reconocer la asistencia prestada a lo largo de los años por la Sra. Anja Lindroos, de la Universidad de Helsinki. Sin sus cuidadosas notas de las reuniones del Grupo de Estudio y su investigación de antecedentes, el presente informe nunca se habría hecho realidad. No obstante, el contenido del presente informe, en particular las opiniones expresadas en el mismo, son responsabilidad exclusiva de su autor.

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
	3. Prohibición de la *lex specialis*	108-110	31
	4. El carácter relacional de la distinción general y especial	111-118	31
	a) La especialidad en relación con las partes	113-115	32
	b) La especialidad en cuanto a la materia	116-118	32
	5. Conclusión para la *lex specialis*: la omnipresencia de la «ley general»	119-122	33
	C. Regímenes autónomos (especiales)	123-190	33
	1. ¿Qué son los regímenes autónomos?	123-137	33
	2. Regímenes autónomos y labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado	138-152	37
	3. Relaciones entre regímenes autónomos ajenos a la responsabilidad del Estado y el derecho internacional general	153-190	41
	a) Creación de regímenes autónomos (especiales)	154-158	41
	b) Relación entre el régimen autónomo (especial) y el derecho general en circunstancias normales	159-185	42
	i) Ejemplo: regímenes de derechos humanos	161-164	42
	ii) Ejemplo: derecho de la Organización Mundial del Comercio	165-171	43
	iii) Conclusiones sobre la relación entre el régimen autónomo (especial) y el derecho internacional general en circunstancias normales	172-185	45
	c) Carácter supletorio de las normas generales debido a la falla del régimen autónomo	186-190	47
	4. Conclusiones sobre los regímenes autónomos	191-194	48
	D. Regionalismo	195-219	49
	1. ¿Qué es el «regionalismo»?	195-198	49
	2. El «regionalismo» como una serie de criterios y métodos para abordar el examen del derecho internacional	199-204	50
	3. El «regionalismo» como técnica de creación de derecho internacional	205-210	51
	4. El «regionalismo» como búsqueda de excepciones geográficas a las normas universales de derecho internacional	211-217	52
	5. Integración europea	218-219	54
	E. Conclusión sobre los conflictos entre derecho especial y derecho general	220-222	54
III.	Conflictos entre normas sucesivas	223-323	55
	A. El derecho general sobre los conflictos entre tratados anteriores y tratados posteriores	228-250	56
	1. Conflicto respecto de tratados entre partes idénticas	229-233	56
	2. Conflicto respecto de tratados entre partes no idénticas	234-250	57
	a) *Lex prior*	236-242	57
	b) *Lex posterior*	243-250	59
	B. Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: de la invalidez a la responsabilidad	251-266	60
	1. La cuestión de «la misma materia»	253-256	60
	2. Los debates en la Comisión de Derecho Internacional	257-266	61
	C. Cláusulas especiales	267-294	62
	1. Tipología de las cláusulas para la solución de conflictos	268-271	62
	2. Relaciones dentro del mismo régimen y entre diversos regímenes: tratados sobre el medio ambiente	272-282	64
	3. Cláusula relativa a los conflictos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea	283-288	66
	4. Cláusulas de desconexión	289-294	67
	D. Acuerdos *inter se*	295-323	69
	1. Condiciones aplicables a la celebración de acuerdos *inter se*	304-315	71
	a) Protección de los derechos e intereses de las partes en el tratado originario	305-308	71
	b) Preservación del objeto y el fin del tratado multilateral	309-313	72
	c) Otras situaciones	314-315	73
	2. Notificación a las demás partes y su reacción	316-318	74
	3. Consecuencias de la violación del tratado multilateral por las partes en un acuerdo *inter se*	319	74
	4. Conclusión sobre los acuerdos sucesivos	320-323	74

Capítulo	*Párrafos*	*Página*
IV. Relaciones de importancia: el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* como conflicto de normas	324-409	75
A. Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas	328-360	76
1. ¿Cuáles son las obligaciones que prevalecen?	331-332	76
2. ¿Qué significa que una obligación prevalece sobre otra?	333-340	77
3. Casos especiales	341-350	78
a) Conflictos con tratados entre Estados Miembros y Estados no miembros de las Naciones Unidas	341-343	78
b) Conflictos o normas de derecho internacional consuetudinario de carácter no imperativo	344-345	78
c) Conflictos con normas de *jus cogens*	346-350	79
4. Aplicación	351-360	80
B. *Jus cogens*	361-379	81
1. El efecto del *jus cogens*: invalidez de la norma que esté en oposición	365-373	82
2. El contenido del *jus cogens*	374-376	84
3. Jurisprudencia	377-379	85
C. Obligaciones *erga omnes*	380-409	86
1. De las obligaciones bilaterales a las obligaciones para con la «comunidad internacional en su conjunto»	382-390	86
2. ¿Con quién se tienen las obligaciones *erga omnes*?	391-398	88
3. Obligaciones *erga omnes partes*	399-403	89
4. La relación entre el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*	404-406	90
5. Conclusión	407-409	91
V. La integración sistémica y el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	410-480	91
A. Introducción. El «principio de integración sistémica»	410-423	91
B. El apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	424-432	94
1. Estructura	424-428	94
2. Los debates de la Comisión de Derecho Internacional	429-432	95
C. Jurisprudencia	433-460	96
1. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos	434	96
2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	435-438	96
3. Arbitraje en el asunto una central de reelaboración de mezcla de óxido (Mox Plant) y el Convenio OSPAR	439-442	97
4. Organización Mundial del Comercio	443-450	98
5. Corte Internacional de Justicia	451-460	100
D. Cuestiones especiales	461-480	102
1. Las normas que deben «tenerse en cuenta»	462-472	102
a) Derecho consuetudinario y principios generales	463-469	102
b) Otros elementos aplicables del derecho internacional convencional	470-472	104
2. La importancia de las obligaciones que han de tenerse en cuenta	473-474	105
3. Intertemporalidad y tendencias generales del derecho internacional	475-478	105
4. Conclusión	479-480	106
VI. Conclusiones generales	481-493	107
A. La naturaleza de la fragmentación	481-483	107
B. La perspectiva del presente estudio	484-490	107
C. Entre la coherencia y el pluralismo: sugerencias para ulteriores trabajos	491-493	109
1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como base del «derecho internacional de los conflictos»	109	109
2. Hacia un derecho de regímenes	497-499	110
3. La naturaleza y la aplicación del «derecho internacional general»	500-503	111
Anexo. Proyecto de conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»		113

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
OMC	Organización Mundial del Comercio
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

*

* *

AJIL	*American Journal of International Law*
ECHR/CEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions*. Todas las sentencias y una amplia selección de decisiones del Tribunal, incluidas las que no están publicadas en la serie, se pueden consultar en la base de datos sobre la jurisprudencia del Tribunal (HUDOC), disponible en el sitio web del Tribunal (www.echr.coe.int).
EJIL	*European Journal of International Law*
I.C.J. Pleadings/ C.I.J. Mémoires	Corte Internacional de Justicia, Pleadings, Oral Arguments, Documents/*Mémoires, plaidoiries et documents*; disponibles en el sitio web de la Corte (www.icj-cij.org).
I.C.J. Reports/ C.I.J. Recueil	Corte Internacional de Justicia, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders/Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. Todas las sentencias, opiniones consultivas y providencias de la Corte están disponibles en el sitio web de la Corte (www.icj-cij.org).
ILM	*International Legal Materials*
ILR	*International Law Reports*
IRAN-U.S. C.T.R.	*Iran-United States Claims Tribunal Reports*
ITLOS Reports/ TIDM Recueil	Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders/Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. La jurisprudencia del Tribunal puede consultarse en el sitio web del Tribunal (www.itlos.org), en francés e inglés.
P.C.I.J., Series A/ C.P.J.I. série A	Corte Permanente de Justicia Internacional, *Collection of Judgments/Recueil des arrêts* (núms. 1 a 24, hasta 1930 inclusive).
P.C.I.J., Series B/ C.P.J.I. série B	Corte Permanente de Justicia Internacional, Collection of Advisory Opinions/Recueil des avis consultatifs (núms. 1 a 18, hasta 1930 inclusive).
P.C.I.J., Series A/B/ C.P.J.I. série A/B	Corte Permanente de Justicia Internacional, *Judgments, Orders and Advisory Opinions/Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (núms. 40 a 80, a partir de 1931).
RGDIP	*Revue générale de droit international public*

*

* *

En el presente documento, por «Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia» debe entenderse el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991.

*

* *

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

En las citas, las palabras en cursiva seguidas de un asterisco no están en cursiva en el texto original.

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

*

* *

La dirección en Internet de la Comisión de Derecho Internacional es la siguiente: **https://legal.un.org/ilc/**.

Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen

	Fuente
Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña (Ginebra, 22 de agosto de 1864)	Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 14ª ed., Ginebra, 2011, pág. 22.
Acta General de la Conferencia de Berlín (Berlín, 26 de febrero de 1885)	*American Journal of International Law*, vol. 3, Supp. (1909), pág. 7. En español véase *Gaceta de Madrid*, núm. 185, de 4 de julio de 1885.
Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre: Convención IV relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907).	*Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, J. B. Scott (ed.), Nueva York, Oxford University Press, 1916.
Convenio sobre la Tutela de Menores (La Haya, 12 de junio de 1902)	F. Stoerk, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 2ª serie, vol. XXXI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1904, pág. 724.
Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de junio de 1919)	Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, núm. 1, febrero de 1920, pág. 3.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 3ª serie, vol. XI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1922, pág. 323.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Austria (Tratado de Paz de Saint-Germain) (Saint-Germain-en-Laye, 10 de septiembre de 1919)	Ibíd., pág. 691.
Reconstrucción de Austria. Protocolo núm. I (Declaración) (Ginebra, 4 de octubre de 1922)	Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. XII, núm. 334, pág. 385.
Tratado de Paz (entre el Imperio Británico, Francia, Italia, Japón, Grecia, Rumania, el Estado Serbio-Croata-Esloveno, y Turquía) (Tratado de Lausana) (Lausana, 24 de julio de 1923)	Ibíd., vol. XXVIII, núm. 701, pág. 11.
Protocolo sobre Ciertas Concesiones Otorgadas en el Imperio Otomano (Protocolo XII) (Lausana, 24 de julio de 1923)	Ibíd., núm. 707, pág. 203.
Convención Fijando las Reglas que Deben Observarse para la Concesión del Asilo (La Habana, 20 de febrero de 1928)	Ibíd., vol. CXXXII, núm. 3046, pág. 323.
Tratado General de Renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional (Pacto Kellogg-Briand) (París, 27 de agosto de 1928)	Ibíd., vol. XCIV, núm. 2137, pág. 57.
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (Ginebra, 30 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 55, núm. 814, pág. 187.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, núm. 1021, pág. 277.
Tratado del Atlántico Norte (Washington D.C., 4 de abril de 1949)	Ibíd., vol. 34, núm. 541, pág. 243.
Estatuto del Consejo de Europa (Londres, 5 de mayo de 1949)	Ibíd., vol. 87, núm. 1168, pág. 103.
Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (Convenios de Ginebra de 1949) (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Ibíd., vol. 75, núms. 970 a 973. En español véase CICR, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 14ª ed., Ginebra, 2011.
Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 973, pág. 287. En español véase CICR, *Manual del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 14ª ed., Ginebra, 2011, pág. 167.

	Fuente
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, 10 de octubre de 1979.
Convenio Europeo sobre las Formalidades Prescritas para Solicitudes de Patentes (París, 11 de diciembre de 1953)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 218, núm. 2952, pág. 27.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 294, núm. 4300, pág. 3. Véase también su versión consolidada, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 340, 10 de noviembre de 1997, pág. 173.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado EURATOM) (Roma, 25 de marzo de 1957)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1453, núm. 4301, pág. 445.
Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (Maastricht, 7 de febrero de 1992)	Ibíd., vol. 1755, núm. 30615, pág. 3.
Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (Tratado de Ámsterdam) (Ámsterdam, 2 de octubre de 1997)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 340, 10 de noviembre de 1997, pág. 1.
Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (Tratado de Niza) (Niza, 26 de febrero de 2001)	Ibíd., núm. C 80, 10 de marzo de 2001, pág. 1.
Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	
Convención sobre la Alta Mar	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 450, núm. 6465, pág. 11.
Convención sobre la Plataforma Continental	Ibíd., vol. 499, núm. 7302, pág. 311.
Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua	Ibíd., vol. 516, núm. 7477, pág. 205.
Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar	Ibíd., vol. 559, núm. 8164, pág. 285.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, núm. 7310, pág. 95.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, núm. 8638, pág. 261.
Convenio sobre la Unificación de Ciertos Elementos del Derecho de Patentes de Invención (Estrasburgo, 27 de noviembre de 1963)	Ibíd., vol. 1249, núm. 20401, pág. 369.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, núm. 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, núm. 14668, pág. 171, y vol. 1057, pág. 407.
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, núm. 14668, pág. 171.
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte (Nueva York, 15 de diciembre de 1989)	Ibíd., vol. 1642, núm. 14668, pág. 414.
Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967	Ibíd., vol. 828, núm. 11851, pág. 305. El texto del Convenio en su versión enmendada el 28 de septiembre de 1979 está disponible en el sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: https://wipolex.wipo.int/es/text/287557.
Convenio Europeo sobre Funciones Consulares (París, 11 de diciembre de 1967)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2757, núm. 48642, pág. 33.
Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (Londres, Moscú y Washington D.C., 1 de julio de 1968)	Ibíd., vol. 729, núm. 10485, pág. 161.
Convenio sobre la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil (Bruselas, 27 de septiembre de 1968)	Ibíd., vol. 1262, núm. 20747, pág. 153.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969) (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.
Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, núm. 17955, pág. 123.

	Fuente
Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)	Ibíd., vol. 974, núm. 14118, pág. 177.
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre Su Destrucción (Londres, Moscú y Washington D.C., 10 de abril de 1972)	Ibíd., vol. 1015, núm. 14860, pág. 163.
Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Washington D.C., 3 de marzo de 1973)	Ibíd., vol. 993, núm. 14537, pág. 243.
Convenio sobre la Protección del Rin contra la Contaminación por Cloruros (Bonn, 3 de diciembre de 1976)	Ibíd., vol. 1404, núm. 23469, pág. 59.
Protocolo Adicional al Convenio sobre la Protección del Rin contra la Contaminación por Cloruros (Bruselas, 25 de septiembre de 1991)	Ibíd., vol. 1840, núm. 23469, pág. 372.
Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (Bonn, 23 de junio de 1979)	Ibíd., vol. 1651, núm. 28395, pág. 333.
Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de dicha Custodia (Luxemburgo, 20 de mayo de 1980)	Ibíd., vol. 1496, núm. 25701, pág. 37. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 210, 1 de septiembre de 1984.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, núm. 31363, pág. 3.
Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (Nueva York, 4 de agosto de 1995)	Ibíd., vol. 2167, núm. 37924, pág. 3.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, núm. 24841, pág. 85.
Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Ibíd., vol. 1513, núm. 26164, pág. 293.
Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Montreal, 16 de septiembre de 1987)	Ibíd., vol. 1522, núm. 26369, pág. 3. El Protocolo en su forma ajustada y enmendada figura en: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Manual del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono*, 8ª ed., 2009.
Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga) (Rarotonga, 6 de agosto de 1985)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1445, núm. 24592, pág. 177.
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986) (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (Estrasburgo, 25 de enero de 1988)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1966, núm. 33610, pág. 215.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Ibíd., vol. 1582, núm. 27627, pág. 95.
Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	Ibíd., vol. 1673, núm. 28911, pág. 57.
Convenio sobre las Operaciones con Información Privilegiada y la Manipulación del Mercado (Estrasburgo, 20 de abril de 1989)	Ibíd., vol. 1704, núm. 29471, pág. 133.
Protocolo al Convenio sobre las Operaciones con Información Privilegiada y la Manipulación del Mercado (Estrasburgo, 11 de septiembre de 1989)	Ibíd.
Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza (Estrasburgo, 5 de mayo de 1989)	Ibíd., vol. 1966, núm. 33611, pág. 265. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96, de 22 de abril de 1998.
Convenio Europeo sobre Ciertos Aspectos Internacionales de la Quiebra (Estambul, 5 de junio de 1990)	Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 136.
Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1936, núm. 33207, pág. 269. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 81, 4 de abril de 2000.

	Fuente
Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2105, núm. 36605, pág. 457. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 61, 11 de marzo de 2000.
Protocolo sobre Responsabilidad Civil e Indemnización de Daños Causados por los Efectos Transfronterizos de Accidentes Industriales sobre las Aguas Transfronterizas, del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales y del Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales (Kiev, 21 de mayo de 2003)	ECE/MP.WAT/11.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.
Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Montreal, 29 de enero de 2000)	Ibíd., vol. 2226, núm. 30619, pág. 208.
Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Convenio OSPAR) (París, 22 de septiembre 1992)	Ibíd., vol. 2354, núm. 42279, pág. 67.
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (México D.F., Ottawa y Washington D.C., 17 de diciembre de 1992)	*Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Texto oficial*, 2ª ed., México D.F., M. A. Porrúa, 1998; disponible en el sitio web del secretariado del TLCAN: www.nafta-sec-alena.org.
Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (abierta a la firma en París el 13 de enero de 1993)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1975, núm. 33757, pág. 3.
Convención sobre la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur (Canberra, 10 de mayo de 1993)	Ibíd., vol. 1819, núm. 31155, pág. 359.
Convenio sobre la Responsabilidad Civil por Daños resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993)	Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 150.
Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 1867 a 1869, núm. 31874.
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994) (anexo 1A)	
Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) (anexo 1A)	
Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD) (anexo 2)	
Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias	
Convenio Europeo sobre los Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Ámbito de la Radiodifusión Transfronteriza Vía Satélite (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994)	Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 153.
Acuerdo relativo al Tráfico Ilícito por Mar, por el que se aplica el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Estrasburgo, 31 de enero de 1995)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2136, núm. 37251, pág. 79.
Convenio de UNIDROIT sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente (Roma, 24 de junio de 1995)	Ibíd., vol. 2421, núm. 43718, pág. 457. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 248, 16 de octubre de 2002.
Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en el Sudeste Asiático (Bangkok, 15 de diciembre de 1995)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1981, núm. 33873, pág. 129.
Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África (Tratado de Pelindaba) (El Cairo, 11 de abril de 1996)	A/50/426, anexo.
Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211.
Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (Roma, 17 de noviembre de 1997)	Ibíd., vol. 2367, núm. 1963, pág. 223.
Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Aarhus (Dinamarca), 25 de junio de 1998)	Ibíd., vol. 2161, núm. 37770, pág. 447.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibíd., vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

	Fuente
Convenio Europeo sobre la Promoción de un Voluntariado Transnacional a Largo Plazo para los Jóvenes (Estrasburgo, 11 de mayo de 2000)	Consejo de Europa, *European Treaty* Series, núm. 175.
Convenio Europeo sobre la Protección Jurídica de los Servicios de Acceso Condicional o Basados en Dicho Acceso (Estrasburgo, 24 de enero de 2001)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2246, núm. 39989, pág. 29.
Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (Roma, 3 de noviembre de 2001)	Ibíd., vol. 2400, núm. 43345, pág. 303.
Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Audiovisual (Estrasburgo, 8 de noviembre de 2001)	Ibíd., vol. 2569, núm. 45793, pág. 3.
Convenio sobre los Contactos relativos a la Infancia (Estrasburgo, 15 de mayo de 2003)	Ibíd., vol. 2464, núm. 44266, pág. 3.
Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005)	Ibíd., vol. 2488, núm. 44655, pág. 129. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 250, 16 de octubre de 2009.
Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Varsovia, 16 de mayo de 2005)	Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2569, núm. 45795, pág. 33.
Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005)	Ibíd., vol. 2569, núm. 45796, pág. 91.

Introducción

1. En su 52º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir el tema «Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional» en su programa de trabajo a largo plazo[1]. El año siguiente, la Asamblea General pidió a la Comisión que continuara el examen de los temas en ese programa a largo plazo. En su 54º período de sesiones, en 2002, la Comisión decidió incluir el tema, bajo un nuevo nombre «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», en su programa de trabajo y crear un Grupo de Estudio[2]. El Grupo de Estudio adoptó varias recomendaciones sobre los temas que habían de tratarse y pidió al que entonces era su Presidente, el Sr. Bruno Simma, que preparara un estudio sobre «La función y alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos"»[3]. En su 55º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión nombró Presidente del Grupo de Estudio al Sr. Martti Koskenniemi. El Grupo de Estudio fijó también un programa provisional de trabajo, distribuyó entre sus miembros los estudios decididos en el año anterior y acordó la metodología que había de adoptarse para ese trabajo[4].

2. En 2003, el Presidente del Grupo de Estudio presentó al Grupo un esquema para un estudio titulado «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)». Tras un debate preliminar sobre ese esquema, centrado en las cuestiones metodológicas y de fondo, el estudio definitivo sobre ese esquema se distribuyó a la Comisión el año siguiente[5]. Además del estudio, el Grupo había tenido también ante sí en 2004 los esquemas presentados por los miembros del Grupo de Estudio sobre los cuatro temas restantes. El Grupo celebró un debate a fondo sobre el informe del Presidente y dio algunas indicaciones a los demás miembros de la Comisión sobre la preparación de sus informes. Además, comenzó el debate de las «conclusiones» provisionales que podría sacar sobre la base de sus debates[6].

3. En 2005, la Comisión escuchó un informe del Presidente del Grupo de Estudio sobre el estado de los trabajos del Grupo, y tuvo un intercambio de opiniones sobre el tema. El Grupo de Estudio examinó un memorando sobre «regionalismo», preparado por su Presidente, y recibió informes definitivos sobre «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)»; «la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)», así como el informe final sobre «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». Además, el Grupo de Estudio recibió también un informe oficioso de uno de sus miembros sobre la «cláusula de desconexión». El Grupo de Estudio consideró que estaría en condiciones de presentar un estudio consolidado, así como una serie de conclusiones, directrices o principios, en el 58º período de sesiones de la Comisión en 2006[7].

4. El presente texto es el informe consolidado del Grupo de Estudio. Ha sido elaborado por su Presidente sobre la base de las directrices e informes presentados en el curso de cuatro años de trabajo por él mismo (sobre «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)») y por el Sr. Riad Daoudi («La modificación de los tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)»); el Sr. Zdzislaw Galicki («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»), el Sr. William Mansfield («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»), y el Sr. Teodor Melescanu («La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia»). Otros miembros de la Comisión participaron en las deliberaciones del Grupo de Estudio durante sus períodos de sesiones y su conocimiento especial facilitó considerablemente el debate de temas concretos. Además, el presente informe se complementa con un anexo que contiene la propuesta de proyecto de conclusiones que habrá de adoptar el Grupo de Estudio y remitir a la Comisión en 2006 para que tome las medidas oportunas.

---

[1] *Anuario… 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729. Véase también el estudio de Gerhard Hafner «Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional», ibíd., anexo, pág. 151.

[2] *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 492 a 494 y 511.

[3] Ibíd., párrs. 512 y 513. Los cinco temas eran los siguientes: *a*) «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)»; *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 sobre el Derecho de los Tratados) 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 de Viena sobre el Derecho de los Tratados)»; *d*) «La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)»; *e*) «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».

[4] *Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), párrs. 413 y 424 a 435.

[5] *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 298 a 358.

[6] Ibíd.

[7] *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párrs. 445 a 493.

CAPÍTULO I

La fragmentación como fenómeno

A. Antecedentes

5. Los antecedentes de la fragmentación fueron ya esbozados hace medio siglo por Wilfred Jenks, quien señaló en particular dos fenómenos. Por una parte, el mundo internacional carecía de un órgano legislativo general. En consecuencia:

> … los tratados normativos tienden a desarrollarse en diversos grupos históricos, funcionales y regionales separados entre sí y cuyas relaciones mutuas en muchos aspectos son análogas a las de los sistemas separados del derecho interno[8].

6. Con gran perspicacia, Jenks previó la necesidad de una estrecha analogía con el conflicto de normas para hacer frente a este tipo de fragmentación. Sería un derecho que regularía no solo los conflictos entre los ordenamientos jurídicos territoriales, sino los conflictos entre los regímenes de los tratados. La segunda razón del fenómeno la encontró en el propio derecho.

> Una de las fuentes más graves de conflicto entre los tratados normativos es el desarrollo incompleto del derecho que rige la revisión de los instrumentos multilaterales y define los efectos jurídicos de la revisión[9].

7. Hoy poco cabe añadir a este análisis. Naturalmente, el volumen de los tratados multilaterales «de carácter legislativo» se ha multiplicado en los últimos 50 años[10]. Además, han venido acompañados de diversos regímenes regulatorios más o menos oficiales entre los que no todos comparten la orientación de derecho público de la diplomacia multilateral[11]. Una de las características de la reciente vida internacional ha sido lo que los sociólogos han denominado «diferenciación funcional», es decir la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes. Esto sucede tanto a nivel nacional como internacional. Una paradoja bien conocida de la mundialización es que, si bien ha conducido a una creciente uniformación de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas y relativamente autónomas.

8. La fragmentación del mundo social internacional ha alcanzado significado jurídico especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos[12]. Lo que antes aparecía regido por el «derecho internacional general», se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el «derecho mercantil», el «derecho de los derechos humanos», el «derecho ambiental», el «derecho del mar», el «derecho europeo» e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el «derecho de las inversiones» o el «derecho internacional de los refugiados», etc. cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones. El problema, a juicio de los juristas, es que esa legislación y creación de instituciones especializadas tiende a producirse con relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho internacional. El resultado son conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales desviadas y quizá la pérdida de una perspectiva general del derecho[13].

9. Aunque es indudable la realidad y la importancia de la fragmentación, tanto en el aspecto legislativo como en el institucional, los juristas internacionales se han dividido en su evaluación del fenómeno. Algunos comentaristas han criticado acerbamente lo que consideran la erosión del derecho internacional general, la aparición de jurisprudencia contradictoria, la búsqueda del foro más favorable y la pérdida de la seguridad jurídica. Otros lo han considerado simplemente un problema técnico que ha surgido naturalmente con el aumento de la actividad jurídica internacional y que puede controlarse mediante la racionalización y la coordinación técnicas[14].

---

[8] C. W. Jenks, «The conflict of law-making treaties», *British Year Book of International Law 1953*, vol. 30, pág. 403.

[9] Ibíd.

[10] En el sistema de las Naciones Unidas están registrados más de 50.000 tratados. Véase C. J. Borgen, «Resolving treaty conflicts», *George Washington International Law Review*, vol. 37, núm. 3 (2005) págs. 573 y ss. En el siglo XX, se concluyeron aproximadamente 6.000 tratados multilaterales, de los cuales cerca del 30 % eran tratados generales, abiertos a la participación de todos los Estados (Ch. Ku, *Global Governance and the Changing Face of International Law*, Academic Council on the United Nations System, 2001, pág. 5).

[11] Entre los diversos estudios que examinan la diversificación de las fuentes de la regulación internacional son particularmente útiles los siguientes: E. Loquin y C. Kessedjian (eds.), *La mondialisation du droit*, París, Litec, 2000; y P. S. Berman (ed.), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005. La actividad de las organizaciones tradicionales se examina en J. E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005. Diferentes perspectivas de la legislación distinta de los tratados se presentan también en R. Wolfrum y V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, págs. 417 a 586; y R. D. Lipschutz y C. Fogel, «"Regulation for the rest of us?" Global civil society and the privatization of transnational regulation», en R. B. Hall y T. J. Biersteker (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, págs. 115 a 140.

[12] Véase en especial A. Fischer-Lescano y G. Teubner, «Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, núm. 4 (verano de 2004), págs. 999 a 1046. No obstante, la cuestión ya fue analizada con gran detalle en L. A. N. M. Barnhoorn y K. C. Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995.

[13] No debe olvidarse que la tradición del pluralismo jurídico trata precisamente de ocuparse de esos problemas. Hasta el momento, sin embargo, el pluralismo se ha centrado en el estudio de la coexistencia del derecho indígena y el derecho occidental en los antiguos territorios coloniales así como la aparición de tipos de derecho privado en las sociedades nacionales. Una famosa exposición del problema puede verse en S. E. Merry, «Legal pluralism», *Law and Society Review*, vol. 22, núm. 5 (1988), págs. 869 a 896, y de forma más reciente (y más crítica) S. Roberts, «After Government? On representing law without the State», *Modern Law Review*, vol. 68, núm. 1 (enero de 2005), págs. 1 a 24.

[14] La «fragmentación» es un tema muy frecuente de las publicaciones y conferencias académicas en la actualidad. Además de las fuentes citadas en la nota 11 *supra*, véanse también «Symposium Issue. The proliferation of international tribunals: piecing together the puzzle», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, núm. 4 (verano de 1999), págs. 679 a 970; A. Zimmermann

(Continuación en la página siguiente.)

10. Sin entrar en los detalles de los antecedentes políticos o sociológicos que han conducido a la aparición de sistemas de normas e instituciones especiales o especialistas, la mejor manera de explicar la naturaleza del problema jurídico quizás sea mediante un ejemplo práctico. La cuestión de los posibles efectos ambientales del funcionamiento de la instalación nuclear MOX Plant en Sellafield (Reino Unido) se ha planteado en tres procedimientos institucionales diferentes: un tribunal de arbitraje creado en virtud del anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el procedimiento de arreglo obligatorio de controversias en virtud del Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Convenio OSPAR), así como en virtud de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) ante el Tribunal de Justicia europeo. Tres complejos de normas parecen contemplar los mismos hechos: las normas (universales) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, las normas (regionales) del Convenio OSPAR, y las normas (regionales) de la Comunidad Europea/EURATOM. ¿Cuáles deberían ser determinantes? ¿Se trata principalmente de un problema sobre el derecho del mar, sobre la (posible) contaminación del mar del Norte o sobre las relaciones internas en la Comunidad Europea? El mero hecho de plantear tales cuestiones señala la dificultad de dar una respuesta. ¿Cuál es la relación entre esos complejos de normas si es que existe una relación en absoluto? ¿Qué principios deberían utilizarse para resolver un conflicto potencial entre ellos?

11. Pero el problema es aún más difícil. Al examinar la objeción británica a su competencia sobre la misma cuestión que actualmente está pendiente también ante el tribunal arbitral del Convenio OSPAR y el Tribunal de Justicia europeo, el Tribunal de Arbitraje creado en virtud del anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar señaló:

> Aun cuando el Convenio OSPAR, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado EURATOM contengan derechos u obligaciones similares o idénticos a los derechos establecidos en la Convención [de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar], los derechos y obligaciones previstos en esos acuerdos tienen una existencia separada de los previstos en esta Convención[15].

12. El Tribunal declaró que la aplicación de incluso las mismas normas por instituciones diferentes puede ser diferente debido a las «diferencias en los respectivos contexto, objeto y práctica prevista y posterior de las partes, y de los trabajos preparatorios»[16]. El Tribunal de Arbitraje de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reconoció que el significado de las normas y principios jurídicos dependen del contexto en que se aplican. Si el contexto, en particular el entorno normativo, es diferente, incluso disposiciones idénticas pueden parecer diferentes. ¿Pero qué significa esto para los objetivos de la certidumbre jurídica y la igualdad de los sujetos jurídicos?

13. El párrafo anterior plantea problemas de tipo institucional y sustantivo. Los primeros tienen que ver con la competencia de las distintas instituciones que aplican normas jurídicas internacionales y las relaciones jerárquicas entre ellas. La Comisión decidió dejar de lado esta cuestión. La cuestión de las competencias institucionales es mejor que las traten las propias instituciones. La Comisión, en cambio, ha deseado centrarse en la cuestión sustantiva: la división del derecho en «marcos» sumamente especializados que pretenden tener autonomía relativa entre sí y respecto del derecho general. ¿Cuáles son los efectos sustantivos de esa especialización? ¿Cómo debería entenderse la relación entre esos «marcos»? Con respecto al ejemplo anterior: ¿Cuál es la relación entre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que es un tratado ambiental, y un instrumento de integración regional?

14. La Comisión ha considerado que el tema tiene aspectos positivos y negativos, como lo prueba su reformulación del título del tema «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional». Por una parte, la fragmentación crea el peligro de normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorias e incompatibles entre sí. Por otra parte, refleja la rápida expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la diversificación de esos objetos y técnicas. El título parece indicar que, aunque hay «problemas», no son ni totalmente nuevos ni de tal naturaleza que no puedan tratarse mediante las técnicas que los juristas internacionales han utilizado para resolver los conflictos de normas que hayan surgido en el pasado.

15. La justificación de que la Comisión trate la fragmentación radica en que la aparición de tipos nuevos y especiales de derecho, de «regímenes autónomos» (*self-contained regimes*) y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente crea problemas de coherencia en derecho internacional. Los nuevos tipos de derecho especializado no surgen accidentalmente si no tratan de responder a nuevas necesidades técnicas y funcionales. La aparición del «derecho ambiental» es una respuesta a la creciente preocupación por el estado del medio ambiente internacional. El «derecho mercantil» surge como instrumento para regular las relaciones económicas e internacionales. El «derecho de los derechos humanos» pretende proteger los intereses de los individuos y el «derecho penal internacional» da expresión jurídica a la «lucha contra la impunidad». Cada complejo de normas o «régimen» llega con sus propios principios, su propia forma de pericia profesional y su propia «ética», que no

(Continuación de la nota 14.)

y R. Hoffmann (eds.), con la colaboración de H. Goeters, *Unity and Diversity in International Law: Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law, November 4-7, 2004*, Berlín, Duncker and Humblot, 2006; R. Huesa Vinaixa y K. Wellens (dirs.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international. Travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 mai 2005*, Bruselas, Bruyland, 2006. Un enérgico alegato a favor de la unidad figura en P.-M. Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000)», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2002*, vol. 297. Para más referencias, véase M. Koskenniemi y P. Leino, «Fragmentation of international law? Postmodern anxieties», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, núm. 3 (septiembre de 2002), págs. 553 a 579.

[15] *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, medidas provisionales, providencia de 3 de diciembre de 2001, *ITLOS Reports 2001*, págs. 95 y ss., en especial pág. 106, párr. 50; ILR, vol. 126, pág. 273.

[16] *ITLOS Reports 2001*, pág. 106, párr. 51; ILR, vol. 126, págs. 273 y 274.

coincide necesariamente con la ética de la especialización vecina. Por ejemplo, el «derecho mercantil» y el «derecho ambiental» tienen objetivos sumamente específicos y se basan en principios que a veces apuntan en direcciones diferentes. A fin de que el nuevo derecho sea eficiente, incluye a veces nuevos tipos de cláusulas de tratados o prácticas de tratados que quizás no sean compatibles con el antiguo derecho general o el derecho de otra rama especializada. Con mucha frecuencia surgen nuevas normas o regímenes precisamente a fin de apartarse de lo anteriormente dispuesto por el derecho general. Cuando esas desviaciones resultan generales y frecuentes, la que padece es la unidad del derecho.

16. Esas desviaciones no deberían entenderse como «errores» técnico-jurídicos. Reflejan los diferentes propósitos y preferencias de los actores en una sociedad pluralista (mundial). En condiciones de complejidad social, es inútil insistir en la unidad formal. Un derecho que no consiga expresar las diferencias experimentadas entre situaciones de hecho o entre los intereses o valores que parecen pertinentes en particulares problemas parecería totalmente inaceptable, utópico y autoritario al mismo tiempo[17] pero si la reglamentación a este respecto es un fenómeno «natural» (en efecto, el derecho internacional ya estaba relativamente «fragmentado» debido a la diversidad de sistemas jurídicos que participaban en él) no es tan evidente que la Comisión deba ocuparse de ello.

17. El punto de partida de este informe es que conviene proporcionar un marco conceptual en el que lo que quizá es inevitable pueda ser comprendido, evaluado y gestionado de una forma técnico-jurídica. Ese marco lo ofrece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969). Un aspecto que parece unir a la mayoría de los nuevos regímenes es que afirman que su fuerza vinculante se basa en el derecho de los tratados y así lo entienden los juristas que se ocupan de ellos. Como órgano que en su momento preparó la Convención de Viena de 1969, la Comisión está en perfectas condiciones de analizar la presunta fragmentación del derecho internacional desde esa perspectiva. Conviene subrayar lo que está en juego. Es decir que si bien, en términos sociológicos, la presente fragmentación presenta muchos rasgos nuevos, su intensidad difiere de fenómenos análogos del pasado, pero no obstante es una manifestación de la diversidad del mundo social internacional, calidad que siempre ha caracterizado al sistema internacional, en contraste con el contexto interno que es (relativamente) más homogéneo. La fragmentación del sistema jurídico internacional en «regímenes» técnicos, si se examina desde el punto de vista del derecho de los tratados, no es demasiado diferente de su tradicional fragmentación en regímenes territoriales más o menos autónomos denominados «sistemas jurídicos nacionales».

18. Por esto conviene tener presente el acervo de técnicas que ofrece el derecho tradicional para tratar las tensiones o conflictos entre normas y principios jurídicos. Lo común en estas técnicas es que tratan de establecer relaciones significativas entre esas normas y principios a fin de determinar cómo deben usarse en un conflicto o controversia determinados. El presente informe examina cuatro tipos de relaciones que los juristas tradicionalmente han considerado que se plantean en los conflictos normativos:

a) las relaciones entre el derecho especial y el derecho general (capítulo II);

b) las relaciones entre el derecho anterior y el derecho posterior (capítulo III);

c) las relaciones entre derechos de diferente rango jerárquico (capítulo IV); y

d) las relaciones del derecho con su «entorno normativo» más general (capítulo V).

19. Esas relaciones pueden entenderse de diversas formas. En un extremo de la gama está el caso en el que un derecho (norma, regla, principio, complejo de normas) simplemente invalida otro derecho. Esto sucede solamente en las relaciones jerárquicas en las que interviene el *jus cogens*. Con mucha mayor frecuencia la prioridad es «relativa». El «otro derecho» se deja de lado solo temporalmente y suele permitírsele que influencie «desde el fondo» la interpretación o aplicación del derecho prioritario. Está además el caso en el que dos normas se considera que actúan de forma concurrente, apoyándose recíprocamente entre sí. Al otro extremo de la gama está el caso en que, en definitiva, parece no haber conflicto ni divergencia en absoluto. Los derechos están en armonía.

20. El presente informe examinará esas relaciones en especial con referencia a la práctica de las cortes y los tribunales internacionales. Se parte del supuesto de que la «fragmentación» tradicional del derecho internacional ya ha dotado a los juristas de técnicas para hacer frente a normas y a sistemas de normas que apuntan en diferentes direcciones. Esto no significa anular la importancia de la reciente tendencia a la especialización funcional en los regímenes regulatorios. Pero indica que la evolución de los hechos tiene una importancia relativamente menor para el funcionamiento del razonamiento jurídico. Se considera importante que la «fragmentación» y la «coherencia» no son aspectos del mundo sino forman parte de la perspectiva del espectador. Lo que es nuevo e insólito cuestionará (por definición) las maneras habituales de pensar y de organizar el mundo. La novedad se presenta como «fragmentación» del mundo antiguo. En ese caso, la tarea del pensamiento consiste en hacer habitual lo insólito integrándolo en las pautas aceptadas de pensamiento o modificando esas pautas para que el nuevo fenómeno pueda encajarse en ellas. Naturalmente, siempre subsistirá cierta «disonancia cognitiva» entre el marco conceptual habitual y la nueva información recibida del mundo. Los problemas de coherencia planteados por el caso de la central MOX, por ejemplo, no estaban *ya* resueltos en algún cielo jurídico de forma que la única tarea consistiría en tratar de encontrar esa solución preexistente. Pero el hecho de que la posible superposición de normas o conflicto de normas entre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Convenio OSPAR y el derecho de las Comunidades Europeas no pueda resolverse de forma inmediata no significa que no pueda encuadrarse en las pautas habituales del razonamiento jurídico. Este informe trata del razonamiento jurídico. Aunque no pretende dar soluciones prefabricadas a

[17] La aparición del pluralismo jurídico internacional ha sido objeto de un amplio análisis en B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York, Routledge, 1995, especialmente págs. 114 y ss.

problemas como el de la central MOX ofrece un repertorio de técnicas con la ayuda del cual los juristas que se ocupen de ese problema (o de otra cuestión comparable) puedan llegar a una decisión razonada.

B. ¿Qué es un «conflicto»?

21. El presente informe examina técnicas para ocuparse de conflictos (o conflictos *prima facie*) sobre el fondo del derecho internacional. Esto plantea la cuestión de qué es un «conflicto». Esta cuestión puede abordarse desde dos perspectivas: la de la materia de las normas pertinentes o la de los sujetos jurídicos obligados por ellas. El artículo 30 de la Convención de Viena de 1969, por ejemplo, parece adoptar la primera perspectiva. Propone técnicas para ocuparse del problema de los tratados sucesivos concernientes a la «misma materia». Se dice a veces que esto elimina la aplicabilidad del artículo 30 cuando surge un conflicto, por ejemplo, entre un tratado convencional y un tratado medioambiental porque tratan de materias *diferentes*[18]. Pero esto no puede tener, como sucede con las denominaciones «derecho mercantil» o «derecho ambiental», valor normativo por sí mismo. Se trata solamente de denominaciones oficiosas que describen los instrumentos desde la perspectiva de intereses diferentes o de objetivos políticos diferentes. La mayoría de los instrumentos internacionales pueden calificarse desde diversas perspectivas: un tratado que se ocupe del comercio puede contener derechos humanos y consecuencias ambientales importantes y al revés. Un tratado, por ejemplo, sobre el transporte marítimo de productos químicos, se refiere por lo menos al derecho del mar, al derecho ambiental, al derecho mercantil y al derecho del transporte marítimo. Las denominaciones tienen menos que ver con la «naturaleza» del instrumento que con el interés desde el que se le califica.

22. Si el conflicto existiera solamente entre las normas concernientes a la «misma» materia, la forma en que se aplica un tratado dependería esencialmente de cómo se colocara en una clasificación (presuntamente) preexistente de diferentes materias. Pero tales clasificaciones no existen. Todo dependerá en realidad del éxito que se tenga en etiquetar a los instrumentos jurídicos como relacionados con el «comercio» en vez del «medio ambiente», el «derecho de los refugiados» en vez del «de los derechos humanos», el «derecho de las inversiones» en vez del «derecho del desarrollo». Examínese de nuevo el ejemplo del transporte marítimo de sustancias químicas. Si no hay normas claras sobre tal clasificación, y si toda clasificación depende del punto de vista desde el que se califica el instrumento, puede ser posible evitar la aparición del conflicto por lo que parece ser una elección totalmente arbitraria entre qué intereses son pertinentes y cuáles no lo son: desde la perspectiva de los aseguradores marítimos, por ejemplo, el caso trataría principalmente del transporte en tanto que, desde la perspectiva de una organización ambiental, el aspecto predominante sería el ambiental. El criterio de la «materia» conduce a una *reductio ad absurdum*. Por tanto, no puede ser decisivo a efectos de determinar si hay o no conflicto[19]. Como señaló Vierdag en su examen de este criterio respecto de los acuerdos sucesivos a la luz del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969:

> [e]l requisito de que los instrumentos se refieran al mismo tema parece plantear problemas sumamente difíciles en teoría, pero pueden resultar no tan difíciles en la práctica. Si el intento de aplicar simultáneamente dos normas a una serie de hechos o actos conduce a resultados incompatibles puede suponerse con seguridad que se cumple el criterio de la identidad[20].

23. Esto parece correcto. El criterio de la «misma materia» parece ya cumplido si dos normas o series de normas diferentes se invocan respecto de la misma materia o si, en otras palabras, como resultado de la interpretación, los tratados pertinentes parecen apuntar a direcciones diferentes en su aplicación por una parte.

24. Sin embargo, este no es el fin de la cuestión. ¿Qué significa «apuntar en dirección diferente»? Una noción estricta presumiría que existe conflicto si para una parte en los tratados solo resulta posible cumplir con una norma dejando de cumplir con otra norma. Esta es la situación básica de la incompatibilidad: cuando una obligación solo puede cumplirse dejando de cumplir otra obligación. Sin embargo, existen otras formas más laxas de entender la noción de conflicto[21]. Un tratado puede a veces frustrar los fines de otro tratado sin que haya ninguna incompatibilidad estricta entre sus disposiciones. Dos tratados o conjuntos de normas pueden tener justificaciones de fondo diferentes o surgir de diferentes políticas legislativas o apuntar a fines divergentes. El derecho de la inmunidad de los Estados y el derecho de los derechos humanos, por ejemplo, ilustran dos conjuntos de normas que tienen objetivos muy diferentes. El derecho mercantil y el derecho ambiental, también, parten de diferentes tipos de política y este hecho puede tener un efecto sobre cómo se interpretan o aplican las normas pertinentes. Aunque tales «conflictos de políticas» no conducen a incompatibilidades lógicas entre las obligaciones para una sola parte, pueden ser relevantes para la fragmentación[22].

25. El presente informe adopta una noción amplia de conflicto entendido como situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema. Centrarse en la simple incompatibilidad lógica confunde el razonamiento jurídico con la subsunción lógica. En efecto, toda decisión conllevará una interpretación y

---

[18] Borgen (nota 10 *supra*), págs. 603 y 604.

[19] Esto no significa que el hecho de que dos tratados pertenezcan o no al mismo «régimen» sea irrelevante para la forma en que se entiende su relación. Para más detalles véase en especial el capítulo III, secc. C.1, más abajo.

[20] E. W. Vierdag, «The time of the “conclusion” of a multilateral treaty: article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and related provisions», *British Year Book of International Law 1988*, vol. 59, pág. 100.

[21] El examen más a fondo es el realizado en J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, págs. 164 a 200 (señala la manera en que los órganos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) han utilizado una interpretación estricta del término «conflicto» como incompatibilidad). Véase también la distinción hecha por Jenks entre «conflictos» y «divergencias» (Jenks (nota 8 *supra*), págs. 425 a 427), y para una definición bastante estricta de «conflicto», véanse J. B. Mus, «Conflicts between treaties in international law», *Netherlands International Law Review*, vol. 45 (1998), págs. 214 a 217; S. A. Sadat-Akhavi, *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2003, págs. 5 a 7.

[22] Para un examen de la cuestión, véanse R. Wolfrum y N. Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, Berlín, Springer, 2003, págs. 6 a 13, y N. Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge. Völkervertragsrechtliche und institutionelle Ansätze*, Berlín, Springer, 2005, págs. 8 a 18 (una clasificación de los tipos de conflictos desde la incompatibilidad lógica hasta los conflictos políticos y la superposición de los ámbitos regulatorios).

una elección entre formulaciones de normas y significados alternativos que no pueden encajarse en el modelo de razonamiento lógico.

26. Los conflictos entre normas son un fenómeno que se da en todo ordenamiento jurídico. Además, todo ordenamiento jurídico dispone las maneras de resolverlos. La mayoría de los sistemas jurídicos conocen máximas tales como la *lex specialis* o *lex posterior* y, como se explicará con mucho más detalle posteriormente, también el derecho internacional. Los ordenamientos jurídicos internos tienen también firmes relaciones jerárquicas entre normas y sistemas de normas (además de instituciones jerárquicas para resolver los conflictos de normas). En derecho internacional, sin embargo, como se examinará también posteriormente en el capítulo IV, hay muchas menos jerarquías y éstas son menos firmes. Hay muchos tipos de principios interpretativos que pretenden ayudar a resolver los conflictos. No obstante, conviene coincidir con Jenks en que:

> Suponiendo, como debemos, que un cuerpo coherente de principios sobre el tema, no solo es deseable sino necesario, nos vemos obligados a reconocer que, aunque esos principios son útiles e incluso esenciales para conducirnos a conclusiones razonables en casos concretos, no tienen validez absoluta[23].

C. El planteamiento de este estudio: la búsqueda de relaciones

27. La averiguación de conflictos y la solución de conflictos forman parte del *razonamiento jurídico*, es decir, del proceso pragmático a través del cual los juristas interpretan y aplican a la ley formal. En este proceso, las normas jurídicas nunca o rara vez aparecen solas, sin relación con otras normas. Típicamente, incluso las normas únicas (primarias) establecen derechos y obligaciones individuales que suponen la existencia de normas (secundarias) que establecen las facultades de los órganos legislativos de promulgar, modificar o terminar esas normas, y la competencia de los órganos de aplicación de la ley para interpretarlas y aplicarlas.

28. Pero incluso las normas sustantivas primarias suelen aparecer en grupos, junto con las excepciones, las disposiciones para su aplicación técnica y otros principios interpretativos más amplios. La distinción habitual «reglas» y «principios» engloba un conjunto de relaciones típicas, a saber: las existentes entre las normas de un mayor o menor grado de abstracción. Así, una «regla» puede en ocasiones verse como la aplicación específica de un «principio» y entenderse como la *lex specialis* o *lex posterior* en relación al mismo, y resultar aplicable en su lugar. En tal caso, la distinción especial/general, o anterior/posterior no funciona como técnica de solución de conflictos sino como pauta de interpretación que indica que lo especial se debe interpretar a la vista de lo general, de lo que solamente es una particularidad o una elaboración[24].

29. Alternativamente, cabe entender que el principio general articula una justificación o una finalidad en relación con la regla específica (o posterior). Así, por ejemplo, las disposiciones sobre pesquerías en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pueden considerarse principios de base de los que los distintos tratados sobre los recursos de las pesquerías pueden considerarse como casos o elaboraciones[25].

30. Por ejemplo, en el asunto del *Atún de aleta azul del sur* (2000), el Japón arguyó entre otras cosas que la Convención sobre la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur de 1993 se aplicaba al caso tanto como *lex specialis* y como *lex posterior*, y excluía la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982[26]. El Tribunal de Arbitraje, sin embargo, declaró que tanto el instrumento de 1982 como el de 1993 eran aplicables. El Tribunal afirmó que:

> … es habitual en derecho internacional y en la práctica de los Estados que más de un tratado coincidan en una controversia determinada. No hay razón para que un determinado acto de un Estado no infrinja sus obligaciones en virtud de más de un tratado. Frecuentemente hay un paralelismo entre los tratados, tanto su contenido sustantivo como sus disposiciones para la solución de las controversias que surjan al respecto. La actual gama de obligaciones jurídicas internacionales experimenta un proceso de incremento y acumulación en la práctica de los Estados, la conclusión de una convención de aplicación no anula necesariamente las obligaciones impuestas por la convención marco a las partes en la convención de aplicación. La disposición amplia relativa a la promoción del respeto universal y a la observancia de los derechos humanos, y la obligación internacional de cooperar para el logro de esos fines, que figuran en los Artículos 1, 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, no han exonerado a los Estados partes por su ratificación de los Pactos de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos. […] Tampoco está claro que las disposiciones particulares de la Convención de 1993 agoten el contenido de las obligaciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En algunos aspectos, puede considerarse que esta Convención va más allá del alcance de la Convención sobre sobre la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur[27].

31. Esta es una descripción bastante exacta de varias situaciones que surgen entre un tratado multilateral general y tratados bilaterales o regionales específicos. En esos casos, la calificación de los últimos como *lex specialis* o *lex posterior* no puede conducir a soslayar el tratado general. En vez de ello, el instrumento más antiguo y más general sigue «en el fondo», controlando la manera en que normas posteriores y más específicas se interpretan y aplican[28]. Que esta relación se conciba en términos de una jerarquía (oficiosa) o de una división del trabajo parece ajena a la cuestión. No obstante, nada de esto elimina la dificultad de apreciar qué significa que un instrumento posterior o más

---

[23] Jenks (nota 8 *supra*), pág. 407.

[24] Véase N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 156, y más generalmente págs. 152 a 194. Existen numerosas interpretaciones de la naturaleza de la diferencia entre «reglas» y «principios». Véase concretamente M. Koskenniemi, «General principles: reflexions on constructivist thinking in international law», en M. Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2000, págs. 359 a 402. Véase un reciente análisis del funcionamiento de la dicotomía reglas/principios en el derecho internacional (libre determinación) en K. Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, págs. 20 a 39.

[25] Esto parece también afirmarse en el artículo 87 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

[26] *Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan*, laudo de 4 de agosto de 2000 sobre competencia y admisibilidad, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (núm. de venta: E/F.04.V.15), págs. 1 a 57, en especial pág. 23, párr. 38 *c*.

[27] Ibíd., págs. 40 y 41, párr. 52.

[28] Así, por ejemplo, el artículo 4 del Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios dispone que el Acuerdo «se interpretará y aplicará en el contexto de la Convención y de manera acorde con ella».

específico entrañe un «desarrollo» o «aplicación» de un instrumento más general y cuando se pretende que sea una excepción o limitación al mismo. Toda norma técnica que pretenda «desarrollar» la libertad de la alta mar constituye también una limitación a esa libertad en la medida en la que establece condiciones específicas y modalidades institucionales que deben cumplirse en su ejercicio.

32. La Comisión siempre ha sido consciente de la dificultad de trazar una clara distinción entre «desarrollo progresivo» y «codificación». Una dificultad análoga afecta a todo intento de distinguir claramente entre «aplicación» de una norma general y «limitación» o «desviación» de ella. Todo esto depende de cómo se interprete el derecho general al que el instrumento específico o posterior trata de agregar algo. Por tanto, hay que procurar no inferir que un derecho especial tiene que interpretarse automáticamente «de una forma amplia» o de una «forma estricta». Cualquiera que sea el tipo de interpretación depende de cómo se entiende la relación entre el derecho general y el derecho especial (¿se trata de «aplicación» o de «excepción»?). Esto también requiere entender la relación como parte de un «sistema».

33. Se suele decir que el derecho es un «sistema». Con ello no se quiere significar otra cosa que las distintas decisiones, reglas y principios de que está compuesto el derecho no se relacionan aleatoriamente entre ellas[29]. Aunque los juristas pueden disentir sobre la forma de concebir la relación sistémica entre las diversas decisiones, reglas y principios, prácticamente todos están de acuerdo en que establecer esa relación es una de las tareas del razonamiento jurídico.

34. Ello no puede entenderse como una reafirmación de algo que ya «existe», antes del propio esfuerzo de sistematización. No hay una voluntad legislativa única tras el derecho internacional. Los tratados y la costumbre obedecen a motivos y objetivos contrapuestos —son «tratos» y «acuerdos globales» que con frecuencia derivan de reacciones espontáneas a sucesos en el entorno. Pero si el razonamiento jurídico se entiende como una actividad *intencional*, debe ser visto no solamente como una aplicación mecánica de normas, decisiones o pautas de comportamiento aparentemente aleatorias sino como la operación de un sistema orientado hacia algún objetivo humano. También aquí los juristas pueden disentir sobre cuál es el objeto de una regla o de un comportamiento. Pero de ello no se sigue que ese objetivo sea totalmente imprevisible. La interpretación jurídica consiste en muchas ocasiones en vincular una norma poco clara con una finalidad y, de esta manera, al mostrar su posición dentro de algún sistema, en justificar su aplicación de una forma y no de otra. Así, aunque la conclusión de un tratado general persiga en algunas ocasiones derogar disposiciones dispersas anteriormente existentes en alguna rama jurídica, —por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 derogó explícitamente las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958[30]— en otras ocasiones no cabe deducir esa intención. La aprobación en 1966 de los dos pactos universales de derechos humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) no implicó la derogación ni la anulación de las disposiciones (más específicas) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) de 1950[31]. Tampoco puede decidirse *in abstracto* si este último instrumento pretende preservar o eliminar la legislación anterior. Solamente se puede decidir a través de la interpretación.

35. La interpretación jurídica y, por consiguiente, el razonamiento jurídico, construye relaciones sistémicas entre reglas y principios, considerándolos partes de una actitud o finalidad humanas. Lejos de ser simplemente un aspecto «académico» de la profesión jurídica, el pensamiento sistémico penetra todo razonamiento jurídico, incluida la práctica de la aplicación de la ley por jueces y administradores[32]. Ello resulta precisamente de la naturaleza «agrupada» en que aparecen las reglas y principios jurídicos. Pero también se pueden racionalizar en términos de la *obligación política* impuesta a quienes aplican la ley de hacer sus decisiones coherentes con las preferencias y expectativas de la comunidad cuya ley administran[33].

36. Como paso preliminar de todo acto de aplicación de la ley se debe formar una visión *prima facie* de la cuestión. Ello incluye, entre otras cosas, una evaluación inicial de las reglas y principios que podrían ser aplicables. El resultado será con frecuencia que diversas normas pueden parecer *prima facie* pertinentes. Es necesario hacer una elección y justificar el recurso a una norma y no a otra. Procediendo desde la visión *prima facie* hasta la conclusión, el razonamiento jurídico deberá tratar de armonizar unas normas aparentemente contrapuestas mediante su interpretación o, si ello resulta inadmisible, establecer relaciones definidas de prioridad entre ellas. Aquí resultan útiles las normas de interpretación y las técnicas de solución de conflictos tales como la *lex specialis*, la *lex posterior* o la *lex superior*. Permiten ver una relación sistémica entre dos o más reglas y pueden de este modo justificar una elección particular de las normas aplicables y una conclusión particular. Sin embargo, no lo hacen mecánicamente sino más bien como «orientaciones»[34] que sugieren una

[29] La opinión de que el derecho internacional es una estructura «primitiva» se basa en la pretensión de que las reglas de derecho internacional no forman un «sistema» sino simplemente un conjunto de normas (primarias) que los Estados han asumido. Véase H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, págs. 208 a 231.

[30] Véase el artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

[31] Véanse el artículo 44 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el comentario en K. Zemanek, «The legal foundations of the international system. General course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1997*, vol. 266, págs. 227 y 228. Véase también Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 120 a 124.

[32] Sobre la «sistematización» —es decir, el establecimiento de relaciones sistémicas entre reglas jurídicas— como aspecto clave del razonamiento jurídico, véase, por ejemplo, A. Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Viena, Springer, 1979, págs. 50 a 77, y, en general, J. Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1980. En cuanto al trato del derecho internacional por medio de una teoría de sistemas sociológicamente orientada («Luhmannian»), véase A. Fischer-Lescano, «Die Emergenz der Globalverfassung», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63 (2003), págs. 717 a 760.

[33] Es famosa la expresión de esta opinión en R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1977.

[34] Como proponen los comentarios de los Estados Unidos al proyecto Waldock de los que se convirtieron en los artículos 30 y 31 de la Convención de Viena de 1969. Véase el sexto informe sobre el derecho de los tratados, del Relator Especial Sir Humphrey Waldock, *Anuario… 1966*, vol. II documento A/CN.4/186 y Add.1 a 7, pág. 102.

relación pertinente entre las normas aplicables a la vista de la necesidad de coherencia de la conclusión con los objetivos o funciones perseguidos del sistema jurídico en su conjunto[35]. El hecho de que esa operación se sitúe en un contexto indeterminado no le resta relevancia. Gracias a ella, los profesionales del derecho pueden articularlo y le dan forma y orientación. En lugar de constituir un conjunto aleatorio de directrices, el derecho comienza a tomar la forma de un sistema (jurídico) intencional.

D. Armonización: integración sistémica

37. En derecho internacional hay una firme presunción contra el conflicto de normas. La interpretación de los tratados es diplomacia y la misión de la diplomacia es evitar o mitigar los conflictos. Esto se aplica también a su resolución. Como dice Rousseau, en uno de los primeros pero aún más útiles exámenes del conflicto entre tratados, al referirse a los deberes del juez:

> … cuando el juez se encuentra ante dos acuerdos de voluntades divergentes, debe naturalmente inclinarse a buscar su coordinación más que a consagrar su antagonismo[36].

38. Esto se ha convertido en un principio ampliamente aceptado de interpretación y puede formularse de muchas maneras. Puede parecer como norma básica cuando, al crear nuevas obligaciones, se presume que los Estados no suspenden sus obligaciones anteriores. Por ejemplo, Jennings y Watts señalan la presencia de una

> presunción de que las partes pretenden algo que no es incompatible con los principios reconocidos de derecho internacional, ni con anteriores obligaciones convencionales con terceros Estados[37].

39. Como la Corte Internacional de Justicia declaró en el asunto del *Derecho de paso por territorio de la India*:

> Es norma de interpretación que un texto procedente de un Gobierno, en principio, debe ser interpretado en el sentido de que produce y pretende producir efectos conformes con el derecho vigente y no en violación del mismo[38].

40. Hay otras razones además por las que cabe desear que se eviten declaraciones oficiales que confirmen la incompatibilidad. Como ya se ha señalado, esto suele ser cuestión de evaluación política. En el polémico asunto de la *Unión Aduanera Austro-Alemana*[39], de 1931, por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que la unión proyectada con Alemania infringía la obligación que Austria había asumido en el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) y en el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Austria (Tratado de Paz de Saint-Germain) de no enajenar su independencia. Como señaló el Magistrado Anzilotti, en este caso se invitaba a la Corte a decidir una cuestión totalmente política. ¿Qué normas jurídicas había que informasen sobre si una unión aduanera entre Austria y Alemania, con toda la historia de su relación y conexión con los problemas europeos, menoscabaría la independencia de Austria? A este respecto, un tratado con Alemania era de una naturaleza totalmente diferente a un tratado con Checoslovaquia, por ejemplo[40]. La «fragmentación» potencial planteada en el asunto austro-alemán destaca la relación entre el problema jurídico de la compatibilidad con las preferencias de los actores y la necesidad de cierta sutileza para tratarlas. Una declaración directa de incompatibilidad pudiera ser a veces estrictamente desaconsejable.

41. La práctica judicial o arbitral sobre conflictos de normas es relativamente escasa, de hecho, hasta fecha reciente, asombrosamente escasa. Como dice Borgen, esto se debe en parte al deseo de los Estados partes de negociar las cuestiones de conflicto aparente entre ellos y de no conferir a terceros el poder de decidir sobre lo que pueden parecer dificultades de coordinación que tienen ya su raíz en los intereses heterogéneos representados en las administraciones nacionales. Y una negociación rara vez trata de la «aplicación» de normas de conflicto sino de tratar de encontrar una solución pragmática que pueda restablecer la armonía perturbada. Aunque pudiera ser interesante examinar la manera en que los Estados han resuelto tales problemas mediante negociación, el hecho de que los resultados alcanzados se hayan producido mediante negociación contextual hace difícil utilizar sus resultados como base para una norma consuetudinaria o de otro tipo[41].

42. No obstante, aunque la armonización suele proporcionar un resultado aceptable para el conflicto de normas, tiene un límite claro: «puede resolver conflictos aparentes pero no puede resolver conflictos verdaderos»[42]. Esto no significa que haya conflictos de normas cuya naturaleza intrínseca los haga inasequibles a la armonización. Entre las partes todo puede armonizarse mientras haya voluntad de armonizar. A veces, sin embargo, esa voluntad puede no existir, quizás porque las posiciones de las partes distan mucho entre sí, algo que puede deberse a la importancia del choque de intereses o de preferencias que se manifiesten en el conflicto de normas o a la impresión de que la solución armonizadora sacrificará los intereses de la parte que se encuentre en una posición negociadora más débil. A este respecto, la medida en que una solución de «coordinación» puede aplicarse para resolver conflictos normativos tiene un límite. Especialmente cuando un tratado enuncia claramente derechos u obligaciones para sujetos jurídicos, hay que procurar no considerarlos simplemente elementos de negociación en el proceso de alcanzar una solución de coordinación.

---

[35] Para las técnicas de «justificación de segundo orden» que permite la solución de casos difíciles (es decir, casos en los que las decisiones «automáticas» no son posibles), y que contemplan tanto las consecuencias de la decisión como la coherencia sistémica de la decisión con el sistema jurídico (considerado como un sistema intencional), véase MacCormick (nota 24 *supra*), págs. 100 a 128.

[36] Ch. Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international», RGDIP, vol. 39 (1932), pág. 153.

[37] R. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I, Harlow, Longman, 1992, pág. 1275. Respecto de la amplia aceptación de la presunción contra conflicto —es decir, la presunción de armonía— véase también Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), págs. 240 a 244.

[38] *Case concerning the right of passage over Indian territory*, excepciones preliminares, fallo de 26 de noviembre de 1957, *I.C.J. Reports 1957*, págs. 125 y ss., en especial pág. 142.

[39] *Customs régime between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, opinión consultiva de 5 de septiembre de 1931, *P.C.I.J., Series A/B*, núm. 41, pág. 37.

[40] Como se dice en Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), págs. 187 y 188.

[41] Borgen (nota 10 *supra*), págs. 605 y 606 (véase también su examen de la práctica diplomática, págs. 606 a 610).

[42] Ibíd., pág. 640 (citando a Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), pág. 272).

43. Cuando los conflictos de normas han de ser resueltos por terceros la tendencia a la armonización sigue siendo fuerte, aunque quizá no tan imperiosa como entre las propias partes. Dado que ya la averiguación de la presencia de un conflicto requiere interpretación, suele ser posible tratar los conflictos potenciales simplemente ignorándolos, especialmente si ninguna de las partes ha planteado la cuestión. Pero cuando una parte plantea una cuestión de conflicto o sobre la precedencia de una obligación sobre otra, hay que adoptar una posición. Naturalmente en ese caso, sigue siendo posible llegar a la conclusión de que, si bien las dos normas parecen apuntar en direcciones divergentes, tras cierto ajuste es posible aplicarlas o entenderlas de forma tal que no subsista ni superposición ni conflicto de normas. Esto puede requerir a veces la aplicación de los tipos de normas de solución de conflictos sobre las que versará la mayor parte de este informe. Pero puede darse también mediante el intento de llegar a una solución que integre las obligaciones en conflicto de manera óptima en el contexto general del derecho internacional. En la medida en que la cuestión de conflicto se plantee respecto del cumplimiento de *objetivos* (en vez de obligaciones) de los diferentes instrumentos, poco puede hacer el órgano competente. En cualquier caso, el órgano de solución que actúe como tercero siempre tiene una competencia limitada.

E. Competencia frente a derecho aplicable

44. En los debates sobre la fragmentación y el conflicto de normas, se dice a veces que cualesquiera que sean las relaciones entre las normas y principios jurídicos entendidos como *derecho internacional general*, esas relaciones no pueden aplicarse en cuanto tales por los órganos de los tratados o los órganos de solución de controversias cuya competencia esté limitada por el instrumento constituyente. Por ejemplo, un órgano de derechos humanos no tiene competencia para aplicar un acuerdo perteneciente a la OMC. Esta proposición, que en esencia es solo un argumento sobre el carácter autónomo de algunos regímenes, se examinará con detalle en el capítulo II, sección C, *infra*. Por tanto, de momento bastarán solamente algunas observaciones al respecto.

45. La competencia de la mayoría de los tribunales internacionales se limita a determinados tipos de controversias o controversias que surgen respecto de tratados particulares. Una competencia limitada, sin embargo, no significa una limitación del alcance del derecho aplicable en la interpretación y aplicación de esos tratados. Particularmente en el contexto de la OMC se ha trazado una distinción entre dos nociones: competencia y derecho aplicable[43]. En tanto que el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC limita la competencia a las demandas planteadas respecto de acuerdos pertenecientes a la OMC solamente, no hay una disposición explícita que determine el alcance del derecho aplicable[44]. En contraste, por ejemplo, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el que se enumeran las fuentes que la Corte debe aplicar al decidir los asuntos, indica el derecho aplicable por la Corte[45]. Análogamente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar «será competente para conocer de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de esta Convención» y al decidir los asuntos, «aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella»[46]. Dado que en el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias no existe una disposición explícita de esa naturaleza, la cuestión del alcance del derecho aplicable ha parecido problemática. Sin embargo, la OMC no es ciertamente el único contexto en el que se ha creado un órgano del tratado sin mencionar expresamente que deberá aplicar el derecho internacional. Como se sostendrá detenidamente, especialmente en los capítulos II y V *infra*, los tratados pertenecientes a la OMC son creaciones de otras normas de derecho internacional y están en constante relación con ellas[47]. Como el Órgano de Apelación declaró en su primer caso, «no debe leerse el *Acuerdo General* [sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994] aislándolo clínicamente del derecho internacional público»[48]. Lo que esto significa en la práctica no está claro en absoluto. Pero enuncia lo que nunca ha sido seriamente puesto en duda por ningún tribunal internacional u órgano de tratados, a saber: que aun cuando la competencia de un órgano sea limitada (como siempre lo es, incluso en el caso de la Corte Internacional de Justicia), el ejercicio de esa competencia está controlado por el entorno normativo.

---

[43] L. Bartels, «Applicable law in WTO dispute settlement proceedings», *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 3 (2001), págs. 501 y 502; D. Palmeter y P. C. Mavroidis, «The WTO legal system: sources of law», AJIL, vol. 92, núm. 3 (julio de 1998), págs. 398 y 399; J. Pauwelyn, «The role of public international law in the WTO: how far can we go?», ibíd., vol. 95, núm. 3 (julio de 2001), págs. 554 a 566; G. Marceau, «WTO dispute settlement and human rights», EJIL, vol. 13, núm. 4 (2002), págs. 757 a 779; A. Lindroos y M. Mehling, «Dispelling the chimera of "self-contained regimes" international law and the WTO», ibíd., vol. 16, núm. 5 (2005), págs. 860 a 866.

[44] Los artículos 1, párr. 1; 3, párr. 2; 7; 11 y 19, párr. 2, del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias se han utilizado para argüir tanto en favor como en contra de un alcance más extensivo de derecho aplicable en la solución de diferencias en la OMC. Véanse, por ejemplo, Bartels, «Applicable law in WTO…» (nota 43 *supra*), págs. 502 a 509; Lindroos y Mehling, «Dispelling the chimera of "self-contained regimes"…» (nota 43 *supra*), págs. 873 a 875; véase también el informe del Grupo Especial, *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública*, WT/DS163/R, adoptado el 19 de junio de 2000, párr. 7.101, nota 755.

[45] Véanse, por ejemplo, Bartels, «Applicable law in WTO…» (nota 43 *supra*), págs. 501 y 502; Palmeter y Mavroidis (nota 43 *supra*), págs. 398 y 399.

[46] Párrafo 1 del artículo 288 y párrafo 1 del artículo 293 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

[47] Por ejemplo, Palmeter y Mavroidis (nota 43 *supra*), págs. 398 y 399; J. P. Trachtman, «The domain of WTO dispute resolution», *Harvard International Law Journal*, vol. 40, núm. 2 (primavera de 1999), págs. 333 a 377; Bartels, «Applicable law in WTO…» (nota 43 *supra*), págs. 501 y 502; Pauwelyn, «The role of public international law in the WTO…» (nota 43 *supra*), págs. 554 a 556; Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*); Marceau, «WTO dispute settlement and human rights» (nota 43 *supra*), págs. 757 a 779; Lindroos y Mehling, «Dispelling the chimera of "self-contained regimes"…» (nota 43 *supra*), págs. 860 a 866.

[48] *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R, aprobado el 20 de mayo de 1996, pág. 20. Análogamente, por ejemplo, en el asunto Corea – Medidas que afectan a la contratación pública (véase la nota 44 *supra*), párr. 7.96, el Grupo Especial declaró que «[e]l derecho internacional consuetudinario se aplica en forma general a las relaciones económicas entre los miembros de la OMC, siempre que los acuerdos de la OMC no se "aparten" de él».

Capítulo II

Conflicto entre la ley especial y la ley general

46. Este capítulo trata de la cuestión que se plantea cuando un conflicto normativo se caracteriza por la relación de especialidad frente a generalidad entre las normas en conflicto. El capítulo se divide en cinco partes. La sección A ofrece un marco para el debate de los conflictos que surjan cuando la «especialidad» o la «generalidad» de las normas en conflicto se convierte en un problema. La sección B subraya el papel y la naturaleza de la norma relativa a la *lex specialis*, como mecanismo pragmático para las situaciones en las que las normas de derecho internacional igualmente válidas y aplicables tratan de un modo distinto una misma materia[49]. La sección C contiene una exposición de la jurisprudencia y un debate académico sobre los «regímenes autónomos». En la sección D se hace un breve examen del regionalismo en el derecho internacional. La sección E presenta las conclusiones sobre los conflictos entre derecho especial y derecho general.

A. Introducción

47. Una de las técnicas más conocidas de análisis de los conflictos normativos se basa en el contraste entre la generalidad y la particularidad de las normas en conflicto. A este respecto es posible distinguir tres tipos de conflicto, a saber:

a) los conflictos entre la ley general y una interpretación particular y poco ortodoxa de la normativa general;

b) los conflictos entre la ley general y una norma particular que pretende ser una excepción a la ley general, y

c) los conflictos entre dos tipos de normas especiales.

48. La fragmentación se presenta de manera diferente en cada uno de esos tres tipos de conflicto. Aunque el primer tipo trata realmente de los efectos de interpretaciones jurídicas diferentes en un medio institucional complejo y, por consiguiente, queda en sentido estricto fuera del ámbito del estudio de la Comisión, los otros dos tipos constituyen conflictos auténticos en los que la ley en sí (por oposición a alguna interpretación putativa de la misma) se presenta de manera diferente en función del marco normativo que se utilice para examinarla[50]. A continuación se explica brevemente cada uno de los tres tipos de conflicto.

1. Fragmentación a consecuencia de las interpretaciones opuestas de la ley general

49. En el asunto *Tadić*, en 1999, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia examinó la responsabilidad de Serbia y Montenegro por las acciones de la milicia serbio-bosnia en el conflicto de la ex-Yugoslavia. A este fin examinó la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* de 1986. En este último caso, no se consideró a los Estados Unidos responsables de los actos de los *contras* de Nicaragua por el simple hecho de haberles organizado, financiado, entrenado y equipado. Esa intervención no cumplía el principio del «control efectivo»[51]. Por su parte, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia concluyó que el principio del «control efectivo» establecía un umbral demasiado elevado para considerar a una potencia extranjera jurídicamente responsable de los conflictos internos. Para que el conflicto fuera un «conflicto armado internacional» era suficiente que la potencia tuviera algún papel en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares del grupo militar, es decir, que ejerciera un «control general» sobre las mismas[52].

50. El contraste entre los asuntos *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* y *Tadić* es un ejemplo de conflicto normativo entre una interpretación anterior y posterior de una norma de derecho internacional general[53]. El asunto *Tadić* no sugiere que exista un «control general» al lado de un «control efectivo», bien como excepción a la ley general o como régimen especial (local) aplicable al conflicto de la ex-Yugoslavia. Lo que pretende es *cambiar* totalmente esa norma.

51. No se trata de tomar partido en favor de *Tadić* o de *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, sino solamente de ilustrar el tipo de conflicto normativo que surge cuando dos instituciones enfrentadas con hechos análogos interpretan la ley de manera diferente. Ello sucede con frecuencia en cualquier sistema jurídico. Pero sus consecuencias para el sistema jurídico internacional que carece de una jerarquía institucional propia parecen ser particularmente problemáticas. Imaginemos, por ejemplo, el caso en que dos instituciones interpretan de manera diferente la ley general (en gran medida no codificada) relativa al título sobre un territorio. Una institución, el Estado A, ha adquirido válidamente el título sobre una parte del territorio que otra institución considera parte del Estado B. A falta de una institución superior que pueda zanjar ese conflicto, los Estados A y B no pueden realizar actos oficiales en relación con el territorio en cuestión en la confianza de que potencias o

[49] Decir que una norma es «válida» equivale a decir que forma parte del ordenamiento jurídico («válido»). Decir que es aplicable significa que confiere derechos, obligaciones o facultades a un sujeto jurídico en una situación particular.

[50] Véase un análisis de la dependencia de los conflictos normativos de diferentes marcos conceptuales en Koskenniemi y Leino, «Fragmentation of international law?…» (nota 14 *supra*), págs. 553 a 579.

[51] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo del asunto, fallo [de 27 de junio de 1986], *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 64 y 65, párr. 115.

[52] *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo de 15 de julio de 1999, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1999*, págs. 3 y ss., en especial págs. 47 a 62, párrs. 115 y 116 a 145; ILM, vol. 38, núm. 6 (noviembre de 1999), págs. 1540 a 1546.

[53] Esta no es la única —ni por supuesto la correcta— interpretación del contraste entre ambos casos. Como algunos comentaristas han apuntado, los casos se pueden también distinguir sobre la base de sus hechos. En este caso no habría conflicto normativo. Con independencia de la opinión que parezca mejor fundada, se mantiene la cuestión de principio: no cabe excluir que dos tribunales enfrentados con hechos similares interpreten de manera diferente la ley aplicable.

instituciones exteriores reconocerán efectos jurídicos a tales actos. Problemas similares aparecerían en relación con interpretaciones opuestas de una ley general que confiera una condición jurídica.

52. La divergencia de opiniones sobre el contenido de la ley general crea dos tipos de problemas. En primer lugar, disminuye la seguridad jurídica. Los sujetos jurídicos no son capaces de predecir la reacción de las instituciones oficiales a su comportamiento y a que planifique en consecuencia su actividad. En segundo lugar, sitúa a los sujetos jurídicos en posiciones desiguales entre ellos. Los derechos de que disfrutan dependen de la jurisdicción competente para aplicarlos. La mayoría de las leyes internas se ocupan de estos problemas mediante el instrumento de la apelación. Una autoridad (por lo común un tribunal) de un nivel jerárquico superior pronunciará una decisión formalmente autorizada[54]. Esa autoridad no existe por lo general en el derecho internacional. Los conflictos de interpretación de la normativa general por diferentes instituciones no pueden someterse a un sistema constitucional de revisión que culmine en una autoridad suprema. Cuando esos conflictos aparecen y se consideran un problema (lo que no siempre sucede), solo se pueden resolver con medios legislativos o administrativos. O bien los Estados adoptan una nueva ley que resuelva el conflicto o bien las instituciones tendrán que coordinar su jurisprudencia en el futuro.

2. Fragmentación por la aparición de una ley especial como excepción a la ley general

53. Un caso diferente se da cuando una institución adopta una decisión que se desvía de la forma de decidir situaciones similares en el pasado porque se considera que el caso en cuestión no entra dentro de la ley general, sino que constituye una *excepción* a la misma. Un ejemplo pertinente puede ser el trato de las reservas por los órganos de derechos humanos. En el asunto *Belilos c. Suiza* (1988), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que una declaración introducida por Suiza en su instrumento de ratificación constituía de hecho una reserva, la revocó por considerarla incompatible con el objeto y fin del Convenio Europeo de Derechos Humanos y estimó que Suiza estaba obligada por el Convenio «independientemente de la validez de la declaración»[55]. En casos posteriores el Tribunal Europeo ha precisado que las reglas normales sobre las reservas de los tratados no se aplican como tales a la normativa de derechos humanos. A juicio del Tribunal:

> Una diferencia fundamental en la función y objeto de los tribunales respectivos [es decir, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos], unida a la existencia de una práctica de aceptación incondicional […] constituye una base convincente para distinguir la práctica del Convenio de la de la Corte Internacional[56].

54. Tampoco se trata aquí de refrendar ni de criticar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos sino de apuntar a un fenómeno que, con independencia de lo que se piense sobre el mismo, tiene que ver con la aparición de excepciones o pautas de excepción en relación con ciertos temas que se desvían de la normativa general y que se justifican por las propiedades especiales de esos temas.

3. La fragmentación como diferenciación entre tipos de leyes especiales

55. Por último, el tercer caso es el conflicto entre tipos diferentes de leyes especiales. Cabe hacer referencia a título de ejemplo a los debates sobre el comercio y el medio ambiente. En el asunto de las hormonas de la carne de bovino, de 1998, el Órgano de Apelación de la OMC examinó la naturaleza del llamado «principio precautorio» en el marco de los acuerdos de la OMC, en especial el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), y llegó a la conclusión de que fuera cual fuese el valor jurídico de ese principio «en el derecho internacional del medio ambiente», no había llegado a ser jurídicamente vinculante para la OMC[57]. Esta conclusión sugiere que el «derecho del medio ambiente» y el «derecho mercantil» pueden regirse por principios diferentes. La norma que se aplique dependerá entonces de cómo se califique el caso a este respecto. Ello puede resultar problemático en la medida en que denominaciones tales como «derecho mercantil» o «derecho del medio ambiente» no están claramente delimitadas. Así, el transporte marítimo de petróleo guarda relación tanto con el medio ambiente como con el comercio, al igual que las normas sobre el derecho del mar. ¿Se deberían determinar, por ejemplo, las obligaciones de un armador en relación con las características técnicas de un buque por referencia a lo que resulta favorable desde la perspectiva del transporte de petróleo considerado como actividad comercial o como actividad peligrosa para el medio ambiente? Las respuestas serán inevitablemente distintas en función del marco de interpretación jurídica que se escoja.

B. La función y el alcance del principio de la *lex specialis*

1. La *lex specialis* en el derecho internacional

a) *La doctrina jurídica*

56. El principio de que la ley especial deroga la ley general es una norma ampliamente aceptada de interpretación jurídica y técnica para la solución de los conflictos normativos[58]. Su significado es que si una materia

[54] Desde una perspectiva teórica, la posición de los tribunales es absolutamente central en la gestión de la diferenciación funcional, es decir, de la fragmentación, del derecho. En este caso la coherencia se basa en la obligación de decidir incluso «casos difíciles». Véase a este respecto especialmente N. Luhmann, *Law as a Social System* (trad. de K. A. Ziegert, ed. de F. Kastner y otros), Oxford, Oxford University Press, 2004, en particular págs. 284 a 296.

[55] *Belilos v. Switzerland*, sentencia de 29 de abril de 1988, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 132, pág. 28, párr. 60.

[56] *Loizidou v. Turkey*, excepciones preliminares, sentencia de 23 de marzo de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 310, pág. 29, párr. 85.

[57] *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrs. 123 a 125.

[58] El principio *lex specialis derogat legi generali* tiene una larga historia. El principio se incluyó en el *Corpus Iuris Civilis*. Véase Papiniano, Dig. 48, 19, 41 y Dig. 50, 17, 80. Este último dice: *in toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem derectum est* («en el conjunto del derecho, lo especial prima sobre lo general y todo lo que se refiera a la especie se considera de la máxima importancia») (*The Digest of Justinian*, vol. IV, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1985, texto latino editado por T. Mommsen y P. Krueger). Otras formulaciones alternativas son *Generalibus specialia derogant, Generi per speciem derogatur, specialia generalibus, non generalia specialibus*. El presente informe no se ocupa de otra

está regulada por una norma general y por una norma más específica, esta última debe prevalecer sobre la primera. No obstante, la relación entre la norma general y la norma específica puede concebirse de dos maneras. La primera es el caso en que la norma específica se debe leer e interpretar dentro de los límites o del marco de la norma general, típicamente como desarrollo, actualización o especificación técnica de la última[59]. En tal caso, la norma específica y la norma general apuntan, por así decirlo, en la misma dirección.

57. Sin embargo, en algunas ocasiones la *lex specialis* se interpreta de manera más estricta cuando dos disposiciones jurídicas, que son tanto válidas como aplicables y que no tienen una relación jerárquica expresa entre ellas, marcan direcciones incompatibles en la forma de abordar el mismo conjunto de hechos. En tal caso, la *lex specialis* se presenta como una técnica de solución de conflictos. Sugiere que en vez de la norma (general) se debe aplicar la excepción (específica)[60]. Aun así, en ambos casos la prioridad corresponde a la disposición que es «especial», es decir, a la norma que tiene un campo de aplicación delimitado con mayor precisión[61].

58. No obstante, el principio no admite una aplicación automática. Cabe destacar en particular dos tipos de dificultades. En primer lugar, con frecuencia es difícil distinguir lo «general» de lo «particular», y si se presta atención a la cobertura sustantiva de una disposición o al número de temas jurídicos a los que se dirige, se puede llegar a conclusiones diferentes. A título de ejemplo cabe citar la relación entre un régimen general limitado territorialmente y un tratado universal sobre algún tema específico[62]. En segundo lugar, el principio tiene también una relación poco clara con otras normas de interpretación o técnicas de solución de conflictos, tales como el principio *lex posterior derogat legi priori* (la ley posterior deroga la ley anterior) y puede ser compensado por jerarquías normativas u opiniones informales sobre la «pertinencia» o la «importancia»[63].

59. La idea de que lo particular tiene preferencia sobre lo general cuenta igualmente con una amplia tradición en la jurisprudencia internacional. Ya Grocio formuló claramente las razones que lo justifican:

> *Qué normas se deberían observar en esos casos* [i.e. cuando entran en conflicto partes diferentes de un documento]. Entre acuerdos que son iguales […] que se debería conceder preferencia a la que resulte más específica y se aproxime más a la materia tratada, puesto que las disposiciones especiales normalmente resultan más efectivas que las que son generales[64].

60. En este pasaje figuran dos razones por las cuales el principio de la *lex specialis* tiene una aceptación tan extendida. Una norma especial se adapta más al caso que una general («se aproxime más a la materia tratada») y regula la cuestión de modo más eficaz que las normas generales («normalmente resultan más efectivas»); esto se podría formular también diciendo que las normas especiales permiten mejor tomar en cuenta las circunstancias particulares. La necesidad de respetarlas se percibe más agudamente que en el caso de las normas generales[65]. Son más claras y están más definidas y por ello a menudo se perciben como más «estrictas» o más «vinculantes» que las normas generales que pueden permanecer en segundo plano y aplicarse solo en raras ocasiones. Además, la *lex specialis* también puede parecer útil porque permita acceder mejor a la posible voluntad de las partes[66].

61. Por ello, no es de extrañar que la doctrina en general acepte la *lex specialis* como norma de interpretación o técnica de solución de conflictos de carácter válido también en el derecho internacional público, aunque raras veces se aborde *in extenso*. Los autores clásicos (Pufendorf, De Vattel) la aceptaron sistemáticamente entre otras técnicas[67]. Anzilotti le concedió una formulación bastante absoluta: «*in toto jure genus per speciem derogatur; la norme de droit particulier l'emporte sur la norme générale*». Coherentemente con su voluntarismo, un tratado entre dos Estados prevalecería sobre un tratado multilateral, del mismo modo que este último prevalecería sobre el derecho consuetudinario[68]. Para él —como, por ejemplo, para Charles Rousseau— la fuerza del principio de *lex specialis* estriba en el modo en que parece cumplir la voluntad de las partes[69]. Para Georges Scelle, en cambio, pocas veces

variante muy próxima, la norma de ejusdem generis, es decir, la norma de interpretación según la cual las palabras especiales controlan el significado de las palabras generales. Véase un análisis en A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, págs. 393 a 399.

[59] Esta interpretación aparece, por ejemplo, en Mus (nota 21 *supra*), pág. 218. También Fitzmaurice piensa que existe una *lex specialis* cuando «una materia regulada por una disposición específica […] se saca del ámbito de una disposición general», G. Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and other treaty points», *British Year Book of International Law 1957*, vol. 33, pág. 236.

[60] A. Peczenik, *Juridikens metodproblem*, Estocolmo, Gebers, 1980, pág. 106.

[61] Es decir, cuando la descripción del ámbito de aplicación de una disposición contiene como mínimo una cualidad no especificada en la otra. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, Springer, 1975, págs. 251 y 252.

[62] Tales conflictos, indica Jenks, solo pueden decidirse en cuanto al fondo. Véase Jenks (nota 8 *supra*), pág. 447.

[63] En cuanto a las diferentes posibilidades, véase H. T. Klami, «Legal heuristics: a theoretical skeleton», *Oikeustiede-Jurisprudentia* XV (1982), págs. 46 a 53. Véase también Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 189 a 191. Para ejemplos de casos en los que un tratado más general prevalece sobre un tratado más específico por su «pertinencia» o su «carácter más importante», véase ibíd., págs. 114 a 125 y 125 a 131 y *passim*. Ian Sinclair habla de una mezcla de técnicas y normas en *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª ed. rev., Manchester, Manchester University Press, 1984, págs. 95 a 98.

[64] H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis: Libri Tres*, J. Brown Scott (ed.), *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1925, libro II, cap. XVI, secc. XXIX, pág. 428.

[65] Para la justificación de la necesidad de preferir «lo particular» a «lo general», véase igualmente Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international…» (nota 14 *supra*), págs. 428 y 429.

[66] Véase igualmente Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), pág. 388. Para la interpretación voluntarista de la *lex specialis*, rebatible a la vista de otras pruebas, véase N. Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pág. 142 y las referencias que allí figuran.

[67] S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique* (trad. de J. Barbeyrac), Basilea, Thourneisen, 1732, libro V, cap. XII, págs. 138 a 140; E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (Londres, 1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916, tomo I, libro II, cap. XVII, párr. 316, pág. 511.

[68] D. Anzilotti, *Cours de droit international*, tomo I (trad. de G. Gidel), París, Sirey, 1929, pág. 103.

[69] Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), pág. 177.

se habría de permitir que una norma especial invalidara lo que denominaba «*l'économie d'ensemble*» de la ley general. De su antivoluntarismo sociológico se derivaba que la reglamentación general, manifestación de un interés sociológico objetivo, siempre impediría que Estados concretos se desligasen de ella[70].

62. Sin embargo, parece claro que ambos puntos de vista son demasiado absolutos: o respetan excesivamente la voluntad de los Estados particulares o no respetan suficientemente la necesidad de apartarse de los principios abstractos. Juristas posteriores subrayan la relatividad del principio de la *lex specialis*, la necesidad de contrapesar ésta con la *lex posterior* así como la condición jerárquica de que puede gozar la disposición más general[71].

63. La Comisión ha resumido su aplicación con bastante detenimiento en el comentario al artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos:

Artículo 55. Lex specialis

Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.

64. En esta disposición se establece una prioridad normativa para toda norma especial en su ámbito de aplicación. O, como explica la Comisión en el comentario, esto significa «que los presentes artículos se aplican de manera supletoria»[72]. La disposición deja claramente de manifiesto el deseo de la Comisión de permitir a los Estados que se sirvan de acuerdos entre ellos para desarrollar las normas generales sobre la responsabilidad de los Estados, aplicarlas o apartarse de ellas. Pero, por supuesto, esa facultad no puede ser ilimitada: las normas derogatorias deben tener como mínimo el mismo rango que las derogadas. Parece difícil imaginar cómo podrían apartarse los Estados, por ejemplo, de los aspectos del derecho general sobre la responsabilidad del Estado que definen cuándo se producen «violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general»[73].

65. En la doctrina, normalmente se estudia la *lex specialis* como un factor entre otros para la interpretación de los tratados (artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969) o al abordar la cuestión de los tratados sucesivos (artículo 30 de la Convención de Viena, especialmente en relación con el principio de la *lex posterior*)[74]. Aunque el principio no encontró lugar en el texto de esa Convención, durante el proceso de su redacción se observó sin embargo que entre las técnicas para resolver conflictos entre tratados resultaba útil ver hasta qué punto un tratado podía ser «especial» en relación con otro[75].

66. Pero no hay ninguna razón para limitar el funcionamiento de la *lex specialis* a las relaciones entre tratados. Jennings y Watts, por ejemplo, señalan que el principio «se ha aplicado a veces para resolver aparentes conflictos entre dos normas que difieren entre sí pero resultan potencialmente aplicables» y señalan expresamente que su ámbito de aplicación no se limita al derecho de los tratados. Al igual que muchos otros, recalcan su función indicativa como «ayuda discrecional» que «expresa el sentido común y el uso gramatical normal»[76]. Como tal, a menudo se considera que regula la relación entre el tratado (como *lex specialis*) y la costumbre (como «ley general»)[77].

67. Las incertidumbres acerca de la naturaleza de la interpretación jurídica son igualmente aplicables a la función de la *lex specialis*. En palabras de O'Connell: «Los autores se han dividido entre quienes creen posible formular normas definitivas para la interpretación y los que creen que ello es una vana ilusión»[78]. Esta es probablemente la razón por la cual varios manuales no mencionan en absoluto ese principio. Si se piensa que la interpretación jurídica es más bien «un arte que una ciencia», por supuesto no tiene mucho sentido ceñirla a

[70] G. Scelle, *Manuel de droit international public*, París, Domat-Montchrestien, 1948, pág. 642.

[71] Véanse por ejemplo A. Cavaglieri, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1929-I*, vol. 26, pág. 334; G. E. do Nascimento e Silva, «Le facteur temps et les traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1977-I*, vol. 154, pág. 246.

[72] Comentario al artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párr. 2, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 150.

[73] Comentarios a los artículos 40, 41 y 48, ibíd., págs. 120 a 124 y 135 a 137.

[74] Además de las fuentes ya citadas, véanse por ejemplo Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), págs. 133 a 192, especialmente págs. 177, 178, 188 y 189; Jenks (nota 8 *supra*), págs. 401 a 453, especialmente págs. 446 y 447; M. Zuleeg, «Vertragskonkurrenz im Völkerrecht. Teil I: Verträge zwischen souveränen Staaten», *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), págs. 246 a 276, especialmente págs. 256 a 259; W. Czapliński y G. Danilenko, «Conflicts of norms in international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 21 (1990), págs. 20 y 21; Kontou (nota 66 *supra*), págs. 141 a 144; M. Fitzmaurice y O. Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2005 especialmente págs. 314 a 348. Véanse también M. S. McDougal, H. D. Lasswell y J. C. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure*, New Haven/Dordrecht, New Haven Press/Martinus Nijhoff, 1994, págs. 199 a 206; Sinclair (nota 63 *supra*), pág. 98; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pág. 201. Véase también P. Daillier y A. Pellet, *Droit international public*, 7ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, pág. 271 (examen de la *lex specialis* en el contexto del párrafo 3 del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969). Muy pocos comentaristas rechazan expresamente el principio. Véase, sin embargo, U. Linderfalk, *Om tolkningen av traktater*, Lund, Lunds Universitet, 2001, págs. 353 y 354 (que piensa que algunas técnicas lo abarcan, pero otras lo invalidan).

[75] Declaración del Consultor Técnico (Waldock), *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (A/CONF.39/11/Add.1, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.70.V.6), 91ª sesión de la Comisión Plenaria, pág. 268. Véase también P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 2ª ed. rev., París, Presses Universitaires de France, 1985, pág. 112.

[76] Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (nota 37 *supra*), págs. 1270 y 1280.

[77] Véase por ejemplo M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, pág. 161.

[78] D. P. O'Connell, *International Law*, 2ª ed., vol. I, Londres, Stevens and Sons, 1970, pág. 253.

normas o principios técnicos[79]. No obstante, descartar el principio puede ser la consecuencia de unas expectativas excesivas acerca del poder normativo de las directrices interpretativas. Poca duda cabe de que las ventajas que conducen a los intérpretes a preferir la ley especial a la ley general, ya esbozadas por Grocio más arriba, justifican su inclusión entre las consideraciones pragmáticas que los juristas deberían tomar en cuenta. Con razón Schwarzenberger considera a toda esta rama del derecho (a saber: la interpretación) como un aspecto de lo que denomina el *jus aequum*, es decir, la norma que «obliga a las partes a aplicar cada tratado con un espíritu razonable y de buena fe»[80]. Como directriz interpretativa, la *lex specialis* articula ciertamente varios aspectos prácticos importantes: la necesidad de garantizar la pertinencia y la eficacia prácticas de la norma así como de conservar lo que a menudo constituye una guía útil para descubrir las intenciones de las partes. Por supuesto, todos estos aspectos se han de equilibrar con otros que los compensan: la posición jerárquica de la norma pertinente y otras pruebas de la intención del Estado. Pero, con independencia de cuál sea la técnica a la que se recurra y de cómo se conciba el «equilibrio», todo ello tiene lugar dentro de una práctica argumentativa que trata de justificar sus resultados menos en función de sus aplicaciones técnicas que como aportaciones a un sistema jurídico de carácter intencional.

b) *La jurisprudencia*

68. También la jurisprudencia internacional parece aceptar el principio de la *lex specialis*, aunque de ordinario tampoco lo desarrolla demasiado. Se pueden distinguir cuatro situaciones diferentes. El principio puede operar: *a*) dentro de un único instrumento; *b*) entre dos instrumentos diferentes; *c*) entre una norma convencional y una norma no convencional; y *d*) entre dos normas no convencionales.

69. En el arbitraje sobre el *Canal de Beagle* se abordaba la relación entre los artículos II y III de un tratado sobre límites de 1881; los dos artículos se referían al trazado de las fronteras. Según el tribunal arbitral, el artículo II no especificaba en detalle la delimitación de la Tierra del Fuego ni de determinadas islas que eran objeto de disputa; eso se dejaba al artículo III. Aunque ambos artículos se ocupaban de los mismos territorios, no se repetían ni creaban anomalías ni redundancias[81]:

> … todos los conflictos o anomalías se pueden resolver aplicando la norma *generalia specialibus non derogant*, sobre cuya base el artículo II (*generalia*) cedería ante el artículo III (*specialia*), prevaleciendo este último[82].

70. Este es el caso típico que se produce cuando la *lex specialis* aparece dentro de un mismo instrumento, regulando las relaciones entre dos de sus disposiciones[83]. El fundamento de su utilización se puede derivar alternativamente del principio del «sentido corriente» que figura en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 o de la necesidad de respetar la intención de las partes.

71. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado frecuentemente la *lex specialis* para articular la naturaleza de la relación entre las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ha examinado, por ejemplo, la relación entre el artículo 13, que propugna el derecho a un recurso eficaz ante una autoridad nacional, y el párrafo 4 del artículo 5, que dispone que toda persona que esté privada de su libertad tendrá derecho a interponer un recurso para que un tribunal decida rápidamente respecto de la legalidad de la detención y ordene la puesta en libertad si la detención no es legal. Ha parecido deducir que:

> Como las prescripciones del artículo 13 son menos estrictas que las del párrafo 4 del artículo 5, [este último] ha de considerarse como la *lex specialis* con respecto a las demandas presentadas en virtud del artículo 5[84].

72. De igual modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que el artículo 6 del Convenio, que prevé el derecho a un juicio imparcial, constituye una *lex specialis* en relación con el establecimiento de un recurso eficaz que figura en el artículo 13[85]. Y ha sostenido que el artículo 11, que reconoce la libertad de reunión y asociación, puede tener prioridad como *lex specialis* sobre la libertad de expresión prevista en el artículo 10[86].

---

[79] Véase M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (nueva edición con nuevo epílogo), Cambridge, Cambridge University Press, 2005, págs. 338 y 339.

[80] G. Schwarzenberger, *International Law*, vol. I, 3ª ed., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: I*, Londres, Stevens and Sons, 1957, págs. 474 y 477 y ss. Véase también Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), pág. 388.

[81] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, 18 de febrero de 1977, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI (núm. de venta: E/F.95.V.2), págs. 53 y ss., en especial págs. 99 y 100, párrs. 36 y 38; ILR, vol. 52, pág. 143. Por lo que respecta al Tratado de Límites entre la República Argentina y la República de Chile, firmado en Buenos Aires el 23 de julio de 1881, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2384, núm. 1295, pág. 205.

[82] *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, pág. 100, párr. 39; ILR, vol. 52, pág. 144.

[83] Véase igualmente la deliberación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la relación entre el párrafo 1 del artículo 5 y el artículo 13 del Convenio sobre la Competencia Judicial y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil, de 1968. Puesto que el primero de ellos se refería a «cuestiones contractuales en general» y el segundo «abarcaba específicamente diferentes tipos de contratos concluidos por los consumidores», este último constituía una *lex specialis* en relación con el primero y bastaba con aplicarlo, si resultaba aplicable. En ese caso, se hacía «innecesario examinar [si la petición] podía acogerse al párrafo 1 del artículo 5» (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-96/00, Rudolf Gabriel, sentencia de 11 de julio de 2002, *Recopilación de Jurisprudencia 2002*, págs. 6367 y ss., en especial págs. 6398 y 6399, párrs. 35 y 36, y pág. 6404, párr. 59).

[84] *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, sentencia de 26 de mayo de 1993, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 258, pág. 57, párr. 76. Véanse igualmente *De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands*, sentencia de 22 de mayo de 1984, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 77, pág. 27, párr. 60; *Murray v. the United Kingdom*, sentencia de 28 de octubre de 1994, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 300-A, pág. 37, párr. 98; y *Nikolova v. Bulgaria* [GC], demanda núm. 31195/96, sentencia de 25 de marzo de 1999, ECHR 1999-II, pág. 275, párr. 69.

[85] *Yankov v. Bulgaria*, demanda núm. 39084/97, sentencia de 11 de diciembre de 2003, ECHR 2003-XII (extractos), párr. 150. Véanse igualmente *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, sentencia de 19 de diciembre de 1997, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, pág. 2957, párr. 41; *Vasilescu v. Romania*, sentencia de 22 de mayo de 1998, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, pág. 1076, párr. 43. Cf. *Kudła v. Poland* [GC], demanda núm. 30210/96, sentencia de 26 de octubre de 2000, ECHR 2000-XI, págs. 234 a 236, párrs. 146 a 148.

[86] *Ezelin v. France*, sentencia de 26 de abril de 1991, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 202, pág. 20, párr. 35, y *Djavit An v. Turkey*, demanda núm. 20652/92, sentencia de 20 de febrero de 2003, ECHR 2003-III, pág. 251, párr. 39.

73. Estos artículos no siempre están necesariamente en conflicto y puede ser posible aplicarlos de manera simultánea. De hecho, el párrafo 4 del artículo 5 se puede considerar también como una *aplicación* del artículo 13 en un caso concreto. Lo mismo cabe decir cuando dos disposiciones están estrechamente relacionadas, como es el caso de la libertad de expresión y la libertad de reunión. En determinados casos, la libertad de reunión puede de hecho parecer una *lex specialis* en relación con la libertad de expresión. Pero la relación también se puede invertir. No hay ninguna razón por la cual el artículo 10, que prevé la libertad de expresión, no se pueda considerar como una *lex specialis* en relación con el artículo 11, que reconoce la libertad de reunión pacífica.

74. Un segundo supuesto se produce cuando la *lex specialis* viene a regular la relación entre *diferentes* instrumentos. En el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, la Corte Permanente de Justicia Internacional se encontró con dos instrumentos relacionados con su competencia: el mandato para Palestina de 1922 y el Protocolo XII del Tratado de Lausana de 1923. La Corte concluyó que, en caso de duda, al tratarse de un acuerdo especial y más reciente, había de prevalecer el Protocolo[87]. Esa opinión parecía refrendar tanto el principio de la *lex posterior* como el de la *lex specialis* sin entrar en la cuestión de la relación entre ambos.

75. Esta cuestión ha sido abordada de un modo general en la OMC, donde los grupos especiales y el Órgano de Apelación han recurrido en ocasiones a la *lex specialis* en la interpretación de los acuerdos[88] abarcados. En el asunto *Turquía – Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, el Grupo Especial subrayó que el Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio es un «todo único» y que las obligaciones de los miembros son acumulativas. De este modo, una disposición especial solo puede prevalecer sobre otra disposición si resulta imposible aplicarlas simultáneamente[89]. En el asunto *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, el Grupo Especial explicó de modo similar que existe una presunción en contra de los conflictos y que para que exista un conflicto, debe darse entre las mismas partes y referirse a la misma cuestión y las disposiciones han de ser mutuamente excluyentes[90]. En la OMC, la *lex specialis* parece desempeñar una función limitada como mecanismo subsidiario de solución de diferencias[91].

76. Cuando la *lex specialis* se aplica en un contexto institucional determinado (dentro de un «régimen», en la terminología del capítulo III *infra*), por supuesto se ve afectada por la correspondiente jerarquía institucional (aunque no necesariamente formal). En 2000 se instó al Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea a determinar la relación entre un reglamento de 1981 que confería carácter confidencial a la información obtenida en las investigaciones aduaneras y una decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 1994 que facilitaba el acceso público a los documentos de la Comisión. El Tribunal señaló que el reglamento

> … aunque […] deba aplicarse en su calidad de *lex specialis*, no puede interpretarse en un sentido contrario a la decisión […] cuyo objetivo fundamental es dar a los ciudadanos la posibilidad de controlar de manera más eficaz la legalidad del ejercicio del poder público[92].

77. La jerarquía normativa entre el reglamento anterior del Consejo y la decisión posterior de la Comisión que incluía un código de conducta en relación con el acceso público a los documentos de la Comisión y el Consejo podía no estar muy clara. No obstante, en este asunto el Tribunal interpretó una *lex specialis* anterior que en todo caso era por lo menos de rango no inferior a la decisión posterior de la Comisión, de manera que se ajustara a esta última[93]. No resulta difícil de entender la razón por la cual consideraciones de transparencia podían en 1999 invalidar un reglamento de 1981. Pero esta relación no era el resultado «automático» de una jerarquía formal ni de la aplicación de la *lex specialis* como norma de solución de conflictos.

78. El tercer caso se da cuando se recurre al principio de la *lex specialis* para privilegiar una norma convencional sobre una norma no convencional. En la causa *INA Corporation c. el Gobierno de la República Islámica del Irán*, la compañía demandó indemnización por la expropiación

---

[87] *Mavrommatis Palestine Concessions*, fallo, 30 de agosto de 1924, *P.C.I.J., Series A*, núm. 2, pág. 31.

[88] Estas interpretaciones se han producido tanto entre disposiciones de un único instrumento como entre disposiciones de dos diferentes «acuerdos abarcados». No parece haber habido ningún caso de remisión a la *lex specialis* entre un acuerdo de la OMC y otro que no lo es. Véanse *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, informe del Grupo Especial, WT/DS46/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párr. 7.40, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS46/AB/R; *Turquía – Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, informe del Grupo Especial, WT/DS34/R, adoptado el 19 de noviembre de 1999, párr. 9.92, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS34/AB/R; e *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, adoptado el 23 de julio de 1998, y Corrs. 3 y 4, párrs. 14.28 a 14.34.

[89] *Turquía – Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido* (véase la nota 88 *supra*), párr. 9.92.

[90] *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* (véase la nota 88 *supra*), párr. 14.28.

[91] *India – Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales*, informe del Grupo Especial, WT/DS90/R, adoptado el 22 de septiembre de 1999, párr. 4.20, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS90/AB/R.

[92] *JT's Corporation Ltd. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal de Primera Instancia, sentencia de 12 de octubre de 2000, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto T-123/99, *Recopilación de Jurisprudencia 2000*, págs. 3269 y ss., en especial pág. 3292, párr. 50.

[93] Un tipo similar de argumentación se utilizó en un asunto reciente que se refería a la relación entre dos directivas, una relativa a los residuos (Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 194, de 25 de julio de 1975, edición especial 1985 en español, cap. 15, vol. 1, pág. 129) y otra, mucho más reciente, referente a los envases y residuos de envases (Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, ibíd., L 365, de 31 de diciembre de 1994, pág. 10). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinó que las disposiciones de la segunda constituían una *lex specialis* en relación con la primera, «de manera que sus disposiciones prevalecen sobre» las de ésta «en las situaciones que específicamente regula». Sin embargo, no la eliminaba por completo. «No obstante», dice la sentencia, «la Directiva 75/442 sigue teniendo una gran importancia para la interpretación y la aplicación de la Directiva 94/62» (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-444/00, *The Queen*, a instancia de *Mayer Parry Recycling Ltd. v. Environment Agency and Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, con intervención de *Corus (UK) Ltd. and Allied Steel and Wire Ltd. (ASW)*, sentencia de 19 de junio de 2003, *Recopilación de Jurisprudencia 2003*, págs. 6163 y ss., en especial págs. 6228 y 6229, párrs. 53 y 57).

de su participación del 20 % en una compañía de seguros iraní. El demandante adujo que, conforme al derecho internacional y al Tratado de Amistad entre el Irán y los Estados Unidos de América de 1955, la indemnización debía ser «pronta, adecuada y efectiva». El demandado sostuvo que la indemnización debía calcularse con arreglo al valor contable neto de las acciones nacionalizadas. El Tribunal consideró que, en casos de grandes nacionalizaciones conforme a derecho, el derecho internacional general ya no preveía la plena indemnización. Sin embargo, no trató de determinar el contenido preciso de la norma consuetudinaria, pues estimó que a los efectos de la causa:

> estamos ante una *lex specialis* en la forma del Tratado de Amistad, que en principio tiene primacía sobre las normas generales[94].

79. Que las normas convencionales gozan de prioridad sobre la costumbre es solo incidental en relación con la circunstancia de que la mayor parte del derecho internacional general es *jus dispositivum*, razón por la cual las partes tienen derecho a apartarse de él mediante la estipulación de los derechos u obligaciones específicos que han de regir su conducta. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, «está bien entendido que, en la práctica, es posible, mediante acuerdo, apartarse de las normas del derecho internacional [general] en ciertos casos o entre ciertas partes»[95]. Este criterio, junto con la prioridad concreta del tratado sobre la costumbre, fue afirmado también por la Corte en la causa *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*:

> En general, como las normas convencionales son *lex specialis*, no sería apropiado que un Estado entablara una reclamación fundado en una norma de derecho consuetudinario si, en virtud de un tratado, ya ha establecido arbitrios para el arreglo de esa reclamación[96].

80. En el asunto *Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia)*, la Corte sugirió que los Estados podrían por ese medio apartarse del desarrollo del derecho general. La Corte había sido autorizada en virtud del Acuerdo Especial a tener en cuenta las «nuevas tendencias aceptadas» en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. A ese respecto, la Corte observó que:

> a no dudarlo, las partes habrían podido mencionar en el Acuerdo Especial ciertos acontecimientos específicos en el derecho del mar […], y haber declarado que en sus relaciones bilaterales en el caso concreto esas normas serían vinculantes como *lex specialis*[97].

81. En estos casos la Corte aceptó que el derecho internacional general puede ser derogado por acuerdo y que dicho acuerdo se puede postular como *lex specialis*. Estos casos ilustran la práctica de los tribunales internacionales de atribuir primacía al derecho convencional en asuntos en los cuales también se aplican normas de derecho consuetudinario, práctica que resalta la naturaleza dispositiva de la costumbre y la deferencia de los tribunales a favor de los acuerdos por interpretar que constituyen el fundamento más «positivo» y presumiblemente más legítimo para sustentar sus decisiones. Thirlway resume así esa jurisprudencia:

> Se acepta universalmente que —aparte de la consideración del *jus cogens*— un tratado *lex specialis* es derecho entre las partes en derogación del derecho consuetudinario general que, en caso contrario, habría regido en sus relaciones[98].

82. Ello no significa que el derecho consuetudinario general quedaría extinguido por ese medio. El derecho consuetudinario general continuaría vigente y se aplicaría cabalmente, por ejemplo, cuando el tratado hubiera dejado de estar en vigor o, como en el asunto *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, cuando la jurisdicción del órgano competente para aplicar el derecho no abarcara el tratado[99].

83. Un uso atípico del principio de la *lex specialis* se observa en un asunto de 1981 en el que el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos llegó a la conclusión de que «es un principio de interpretación universal y bien reconocido que una disposición especial deroga una disposición general». El Tribunal en esta causa invocó la *lex specialis* para sostener que «los términos de la Declaración de Arreglo de Reclamaciones exhiben tal grado de detalle y claridad que necesariamente deben primar sobre las presuntas intenciones de las partes, sean cuales éstas pudieren haber sido»[100]. Así pues, el principio parece haberse fusionado con la regla a favor del «sentido corriente» conforme al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

84. Un cuarto supuesto se da cuando el mismo razonamiento —aunque no sea necesariamente una expresión del principio de la *lex specialis*— se aplica a dos normas no convencionales. Así ocurrió en el asunto *Derecho de paso por territorio de la India*. Tras determinar que la práctica que habían aceptado los Estados interesados (la India y Gran Bretaña/Portugal) establecía un derecho de tránsito por el territorio de la India, la Corte Internacional de Justicia ya no estimó necesario investigar qué decía el derecho general sobre el paso en tránsito. Ello se debió a que era evidente para la Corte que, en todo caso, «esa práctica particular debe tener primacía sobre las normas

---

[94] *INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, caso núm. 161, 12 de agosto de 1985, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, 8 IRAN-U.S. C.T.R., págs. 373 y ss., en especial págs. 376 y 378. Por lo que respecta al Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares entre el Irán y los Estados Unidos, firmado en Teherán el 15 de agosto de 1955, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 284, núm. 4132, pág. 93.

[95] *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial pág. 42, párr. 72. Véase también, sin embargo, ibíd., págs. 38 y 39, párrs. 61 a 65, y, en particular, pág. 38, párr. 63 («las normas y obligaciones del derecho consuetudinario general […], por su misma naturaleza, deben tener igual fuerza para todos los miembros de la comunidad internacional»).

[96] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo de 27 de junio de 1986 (véase la nota 51 *supra*), pág. 137, párr. 274.

[97] *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1982*, págs. 18 y ss., en especial pág. 38, párr. 24. Por lo que respecta al Acuerdo Especial para la remisión a la Corte Internacional de Justicia de la cuestión de la plataforma continental entre Túnez y la Jamahiriya Árabe Libia, firmado en Túnez el 10 de junio de 1977, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1120, núm. 17408, pág. 103.

[98] H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part One)», *British Year Book of International Law 1989*, vol. 60, pág. 147. Análogamente, por ejemplo, A. Verdross y B. Simma, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3ª ed., Berlín, Duncker and Humblot, 1984, págs. 414 y 415.

[99] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo de 27 de junio de 1986 (véase la nota 51 *supra*), pág. 96, párr. 179.

[100] Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, caso núm. A/2, 13 de enero de 1982, 1 IRAN-U.S. C.T.R., págs. 101 y ss., en especial pág. 104.

generales»[101]. Aunque la práctica expresa no es abundante, es difícil imaginar por qué el principio de la *lex specialis* —o por lo menos el razonamiento que lo sustente— no se ha de aplicar a las relaciones entre la costumbre general y la costumbre especial. Lo que es interesante en el asunto *Derecho de paso por territorio de la India* es el uso que hizo la Corte de lo que Thirlway llama la «técnica judicial perfectamente reconocida y respetable» de dejar de lado todo examen del contenido de la ley general una vez que se ha determinado la costumbre especial en una forma que deja pendiente la cuestión de si la norma especial era una extensión de esa norma general, o una excepción a ella, o si había realmente una ley general en el asunto[102].

c) *Una jerarquía oficiosa: el objeto de la* lex specialis

85. No existe una jerarquía formal entre las fuentes del derecho internacional. Algunos tratadistas, sin embargo, han sugerido —correctamente podría decirse— que existe una jerarquía oficiosa entre esas normas. Por cuanto la «ley general» no tiene el estatuto de *jus cogens*, los tratados en general gozan de precedencia sobre la costumbre y los tratados especiales la tienen sobre los tratados generales[103]. Por lo mismo, se puede suponer (como en verdad lo sugiere el asunto *Derecho de paso por territorio de la India*) que las costumbres locales (si se demuestran) tienen primacía sobre el derecho consuetudinario general y, quizás, el cuerpo del derecho consuetudinario tiene primacía sobre los principios generales del derecho conforme al apartado *c* del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[104]. Esta jerarquía oficiosa no dimana de ningún acto legislativo, sino que aparece como un aspecto «forense»[105] o «natural»[106] del razonamiento jurídico. El tribunal o el jurista han de consultar primero los tratados, después la costumbre y, por último, los principios generales del derecho para resolver un problema normativo. «Empíricamente» —dice Serge Sur—, «la Corte ha dado precedencia a las normas de más alto grado de especialidad y a la manifestación más clara y más objetiva»[107]. No por ello se extingue la fuente secundaria, que desempeña una «función residual» para orientar la interpretación de esa norma especial y aplicarse en su lugar cuando la primera no puede, por una u otra razón, aplicarse[108].

86. Esa jerarquía oficiosa es un aspecto del carácter pragmático del razonamiento jurídico que marca una diferencia entre los casos «sencillos» y los «difíciles». Por cuanto la especialidad de la norma especial plasma su pertinencia en relación con el contexto y su estatuto como manifestación de la voluntad de las partes, su aplicación muchas veces parece obvia. En ese caso «fácil», la especialidad de la norma o instrumento ni siquiera se plantea como objeto del argumento. La necesidad de «ahondar» o «circunvenir» la norma o instrumento aplicable *prima facie* se plantea solo en los casos «difíciles», cuando se impugna su aplicación y se aduce otra norma o instrumento en su lugar. Solo entonces se reconoce expresa pertinencia al principio de la *lex specialis*, pero aun en ese caso únicamente en relación con interpretaciones contrapuestas acerca de cómo se ha de entender el contexto (por ejemplo, cuando se pregunta si se trata de una obligación «integral» o de una obligación «interdependiente»), como prueba de una diferente intención de las partes (por ejemplo, *lex posterior*) o jerarquía *(jus cogens)*.

87. Cuando sí se presenta un caso «difícil», entonces la función del principio de la *lex specialis* sirve para señalar un conjunto de consideraciones de importancia concreta: la accesibilidad inmediata y la pertinencia contextual de la norma. Ahora bien, estas consideraciones no parecen decisivas. Bien podrían ser refutadas con los argumentos contrarios. El razonamiento acerca de esas consideraciones, aunque no se pueda condensar en reglas o técnicas determinantes, no debiera, sin embargo, tenerse por arbitrario[109]. El razonamiento puede ser objeto de crítica, y que prime o no dependerá de la forma en que pueda condensar felizmente las que podrían denominarse, por ejemplo, las «genuinas expectativas comunes de las partes, dentro de los límites establecidos por los objetivos comunitarios superiores»[110], plasmados y comprobados por comparación con las diversas fuentes mencionadas en el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia y la doctrina. En esos debates, todas las partes parten del supuesto de que la justificabilidad de lo que postulan depende de la forma en que se vincule con expresiones más generales acerca de los propósitos del régimen jurídico internacional.

2. *Los dos tipos de referencia a la* lex specialis

88. La ley puede contemplar dos tipos de relaciones entre una norma particular y una general. Una norma

[101] *Case concerning Right of Passage over Indian Territory*, fondo, fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, págs. 6 y ss., en especial pág. 44.

[102] H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Two)», *British Year Book of International Law 1990*, vol. 61, págs. 104 a 106.

[103] Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht…* (nota 98 *supra*), págs. 413 y 414; Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part One)» (nota 98 *supra*), págs. 143 y 144.

[104] En la doctrina francesa, ese resultado se obtiene a veces mediante una distinción entre *acte* y *norme*, o la fuente formal y la norma (sustantiva) abarcada por ella, de modo que, si bien puede no haber jerarquía entre las primeras, debe haber reglas para resolver yuxtaposiciones y conflictos entre las últimas. Véanse, por ejemplo, Daillier y Pellet, *Droit international public* (nota 74 *supra*), págs. 114 a 116; G. Abi-Saab, «Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1987-VII*, vol. 207, pág. 188.

[105] Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (nota 37 *supra*), pág. 26, nota 2.

[106] Villiger (nota 77 *supra*), pág. 161. Análogamente, H. Lauterpacht, *International Law. Collected Papers*, vol. I, *The General Works*, E. Lauterpacht (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1970, págs. 86 a 88.

[107] S. Sur, *L'interprétation en droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, pág. 164. Czapliński y Danilenko hablan de «prioridad de aplicación», Czapliński y Danilenko (nota 74 *supra*), pág. 8.

[108] Véase, por ejemplo, el examen de Rousseau sobre el asunto *Polish Postal Service in Danzig* (opinión consultiva, 16 de mayo de 1925, *P.C.I.J., Series B*, núm. 11), en el que el Tratado de Versalles tenía que complementarse con conversaciones bilaterales entre Danzig y Polonia, así como el examen sobre asunto *Jurisdiction of the European Commisssion of the Danube between Galatz and Braila* (opinión consultiva, 8 de diciembre de 1927, *P.C.I.J., Series B*, núm. 14), Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), págs. 177 y 178.

[109] Sin que se ofendan los positivistas estrictos como Kelsen. Véase H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (trad. de B. L. Paulson y S. L. Paulson, introducción de S. L. Paulson), Oxford, Clarendon Press, 1992 [1934], págs. 81 a 84.

[110] McDougal, Lasswell y Miller (nota 74 *supra*), págs. 82 y 83.

particular puede considerarse la *aplicación* de una norma general en un caso concreto. Lo especial es a lo general lo que el reglamento administrativo es a la ley en el ordenamiento jurídico interno[111]. No obstante, la norma particular también puede considerarse una *modificación*, una *derogación* o una *exclusión* de una norma general[112]. Es poco frecuente que el primer caso se perciba como una situación de conflicto normativo; más bien suele interpretarse en el sentido de que implica la aplicación *simultánea* de la norma especial y la general[113]. Por lo tanto, se considera que solo el segundo caso supone la aplicación de una verdadera *lex specialis*. Esta parece ser la postura del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Aunque, al parecer, se hace especial hincapié en que las obligaciones de la OMC se interpreten de modo que se evite cualquier conflicto entre ellas, se entiende que el principio de la *lex specialis* debe aplicarse si resulta imposible realizar una «interpretación armoniosa», en el sentido de que una norma especial pueda derogar una general con la que esté en conflicto[114].

89. De parecida premisa debió partir la Comisión al redactar el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En el comentario, la Comisión explicó que:

> Para que se aplique el principio de la *lex specialis* no es suficiente que existan dos disposiciones que traten de las mismas cuestiones; debe existir en la práctica cierta discrepancia entre ellas, o bien la intención discernible de que una disposición excluya a la otra[115].

90. La Comisión se remitió al asunto *Neumeister* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para respaldar su opinión. En ese asunto, el Tribunal había observado que la disposición sobre reparación en caso de detención ilícita del párrafo 5 del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no era *lex specialis* en relación con la norma general sobre reparación contenida en el artículo 50. La primera no excluía la aplicación de la segunda, sino que, más bien, las dos disposiciones debían aplicarse simultáneamente. La segunda debía «tenerse en cuenta» al aplicar la primera[116]. Sin embargo, más recientemente el Tribunal ha considerado varios casos similares como supuestos de *lex specialis*. Así, los casos mencionados en el párrafo 71 *supra*, en los que la norma del «recurso efectivo» del artículo 13 del Convenio se yuxtapone al derecho a que un órgano judicial se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de las detenciones con arreglo al párrafo 4 del artículo 5, se resolvieron por referencia a la *lex specialis*:

> Según jurisprudencia reiterada del Tribunal, el párrafo 4 del artículo 5 del Convenio constituye una *lex specialis* en relación con los requisitos más generales del artículo 13. En el presente caso, los hechos que subyacen a la denuncia del demandante conforme al artículo 13 del Convenio son idénticos a los examinados con arreglo al párrafo 4 del artículo 5. Por consiguiente, dado que el Tribunal ha declarado la existencia de una infracción del párrafo 4 del artículo 5 […] no es necesario que examine la denuncia relativa a la infracción del artículo 13[117].

91. En este caso, al igual que en otros muchos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado aplicable la *lex specialis* incluso en ausencia de un conflicto directo entre dos disposiciones y cuando ambas habrían podido aplicarse simultáneamente[118]. Este es el planteamiento correcto. Dos motivos explican la utilidad de examinar el caso de la «aplicación» en relación con aquellos supuestos en que la *lex specialis* establece una excepción o implica una «exclusión». En primer lugar, en la definición de *lex specialis* adoptada más arriba también se incluye este supuesto: la norma de la aplicación es más específica porque contiene la propia norma general como elemento de la definición de su ámbito de aplicación. En segundo lugar, y lo que es más importante, aunque la distinción está analíticamente bien fundada, raras veces se presenta con tanta nitidez en la práctica. A menudo puede ser difícil determinar si una disposición «aplica» una norma, la «modifica» o la «deroga». Una «aplicación» o una «modificación» también conlleva cierto grado de «derogación» y «exclusión». Decidir qué expresión es la adecuada exige interpretar ambas normas y esa interpretación, como se desprende de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, también puede ir más allá del análisis de las expresiones utilizadas en esas normas. Esta ambigüedad fue evidente en el caso relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*. En él, la Corte Internacional de Justicia se refirió a la *lex specialis* en los siguientes términos:

> … es de capital importancia que la Corte haya declarado que el Tratado de 1977 aún está en vigor y que, por consiguiente, rige las relaciones entre las partes. Esa relación viene también determinada por las normas de otros convenios pertinentes en los que los dos Estados son partes, por las normas del derecho internacional general y, en este caso particular, por las normas sobre la responsabilidad del Estado; pero ante todo se rige por las normas aplicables del Tratado de 1977 en su calidad de *lex specialis*[119].

92. En este caso, la Corte no se pronunció sobre la posible relación entre la *lex specialis* —el Tratado de 1977— y el resto del ordenamiento jurídico. La posibilidad de que la ley general ofreciera una solución similar o diferente era irrelevante. Bastaba con aplicar el tratado. En el

---

[111] Así describe Scelle el funcionamiento de la *lex specialis* en el derecho internacional, Scelle (nota 70 *supra*), pág. 642.

[112] Jenks distingue entre «conflicto» y «divergencia», Jenks (nota 8 *supra*), págs. 425 a 427. En el mismo sentido, Pauwelyn, *Conflict of Norms*… (nota 21 *supra*), pág. 6.

[113] Pauwelyn parece abordar la cuestión de este modo. Aunque admite que no siempre es fácil determinar si un caso pertenece a una categoría o a otra, insiste en la importancia de la distinción analítica y considera que la *lex specialis* sólo es «una norma que sirve para resolver conflictos en materia de ley aplicable» (Pauwelyn, *Conflict of Norms*… (nota 21 *supra*), pág. 386).

[114] *Turquía – Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido* (véase la nota 88 *supra*), párrs. 9.92 a 9.96. Sobre la presunción contraria a la existencia de conflictos en el derecho de la OMC, véase en general Pauwelyn, *Conflict of Norms*… (nota 21 *supra*), págs. 240 a 244.

[115] Comentario al artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párr. 4, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 150.

[116] *Neumeister v. Austria (art. 50)*, sentencia de 7 de mayo de 1974, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 17, pág. 13, párr. 30.

[117] *Nikolova v. Bulgaria* [GC] (véase la nota 84 *supra*), pág. 275, párr. 69.

[118] Véase también a este respecto H. Aufricht, «Supersession of treaties in international law», *Cornell Law Review*, vol. 37, núm. 2 (invierno de 1952), pág. 698 (la ley especial es «suplementaria» mientras que la ley general sigue siendo «dominante»).

[119] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 76, párr. 132. Por lo que respecta al Tratado relativo a la Construcción y Funcionamiento del Sistema de la Presa de Gabčíkovo-Nagymaros (Budapest, 16 de septiembre de 1977), véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1109, núm. 17134, pág. 235.

lenguaje que aquí se utiliza: la superioridad oficiosa del Tratado de 1977 le llevó a excluir la aplicación de cualquier otro tratado y de la ley general sin que nunca llegara a producirse «conflicto» alguno. En este caso, al igual que en otros muchos, no es necesario (no es posible, de hecho) decidir si la *lex specialis* se utiliza como «criterio interpretativo» o como «técnica de solución de conflictos», si se limita a «dar aplicación» a ciertas normas de carácter más general o si se aparta de ellas[120]. En realidad, tal vez sea ocioso el mero hecho de plantearse esta cuestión. Según la jerarquía oficiosa analizada más arriba, se aplica la ley especial, y eso es todo, a no ser que un tercero plantee la cuestión del *jus cogens* o de una obligación previa que pudiera prevalecer sobre la ley especial en virtud, por ejemplo, de los artículos 30 o 41 de la Convención de Viena de 1969.

93. A veces se da una relación de *lex specialis* entre dos normas que, lejos de estar en conflicto, apuntan en la misma dirección, de modo que la relación «especial»/«general» se asocia con la de «medio»/«fin». Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió a la relación entre el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la libertad de expresión y el artículo 11 que trata de la libertad de reunión y movimiento considerando al segundo como *lex specialis* en relación con el primero.

> El Tribunal observa que, en el presente caso, las cuestiones relativas a la libertad de expresión no pueden disociarse de las de la libertad de reunión. La protección de la opinión personal, garantizada por el artículo 10 del Convenio, es uno de los objetivos de la libertad de reunión pacífica consagrada en el artículo 11 del Convenio […] Por lo tanto, teniendo en cuenta que las imputaciones del demandante se refieren fundamentalmente a la presunta denegación por las autoridades de la «República Turca de Chipre Septentrional» del permiso para cruzar la «línea verde» y reunirse con ciudadanos grecochipriotas, el Tribunal considera que el artículo 11 del Convenio prevalece como *lex specialis* en relación con las reuniones, por lo que es innecesario examinar el asunto por separado con arreglo al artículo 10. No obstante, el Tribunal tendrá en cuenta el artículo 10 cuando examine e interprete el artículo 11[121].

94. No solo no hay «conflicto» entre los artículos 10 y 11 sino que ambos apuntan en la misma dirección: su relación es la que existe entre un fin y el medio para alcanzarlo. Sin embargo, ¿por qué habría de ser la posibilidad de «expresarse» la finalidad de las «reuniones»? ¿No cabe en ocasiones interpretar la celebración de verdaderas reuniones (como manifestación de la democracia y la libre determinación, por ejemplo) como un fin, y la libertad de expresión como un medio para conseguirlo? La relación entre lo general y lo particular es a menudo compleja y ambivalente de modo que, aun cuando lo particular excluya lo general, lo general —como ha observado el Tribunal— puede seguir ofreciendo directrices para interpretar lo particular.

95. Este ejemplo indica que, a veces, puede resultar imposible establecer una relación definitiva entre dos normas en la que una siempre deba interpretarse como una aplicación o como una excepción de la otra. Podría decirse, por ejemplo, que el «derecho inmanente de legítima defensa» previsto en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas es *lex specialis* en relación con el principio de abstención del uso de la fuerza contemplado en el párrafo 4 del Artículo 2. Las dos normas tienen un ámbito de aplicación (el uso interestatal de la fuerza armada) similar (aunque no idéntico). Dado que el Artículo 51 es más específico que el párrafo 4 del Artículo 2, se aplica cuando se cumplen los requisitos que prevé. En este sentido, el Artículo 51 puede a veces «sustituir» o «excluir» la prohibición prevista en el párrafo 4 del Artículo 2. No obstante, el Artículo 51 también puede interpretarse como una «aplicación» del párrafo 4 del Artículo 2 en la medida en que la legítima defensa ampara las medidas adoptadas contra un Estado que haya *infringido* el párrafo 4 del Artículo 2. En este caso, el Artículo 51 refuerza y apoya lo dispuesto en el párrafo 4 del Artículo 2 e indica qué debe hacerse en ciertos casos (los que implican un «ataque armado») cuando se infrinja el párrafo 4 del Artículo 2. Ambas normas se han articulado ahora bajo el mismo fundamento —la protección de la integridad territorial y la independencia política de los Estados— del que constituyen una plasmación concreta. Actualmente, el Artículo 51 se configura como un complemento del párrafo 4 del Artículo 2 más que como una excepción a él.

96. Y, ¿qué decir del lugar que ocupa la *lex specialis* en el caso *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (1996)? Aquí, la Corte Internacional de Justicia observó que tanto las normas jurídicas relativas a los derechos humanos (a saber, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) como el derecho aplicable en caso de conflicto armado son de aplicación «en tiempos de guerra». No obstante, para determinar lo que se entiende por «privación arbitraria de la vida», de conformidad con el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto, habría que referirse a «la *lex specialis* aplicable a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado»[122]. A este respecto, las dos clases de derechos siguen paralelamente, o el uno en el ámbito del otro. Sin embargo, desde otra perspectiva el derecho aplicable en caso de conflicto armado —y en particular sus normas menos estrictas, en lo tocante a la muerte de seres humanos— excluye cualquier norma que pueda haberse adoptado de conformidad con la práctica del Pacto.

97. De lo anterior se desprende que el hecho de que una norma se interprete como una «aplicación», una «modificación» o una «excepción» de otra norma depende de cómo entendamos esas normas en el contexto en que se aplican y de cómo interpretemos su objetivo y finalidad. Dado que separar la «aplicación» de la «exclusión» sería artificial y distorsionaría el contexto en que surge la cuestión de la *lex specialis*, se propone que todas esas cuestiones se incluyan en el estudio de la *lex specialis*.

a) Lex specialis *como aplicación o elaboración de* lege generali

98. Así pues, una norma puede ser *lex specialis* en relación con otra como aplicación, actualización o desarrollo de ella o, lo que es lo mismo, como su suplemento, como un indicador de instrucciones de lo que una norma general exige en un caso particular. Por consiguiente, un instrumento regional puede ser *lex specialis* en relación con otro universal, y un acuerdo sobre aplicación técnica puede ser *lex specialis* en relación con un instrumento que

[120] Para una discusión al respecto, véase Jenks (nota 8 *supra*), págs. 408 a 420.

[121] *Djavit An v. Turkey* (véase la nota 86 *supra*), pág. 251, párr. 39.

[122] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 240, párr. 25.

tenga el carácter de «marco» general[123]. Aunque la norma particular «da aplicación» a la norma general en una circunstancia concreta, también la excluye en un modo no exento de consecuencias normativas.

99. Por ejemplo, muchas disposiciones del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono de 1987 son ley especial en relación con el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985[124]. Cuando los Estados aplican el calendario de reducción de emisiones previsto en el artículo 2 del Protocolo de Montreal, dan un sentido concreto a los principios generales del Convenio de Viena. Aunque puede decirse que, en tal caso, los Estados aplican *tanto* el Protocolo *como* el Convenio, también cabe interpretar que, actualmente, el Protocolo excluye la aplicación del Convenio. En caso de controversia sobre cuáles son las obligaciones pertinentes, el punto de partida y la referencia para la interpretación sería el texto del Protocolo, y no el del Convenio. La norma especial del Protocolo se ha convertido en representante independiente y autorizado de lo que el Convenio *significa* en cuanto a las obligaciones que establece. Y, sin embargo, el Convenio sigue encarnando los principios y objetivos que también influyen en la interpretación y la aplicación del Protocolo. En otras palabras, en los casos «fáciles», el Protocolo se aplica sin que existan controversias sobre cómo hay que hacerlo, mientras que en los casos «difíciles», en los que surgen controversias sobre la interpretación y la aplicación del Protocolo, éstas tendrán que resolverse utilizando, entre otros recursos, las normas del Convenio.

100. El mismo razonamiento se aplica incluso cuando la ley especial está llamada a sustituir completamente a la ley general. Como el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos declaró en el caso *Amoco International Finance Corporation c. el Irán*:

> Como *lex specialis* en las relaciones entre los dos países, el Tratado prevalece sobre la *lex generalis*, es decir, el derecho internacional consuetudinario. No obstante, ello no significa que éste sea irrelevante en el presente caso. Por el contrario, las normas del derecho consuetudinario pueden ser útiles para colmar las posibles lagunas del Tratado, para esclarecer el significado de ciertos términos que no se definen en su texto o, con carácter más general, para facilitar la interpretación y la aplicación de sus disposiciones[125].

101. Esta conclusión no se aparta de la alcanzada en el asunto *Neumeister* antes citado, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no consideró que el párrafo 5 del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos fuera *lex specialis* en relación con el artículo 50, por su idea preconcebida de que la aplicación de *lex specialis* presupone la existencia de un conflicto. El Tribunal distinguió las dos disposiciones basándose en que el párrafo 5 del artículo 5 era una norma «sustantiva» mientras que el artículo 50 se refería a la competencia del Tribunal. Sin embargo, este último artículo debía «tenerse en cuenta» al aplicar el primero[126]. Aunque en este caso el Tribunal se abstuvo de invocar la *lex specialis*, sí lo ha hecho en su jurisprudencia más reciente[127].

102. En ambos casos —ya se interprete como aplicación de la ley general o como derogación de ésta— el propósito de la *lex specialis* es indicar qué norma debería aplicarse. En ambos casos, la norma especial como tal prevalece y resulta aplicable en lugar de la general. No obstante, esta sustitución siempre es parcial. La norma más general permanece en un segundo plano ofreciendo pautas de interpretación a la especial. Así, por ejemplo, en el reciente caso de las *Plataformas petrolíferas*[128], la ley general relativa al uso de la fuerza se aplicó para dar sentido a una amplia norma de «necesidad» de la *lex specialis* pertinente, el Tratado de Amistad de 1955 entre el Irán y los Estados Unidos. No es que una *lex generalis* particularmente importante hubiera excluido a la *lex specialis*, sino que esta última recibía su significado de la primera[129].

---

[123] En Jenks (nota 8 *supra*), págs. 408 a 420, y en Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 189 a 191 *passim*, figuran ejemplos de esas relaciones. Véase también el laudo del Tribunal Arbitral en el caso relativo al *Atún de aleta azul del sur*, en el que el Tribunal observó el paralelismo que frecuentemente existe entre los tratados y declaró que «la celebración de un convenio de aplicación no exime necesariamente a quienes sean partes en él de las obligaciones que les incumban en virtud del convenio marco» (*Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan* (nota 26 *supra*), pág. 40, párr. 52). El Tribunal no especificó si su decisión constituía una aplicación especial o una exclusión de la *lex specialis* porque el Japón había alegado que había sustituido todas las obligaciones del convenio marco por las del convenio de aplicación.

[124] Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 22 de marzo de 1985; Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, de 16 de septiembre de 1987; Ajustes al Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, 29 de junio de 1990, anexo I del Informe de la segunda reunión de las Partes (UNEP/OzL.Pro.2/3), y notificación al depositario C.N.133.1991.TREATIES-3/2 de 27 de agosto de 1991 (rectificación del texto auténtico en español de los ajustes y la enmienda) (véase también ILM, vol. 30, núm. 2 (marzo de 1991), pág. 539), y Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, 28 de junio de 1990, anexo II del Informe de la segunda reunión (UNEP/OzL.Pro.2/3), y notificación al depositario C.N.133.1991. TREATIES-3/2 de 27 de agosto de 1991 (rectificación del texto auténtico en español de los ajustes y la enmienda) (véase también ILM, vol. 30, núm. 2 (marzo de 1991), pág. 541).

[125] *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran* et al., caso núm. 56, 14 de julio de 1987, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, 15 IRAN-U.S. C.T.R., págs. 189 y ss., en especial pág. 222. Por lo que respecta al Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares entre el Irán y los Estados Unidos de 1955, véase la nota 94 *supra*.

[126] *Neumeister v. Austria (art. 50)* (véase la nota 116 *supra*), pág. 13, párr. 30.

[127] Algo parecida fue la situación en que se encontró un Tribunal de las Naciones Unidas en Libia, cuya jurisdicción en virtud de los artículos VII y X de la resolución 388 (V) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1950, por la que se creó, fue cuestionada en 1955. Libia afirmó que dado que la cuestión de la confiscación se había tratado de acuerdo con el primer artículo y no con el segundo, que otorgaba jurisdicción a ese Tribunal, el Tribunal no era competente para conocer de ella. Libia formuló su argumento del siguiente modo: «Es un principio jurídico universal, en materia de interpretación, que en caso de conflicto entre un texto general y un texto especial debe prevalecer este último». El Tribunal desestimó esta objeción, declarando que el artículo VII se limitaba a «especificar» que la competencia del Tribunal —que éste ejercía con carácter general conforme al artículo X— también se extendía a los asuntos relacionados con las propiedades confiscadas. Véase *Décisions rendues les 3 juillet 1954 et 27 juin 1955 dans l'affaire relative aux institutions, sociétés et associations visées à l'article 5 de l'Accord conclu, en date du 28 juin 1951, entre les Gouvernements britannique et Italien, concernant la disposition de certains biens italiens en Libye*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII (núm. de venta: 63.V.3), 373 y ss., en especial pág. 388. Por lo que respecta al Acuerdo entre el Reino Unido e Italia, firmado en Londres el 28 de junio de 1951, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 118, núm. 1600, pág. 115.

[128] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2003*, pág. 161.

[129] Como sugirió E. Jouannet, «Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, Affaire des Plates-formes pétrolières», RGDIP, vol. 108 (2004), págs. 933 y 936.

b) Lex specialis *como excepción a la norma general*

103. Como se ha señalado anteriormente, la mayor parte del derecho internacional general es dispositivo y puede ser derogado por vía de excepción. Pero la aplicación de las «excepciones» también es relativa, de modo que lo que se «excluye» sigue influyendo en la interpretación y la aplicación de la excepción. A menudo se afirma que el derecho de la guerra es *lex specialis* en relación con las normas que determinan el derecho aplicable a los mismos asuntos en tiempo de paz[130]. En la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia examinó la relación entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el derecho aplicable en los conflictos armados. El artículo 6 del Pacto establecía el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente. La Corte declaró que este derecho también se aplica en situación de hostilidades. No obstante:

> Ahora bien, para identificar el criterio que permita determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades[131].

104. En el ejemplo del derecho de la guerra, la propia norma señala las condiciones en las que se aplica, esto es, cuando existe un «conflicto armado». Debido a ello, la norma parece más «especial» de lo que sería si esas condiciones no se hubieran especificado. Considerar este ejemplo como una situación de *lex specialis* permite destacar un importante aspecto de cómo funciona el principio. Aunque su aplicación tiene por objeto justificar una excepción, la norma que se excluye no desaparece totalmente[132]. La Corte se cuidó de señalar que la normativa de los derechos humanos *seguía aplicándose* en los conflictos armados. La excepción —el derecho humanitario— solo afectaba a un único (aunque importante) aspecto de la cuestión: la evaluación relativa de la «arbitrariedad». El uso del principio de la *lex specialis* no pretendía sugerir que los derechos humanos quedaran derogados en las situaciones de guerra. La excepción no se aplicó de manera formal o absoluta, sino que se tuvo en cuenta como un aspecto práctico del razonamiento de la Corte. Por deseable que sea eliminar la diferencia entre las situaciones de paz y de conflicto armado suprimiendo pura y simplemente estas últimas, no cabe ignorar que la guerra sigue siendo una excepción a la situación normal, que es la paz, lo que debe tenerse en cuenta al determinar qué normas deben utilizarse para enjuiciar los comportamientos en esas circunstancias (excepcionales). El caso relativo a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* fue un «caso difícil», en el sentido de que la Corte tuvo que elegir entre distintos grupos de normas, ninguna de las cuales podía gozar de prioridad absoluta ni excluir totalmente a las demás. La *lex specialis* se limitó a poner de relieve que, aunque lo deseable hubiera sido aplicar solo las normas sobre derechos humanos, esa solución habría sido demasiado idealista, teniendo en cuenta la realidad y, en particular, la singularidad y la persistencia de los conflictos armados. Por lo tanto, la Corte hizo una interpretación sistémica del derecho que relacionó ambas categorías de normas entendidas como la realidad del presente y la aspiración del futuro, teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de garantizar la «supervivencia del Estado»[133].

105. Lo que es importante retener aquí es que cuando la *lex specialis* se invoca como una excepción a la ley general se está sugiriendo que la especial naturaleza de los hechos justifica una desviación de lo que, en otras circunstancias, sería el modo «normal» de proceder. Esto subraya una vez más la naturaleza de la *lex specialis* como aspecto pragmático del razonamiento jurídico, en el que entran en juego valoraciones relativas de «generalidad» y «especialidad», presunciones de cuáles son los «casos normales» y cuáles los «excepcionales». A veces, estas distinciones figuran en un instrumento jurídico. Así, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé un derecho a suspender determinadas cláusulas previstas en el Pacto «en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación». Cuando se da esa condición factual, se produce una situación similar al «conflicto armado» que justificaba la aplicación del derecho de la guerra, tal como declaró la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Y, al igual que en este caso, en circunstancias de emergencia pública seguiría mínimamente vigente el principio de legalidad o, de lo contrario, se produciría un vacío legal abiertamente inconstitucional.

106. No obstante, a menudo la condición factual que determina la «especialidad» de un caso no se establece en un tratado, sino que debe inferirse a través de los medios normales que permiten identificar la presencia del consentimiento tácito, el *estoppel*, las *effectivités*, los títulos históricos, la cláusula *rebus sic stantibus* o la costumbre local (caso relativo al *Derecho de paso por territorio de la India*), por ejemplo. Esta evaluación depende de juicios de valor, a los que se remite constantemente, sobre qué es lo sustancial y qué es lo marginal de un caso, qué aspectos de él deben destacarse y cuáles pueden pasarse por alto. Por ejemplo, ¿sirven las *effectivités* o la «consolidación histórica» como fundamento de un tipo de excepción anterior al «título» formal, o viceversa? A veces (como en el caso relativo a la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*) las *effectivités* pueden realmente servir de fundamento de un título mientras que, en otras ocasiones, un título preexistente puede convertirlas en ilícitas (caso relativo a la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*). No parece existir una solución *a priori*[134].

---

[130] Por ejemplo, Jenks (nota 8 *supra*), pág. 446; W. Karl, «Treaties, conflicts between», en R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Ámsterdam, Elsevier, 2000, pág. 937.

[131] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 122 *supra*), pág. 240, párr. 25.

[132] No obstante, el papel marginal atribuido a la normativa de los derechos humanos en la referida opinión ha sido ostensiblemente criticado por V. Gowlland-Debbas, «The right to life and genocide: the Court and an international public policy», en L. Boisson de Chazournes y P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, págs. 321 a 326.

[133] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 122 supra), pág. 266, párr. 105(2) E.

[134] Véanse *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 625 y ss., en especial pág. 682, párr. 134, y pág. 684, párr. 145 (*effectivités* como fundamento del título de Malasia) y *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 303 y ss., en especial, pág. 415, párr. 223, y págs. 341 a 344, párrs. 52, 54 y 55 (*effectivités* ilícitas). Véase asimismo *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*,

107. El argumento de las *effectivités*, como el derivado del *estoppel* (*Templo de Preah Vihear*) y los títulos históricos (*Pesquerías*), por ejemplo, se basan en la misma justificación que la *lex specialis*[135]. Estos argumentos también pretenden que la ley refleje la complejidad de situaciones particulares. También crean jerarquías oficiosas para distinguir los casos especiales de sus presupuestos generales (y formales), indicando algún aspecto relevante de la descripción factual que debería ser decisivo. Lo que no zanjan, como sucedió en la opinión consultiva sobre el caso relativo a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, es la base que debe utilizarse para identificar los hechos relevantes, en que debe fundarse la elección del marco interpretativo. ¿Hasta qué punto la descripción factual de la situación de «conflicto armado» influye en el significado de la expresión «privación arbitraria de la vida» del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos? A este respecto, no existe una fórmula única[136]. Deben sopesarse diferentes consideraciones, y si el resultado de esa ponderación es algo distinto de la expresión de una preferencia, deberá encontrar su fundamento en los objetivos sistémicos de la ley, que representan la base y el contexto en el que ésta deberá interpretarse.

3. Prohibición de la *lex specialis*

108. La mayor parte del derecho internacional general puede derogarse mediante *lex specialis*. Sin embargo, a veces la ley general prohíbe expresamente cualquier desviación o esa prohibición deriva de la naturaleza de la ley general. El caso del *jus cogens* se examina en el capítulo IV *infra*. En el reciente litigio relativo al Convenio OSPAR, por ejemplo, el Tribunal Arbitral estimó que no hacía falta demostrar que su cometido consistía en aplicar, además del propio Convenio OSPAR, la costumbre internacional y los principios generales del derecho, añadiendo, no obstante, que «incluso en tal caso, debe dar precedencia al *jus cogens* entonces aplicable con el que la *lex specialis* de las partes puede ser incompatible»[137]. Pero, dejando de lado el *jus cogens*, puede haber otros tipos de derecho general que excluyen su derogación mediante *lex specialis*. Así, en cuanto a los conflictos entre las normas de derechos humanos, suele considerarse que prevalece la más favorable al interés protegido[138]. Cuando menos, parece que se excluye cualquier derogación que pueda perjudicar a los beneficiarios.

109. La posibilidad de derogar mediante *lex specialis* sigue siendo una cuestión de interpretación de la ley general de que se trate. Entre los extremos que pueden resultar pertinentes figuran al menos los siguientes: la situación normativa de la ley general (¿es *jus cogens*?), la determinación de quiénes son los beneficiarios de las obligaciones (prohibición de excluir la aplicación de una ley que beneficie a terceros, incluidas personas o entidades no estatales), la posibilidad de que la prohibición de derogar se deduzca de cualquier otro modo de los términos de la norma general (por ejemplo, su naturaleza «integral» o «interdependiente», su carácter *erga omnes*, o la existencia de una práctica posterior que haya creado una expectativa de no derogación)[139]. En algunas ocasiones, la derogación —aunque también la aplicación o la modificación— puede estar prohibida por considerarse que «altera el equilibrio establecido en el tratado general entre los derechos y las obligaciones de los Estados partes»[140]. Este principio se aplicaría, no solo a los tratados de derecho público (como quiera que se defina esa categoría), sino también a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales[141].

110. En la práctica, es posible que estas consideraciones susciten la cuestión de qué debe entenderse por «derogación» frente a otros conceptos como «aplicación», «actualización» o «modificación». Las opiniones al respecto son distintas y esas diferencias probablemente reflejen interpretaciones divergentes del derecho general. Por ejemplo, ¿puede una aplicación técnica poner en peligro un acuerdo global frágil? Estos problemas no pueden resolverse recurriendo únicamente a la ley especial, sino que exigen formarse una opinión sobre la naturaleza y los objetivos razonables de la ley general.

4. El carácter relacional de la distinción entre general y especial

111. Una de las dificultades del principio de la *lex specialis* se deriva de la falta de claridad de la distinción entre «general» y «especial». Ello se debe a que toda regla general es también particular en el sentido de que trata de alguna materia particular, es decir, incluye cierta descripción factual como condición *general* de su aplicación. Por ejemplo, la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción establece el derecho general sobre la utilización de las minas terrestres. Sin embargo, existe también un aspecto «especial» de las reglas generales del derecho humanitario. Por otra parte, toda ley especial es general pues una característica de las normas es que se aplican «generalmente» a una clase.

---

págs. 554 y ss., en especial pág. 564, párr. 18 («de hecho el concepto de título también puede incluir, con carácter más general, cualquier prueba que permita demostrar la existencia de un derecho y la fuente real de ese derecho»).

[135] *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, fondo, fallo de 15 de junio de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 6 y ss., en especial pág. 23; *Fisheries case*, fallo de 18 de diciembre de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 116 y ss., en especial págs. 130 y 131.

[136] Como destacan, por ejemplo, McDougal, Lasswell y Miller (nota 74 *supra*), pág. 206.

[137] *Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, laudo definitivo, 2 de julio de 2003, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (núm. de venta: E/F.04.V.15), págs. 59 a 151, en especial pág. 87, párr. 84; ILR, vol. 126, pág. 364.

[138] Karl (nota 130 *supra*), pág. 939; Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 213 a 231. Véanse también las opiniones separadas de los Magistrados van Eysinga y Schücking en el caso *Oscar Chinn*, fallo de 12 de diciembre de 1934, *P.C.I.J., Series A/B*, núm. 63, págs. 132 a 135 y 149.

[139] Para una distinción entre obligaciones normales («recíprocas»), «integrales» e «interdependientes», véase el tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Gerald Fitzmaurice, *Anuario… 1958*, vol. II, documento A/CN.4/115, págs. 43 y 44, párr. 76, comentario al proyecto de artículo 17. Para el tratamiento de esta distinción en las últimas fases del proyecto de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, véase el tercer informe sobre la responsabilidad del Estado del Relator Especial James Crawford, *Anuario… 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/507 y Add.1 a 4, págs. 34 a 37, párrs. 99 a 108. Véase también el capítulo IV *infra*.

[140] Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), pág. 131.

[141] Véanse, por ejemplo, I. Seidl-Hohenveldern, «Hierarchy of treaties», en J. Klabbers y R. Lefeber, *Essays on the Law of Treaties. A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 15 y 16; Karl (nota 130 *supra*), pág. 940.

Toda regla se puede expresar de la forma siguiente: «para cada p es cierto que se aplica la regla q». Ninguna regla se aplica a un caso único. Incluso cuando las ocasiones de aplicación de una regla son escasas, para que lo normal sea *regla* (en vez de una *orden* a alguien) debe estar generalmente definido. Esto se refleja en la distinción introducida por numerosos ordenamientos internos entre leyes y actos, o *loi* y *acte*, *Gesetz* y *Massnahme*.

112. La generalidad y la especialidad son, pues, relativas. Una regla no es nunca «general» o «especial» en abstracto sino en relación con alguna otra regla. Esta relatividad funciona de dos formas. Una regla puede ser general o especial en relación con la *materia de que trata* (descripción factual) o en relación con el *número de actores* cuya conducta regula[142]. Así, el uso de minas antipersonal es una materia especial dentro de la *materia general* del derecho humanitario. De la misma manera, la distinción entre costumbre general y local ofrece un ejemplo del número de actores cubiertos. Ambas formas pueden yuxtaponerse. Así, puede haber una regla general en cuanto a la materia que trata (como un tratado de buena vecindad), pero válida solamente para una relación especial entre un número limitado (dos) de Estados.

a) *La especialidad en relación con las partes*

113. Al considerar la *lex specialis* como una técnica de solución de conflictos es necesario distinguir entre los casos en que diferentes obligaciones son válidas y aplicables entre los *mismos Estados* (A/B + A/B) y los casos en que el cumplimiento de una obligación en una relación (A/B) hace imposible el cumplimiento de una obligación en otra relación (A/C). Estos casos se discuten habitualmente en relación con los tratados sucesivos (artículo 30 de la Convención de Viena de 1969) y aunque esas cuestiones se abordarán más adelante en el capítulo III, quizá sea útil decir cómo opera la *lex specialis* en tales relaciones, si es que opera.

114. En el primer caso (A/B + A/B) el campo de aplicación de la *lex specialis* es muy limitado, pues tanto A como B tienen derecho a enmendar su tratado anterior o desviarse de la ley más general como deseen. Sin embargo, no es posible excluir automáticamente que cuando dos Estados concluyen un tratado redactado en términos generales deseen por ejemplo derogar un tratado anterior redactado en términos más específicos. En tales casos, la *lex specialis* puede tener algún valor como indicación de la voluntad de las partes[143]: la *lex posterior* no anulará una obligación derivada de un tratado anterior si la especialidad de esa obligación anterior puede considerarse una indicación de que las partes no pretenden ese resultado. El caso de que un número limitado de partes en un tratado multilateral establece un régimen especial entre ellas se regula también como si se tratara de una «modificación» según el artículo 41 de la Convención de Viena de 1969 y no es posible discutirlo aquí con un mínimo detalle.

115. El caso difícil se da cuando el Estado A ha asumido obligaciones opuestas en relación con dos (o más) Estados diferentes (B y C) y surge la cuestión de qué obligaciones deben prevalecer. En este caso la *lex specialis* parece de todo punto irrelevante. Cada relación (tratado) bilateral se rige por el principio *pacta sunt servanda* que excluye los efectos frente a terceros. Ese conflicto no está regulado por el artículo 30 de la Convención de Viena[144]. El Estado que es parte en los instrumentos en conflicto tiene que decidir en la práctica el tratado que aplicará y el que incumplirá, con su consiguiente responsabilidad en cuanto a este último[145].

b) *La especialidad en cuanto a la materia*

116. Como ya se ha indicado anteriormente, para saber si una regla es «especial» o «general» hay que hacer una valoración relativa: especial *¿en qué sentido?* general *¿con relación a qué?* Como solo las cosas que son similares en algunos aspectos se pueden comparar —y de hecho pueden entrar en conflicto— forzoso es suponer, de acuerdo con Fitzmaurice, que la *lex specialis* «solo se aplica cuando tanto la disposición general como la disposición específica en cuestión tratan de la misma materia sustantiva»[146]. Asimismo, el comentario al artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos requiere que para que se aplique la *lex specialis*, las disposiciones deben de tratar de las mismas cuestiones[147].

117. Sin embargo, como se observaba en la sección B del capítulo I *supra*, el criterio de la «misma materia» como condición para aplicar una norma conflictiva es demasiado impreciso para ser útil. Diferentes situaciones pueden calificarse de un modo distinto según cuál sea el propósito normativo previsto. En cierto sentido, la mayor parte de las actividades del mundo internacional tienen que ver con el medio ambiente: ¿puede decirse, pues, que todas las cuestiones son cuestiones «ambientales» que tiene que resolverse con normas ambientales? Pero la mayoría de las formas de comportamiento internacional también guardan alguna relación con los «derechos humanos» o con la «seguridad». Estos nombres no tienen que ver con las normas que deben aplicarse sino con el modo de calificar las características propias de un estado de cosas.

---

[142] Villiger (nota 77 *supra*), pág. 36; Kontou (nota 66 *supra*), págs. 19 y 20.

[143] Como observan Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), pág. 177; y Zuleeg (nota 74 *supra*), pág. 256. Véase también McNair (nota 58 *supra*), págs. 219 y 220. Esto corresponde al párrafo 4 del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969. Véase igualmente Mus (nota 21 *supra*), págs. 217 a 219.

[144] Lauterpacht propuso inicialmente que el tratado posterior se considerara nulo a menos que poseyera «un grado de generalidad que le concediera el carácter de acto legislativo» (primer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Hersch Lauterpacht, *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, documento A/CN.4/63, págs. 156 a 159). Sin embargo, Relatores Especiales posteriores (Fitzmaurice y Waldock) consideraron que esto situaba a la parte inocente en el tratado posterior en una desventaja injustificada.

[145] A esto llama Zuleeg «principio de la libertad política», Zuleeg (nota 74 *supra*), págs. 267 y 268. Véase también Mus (nota 21 *supra*), págs. 227 a 231. La génesis y crítica del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 está perfectamente expresada en Sur, *L'interprétation en droit international public* (nota 107 *supra*), págs. 167 a 171, y Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 59 a 84. La discusión más amplia sobre la materia se encuentra en G. Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction, the Dialectic of Duplicity*, Nueva York, Praeger, 1988.

[146] Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4…» (nota 59 *supra*), pág. 237.

[147] Comentario al artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párrs. 4 y 5, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 150.

118. El ejemplo anterior se refería al transporte marítimo de substancias peligrosas. Según cuál sea la consideración de la situación a juicio del intérprete, el caso queda sometido a la aplicación uno u otro conjunto de normas como *lex specialis*: ¿es el objetivo de la ley promover el comercio, defender la jurisdicción del Estado del pabellón o del Estado costero o proteger el medio ambiente? Ninguno de estos objetivos goza de una prioridad intrínseca sobre los demás. Por esta razón, en los casos difíciles habrá que tomar una decisión justificable que tenga todos estos objetivos en cuenta articulando alguna relación sistémica entre ellos. Ninguno se puede simplemente ignorar por la misma razón por la que la Corte Internacional de Justicia, en el asunto de la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, no ignoró la normativa de derechos humanos ni ninguna de las demás ramas del derecho (derecho del medio ambiente, derecho humanitario, derecho sobre el uso de la fuerza) que se habían invocado. En algún aspecto eran *lex specialis*. Ello no significa que su decisión —que «no puede llegar a una conclusión definitiva sobre si la amenaza o el empleo de armas nucleares serían lícitos o ilícitos en una circunstancia extrema de defensa propia, en la que esté en juego la supervivencia misma de un Estado»[148]— fuera irreprochable. Quizá pudiera criticarse la unidad sistémica que la Corte proponía y que culminó en el valor final de la «supervivencia misma del Estado». Pero lo que importa no es que la decisión fuera correcta, sino que para llegar a ella no se descartó «automáticamente» ningún derecho. Todos contribuyeron a aportar las consideraciones pertinentes a la opinión consultiva cuya autoridad reside precisamente en la verosimilitud de lo que vino a sugerir como objetivo determinante del derecho.

5. Conclusión para la lex specialis: la omnipresencia de la «ley general»

119. El principio *lex specialis derogat legi generali* hace referencia a una técnica habitual de razonamiento jurídico, que funciona en el derecho internacional y en otras esferas del derecho entendidas como sistemas, y cuya fuerza depende totalmente de las consideraciones normativas que articula: la sensibilidad al contexto, la capacidad de reflejar la voluntad del Estado, la concreción, la claridad y el carácter definido. Su funcionamiento no se puede evaluar con independencia del papel que juegan las consideraciones de este último tipo en un contexto específico de razonamiento jurídico. ¿Cómo se relaciona un acuerdo particular con la ley general que le rodea? ¿Ejecuta o apoya a esta última o quizá se desvía de ella? ¿Es tolerable la desviación? *No es posible dar respuestas generales e independientes del contexto a estas preguntas*. En este sentido, el principio de la *lex specialis* no se puede codificar significativamente.

120. La función de la *lex specialis*, analizada anteriormente, no se puede disociar de las evaluaciones de la naturaleza y finalidad de la ley general que se propone modificar, sustituir, actualizar o derogar. Ello pone de relieve la naturaleza sistémica del razonamiento del que forman parte inextricable los argumentos derivados de la «ley especial». Ninguna ley, tratado o costumbre se aplica en el vacío, por especial que sea la materia que trate o por limitado que sea el número de Estados a que afecte. Como se explica con más detalle en el capítulo V *infra*. Su entorno normativo incluye no solo cualquier ley general que exista sobre la misma materia sino también los principios que determinan los sujetos jurídicos pertinentes, sus derechos y obligaciones básicos y las formas a través de las cuales esos derechos y obligaciones se pueden completar, modificar o extinguir. Principios tales como «soberanía», «no intervención», «autodeterminación», «igualdad soberana», «no empleo de la fuerza», *audiatur et altera pars*, «nadie podrá beneficiarse de sus propios actos ilícitos» y otros, así como los principios interpretativos tales como *lex specialis* y *lex posterior*, junto con toda una serie de otras técnicas del razonamiento jurídico, forman parte de este marco.

121. La relación entre la ley general y las reglas particulares es ubicua. Cabe siempre preguntarse cómo se relaciona una regla particular del derecho internacional con su entorno normativo. Esta relación no siempre es visible. En ocasiones los Estados crean derechos y obligaciones particulares allí donde no parece haber una ley general sobre la cuestión. En tales casos estos derechos y obligaciones no parecen tener a primera vista el carácter de *leges speciales*. No se oponen a nada que sea más «general». La esfera normativa «en torno» a esas reglas parece seguir siendo un vacío jurídico, como lo era la materia que ahora cubren antes de que esa nueva regla entrara en vigor.

122. Las precedentes reflexiones sugieren, no obstante, que cualesquiera que sean los problemas lógicos, conceptuales o políticos, que giran en torno al viejo problema de las «lagunas» del derecho internacional[149], existe al menos un sentido en el que la idea de vacío jurídico en relación con la *lex specialis* es una *imposibilidad* conceptual. Si un sujeto jurídico invoca un derecho basado en una «ley especial», la validez de esa invocación solo podrá ser decidida por referencia a la totalidad del sustrato del sistema jurídico que dice cómo se promulgan las «leyes especiales», qué es lo «especial» acerca de ellas, cómo se aplican, modifican y terminan. Es imposible formular pretensiones jurídicas solamente en un sentido limitado, optar por una parte de la ley prescindiendo del resto. El razonamiento jurídico funciona en un sistema cerrado y circular en el que cada reconocimiento o no reconocimiento de la pretensión jurídica solo puede decidirse reconociendo la corrección de otras pretensiones jurídicas. Ejemplo de ello son los llamados «regímenes autónomos».

C. Regímenes autónomos (especiales)

1. ¿Qué son los regímenes autónomos?

123. En el comentario al artículo 55 (*Lex specialis*) del proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos se hace una distinción entre «las formas “débiles” [de *lex specialis*], tales como determinadas disposiciones de un tratado sobre una sola cuestión» y «las formas

[148] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 122 *supra*), pág. 266, párr. 105(2) E (parte dispositiva).

[149] El presente análisis no pretende tomar posición en el debate sobre la permisibilidad o conveniencia de «*non liquet*» entre Hersch Lauterpacht y Julius Stone, recogido en los escritos de Lucien Siorat, Gerald Fitzmaurice o Ulrich Fastenrath, entre otros.

"fuertes" de *lex specialis*, inclusive aquellas a que se hace referencia muchas veces como regímenes completos en sí mismos». Si bien en el comentario no se define qué constituye una «forma fuerte», se dan dos ejemplos: el fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *S. S. «Wimbledon»* (1923) y el de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980)[150].

124. Ese criterio no está exento de ambigüedades. La Comisión reconoció y definió a los regímenes autónomos como una subcategoría (a saber, una «forma fuerte») de *lex specialis* dentro de las normas relativas a la responsabilidad del Estado. Como tal, aparentemente incluye el caso en que un conjunto especial de normas secundarias tiene prioridad sobre las normas secundarias del derecho general aplicables a la responsabilidad del Estado. Esa definición sigue muy de cerca el uso del término por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, en que la Corte identificó al derecho diplomático como un régimen autónomo precisamente haciendo referencia a la manera en que había establecido su propio sistema «interno» para reaccionar ante un incumplimiento:

> En resumen, las normas del derecho diplomático constituyen un régimen autónomo que, por una parte, establece las obligaciones del Estado receptor en lo que respecta a los servicios, las prerrogativas y las inmunidades que se deben otorgar a las misiones diplomáticas y, por la otra, prevé la posibilidad de que los miembros de la misión puedan cometer abusos y establece los medios de que dispone el Estado receptor para contrarrestar ese tipo de abusos[151].

125. En otras palabras, no se permite el incumplimiento recíproco de la inmunidad diplomática; el Estado receptor solo puede utilizar los recursos que le brinda el derecho diplomático que, presume la Corte, son «enteramente eficaces». En el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, la Corte dio a la normativa de los derechos humanos un trato muy similar: los tratados pertinentes tienen su propio régimen de rendición de cuentas que hacen que otros tipos de reacción sean inadecuados[152].

126. Sin embargo, en el fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *S. S. «Wimbledon»* se aplicó una noción más amplia de régimen autónomo. Se debatía allí el estatuto del canal de Kiel, al que se aplicaban tanto las normas generales sobre cursos de agua internos como las normas especiales del canal, establecidas en el Tratado de Versalles de 1919. La Corte caracterizó el derecho aplicable de la siguiente manera:

> Si bien el canal de Kiel, construido por Alemania en territorio alemán, fue hasta 1919 un curso de agua interno del Estado en que se encontraban ambas riberas, en el Tratado [de Versalles] se tuvo el cuidado de no asimilarlo a los demás cursos de agua navegables del Imperio alemán. Se creó una sección especial al final de la parte XII […] y en esa sección se incluyeron normas previstas exclusivamente para el canal de Kiel; esas normas difieren en más de una cuestión de las aplicables a los demás cursos de agua navegables internos del Imperio […] La diferencia se observa más concretamente en el hecho de que el canal de Kiel está abierto a los buques de guerra y al tráfico de tránsito de todas las naciones que estén en paz con Alemania, mientras que el libre acceso a los demás cursos navegables de Alemania […] está limitado exclusivamente a las Potencias Aliadas y Asociadas […] En consecuencia, las disposiciones del canal de Kiel son autónomas. La idea subyacente [a esas disposiciones] no se debe buscar estableciendo una analogía [con las disposiciones relativas a otros cursos de agua] sino más bien mediante un argumento a contrario, un método de argumentación que las excluye[153].

127. Aquí la noción de «régimen autónomo» no se limita a un conjunto especial de normas secundarias. En cambio, la naturaleza «especial» de régimen del canal de Kiel se debe aparentemente al carácter especial de las normas primarias pertinentes, especialmente las obligaciones que incumbían a Alemania, establecidas en las secciones correspondientes del Tratado de Versalles, más que a alguna norma especial relativa a su incumplimiento. Aunque aquí la Corte utiliza la expresión «autónomo», es difícil saber si en realidad quiso decir algo más que, cuando existen normas convencionales específicas relativas a un problema, esas normas tienen prioridad sobre cualquier otra norma externa. Ese es claramente el sentido de la expresión que empleó en una opinión de 1925, cuando sostuvo que, a fin de interpretar ciertas expresiones en un tratado, no era necesario remitirse a fuentes externas: «En consecuencia, todo parece indicar que, en lo que respecta a esa cuestión, la Convención es autónoma y que […] [se debería emplear] el sentido natural de las palabras»[154]. Por supuesto, esta es una técnica judicial muy común y se corresponde con el principio, mencionado *supra*, de la prioridad pragmática de las normas establecidas en tratados frente a una norma de carácter general[155].

128. En consecuencia, es posible establecer una distinción provisional entre los dos usos de la noción de «régimen autónomo». En sentido estricto, el término se utiliza para señalar un conjunto especial de normas secundarias en virtud del derecho de la responsabilidad del Estado que tiene primacía sobre las normas generales relativas a las consecuencias de una violación. En un sentido más amplio, el término se utiliza para referirse a conjuntos interrelacionados de normas primarias y secundarias, a las que a menudo se llama «sistemas» o «subsistemas» de normas que abordan un problema particular de una manera diferente a las normas del derecho general. Quizás ese conjunto de normas sea muy limitado, por ejemplo, el régimen de cooperación judicial entre la Corte Penal

---

[150] Comentario al artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párr. 5, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 150. *S. S. «Wimbledon»*, fallo de 17 de agosto de 1923, *P.C.I.J. Series A*, núm. 1, pág. 14; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, fallo, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 3.

[151] *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (véase la nota 150 *supra*), pág. 40, párr. 86.

[152] La Corte observó que el uso de la fuerza no era «el método adecuado para garantizar el respeto de los derechos humanos», ya que «cuando los derechos humanos están protegidos por convenciones internacionales, esa protección toma la forma de los arreglos de supervisión o de garantía del respeto de los derechos humanos establecidos en las convenciones mismas» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo de 27 de junio de 1986 (véase la nota 51 *supra*), pág. 134, párrs. 267 y 268).

[153] *S. S. «Wimbledon»* (véase la nota 150 *supra*), págs. 23 y 24.

[154] *Exchange of Greek and Turkish Populations*, opinión consultiva de 21 de febrero de 1925, *P.C.I.J., Series B*, núm. 10, pág. 20. Por lo que respecta a la Convención sobre el intercambio de poblaciones griegas y turcas, firmada en Lausana el 30 de enero de 1923, véase Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. XXXII, núm. 807, pág. 75.

[155] Ello se observa frecuentemente en las controversias territoriales. Si en un tratado se determina un límite territorial, no es necesario debatir *uti possidetis* el derecho intertemporal de las eficacias pertinentes. Véase, por ejemplo, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, fallo, *I.C.J. Reports 1994*, págs. 6 y ss., en especial págs. 38 y 39, párrs. 75 y 76.

Internacional y los Estados partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[156], o bien bastante amplio, como, por ejemplo, la técnica de interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos como «instrumento del orden público europeo para la protección de los seres humanos individuales»[157]. En este sentido más amplio, la autonomía prácticamente se fusiona con el sesgo voluntarista y contractual del derecho internacional: cuando una cuestión está regulada por un tratado, normalmente no hay razón para recurrir a otras fuentes.

129. Sin embargo, en ocasiones la noción de «régimen autónomo» se extiende incluso más allá que en el caso *S. S. «Wimbledon»*. En ocasiones, ámbitos enteros de especialización funcional, en la esfera diplomática y doctrinaria, se describen como autónomos (ya sea que se use o no esa palabra), en el sentido de que se considera que se deben aplicar normas y técnicas especiales de interpretación y administración[158]. Por ejemplo, ámbitos tales como el «derecho relativo a los derechos humanos», la «normativa de la OMC», el «derecho europeo» o «de la Unión Europea», el «derecho humanitario», el «derecho del espacio», entre otros, a menudo se identifican como «especiales», en el sentido de que se presume que las normas generales del derecho internacional se modifican, o inclusive se excluyen, en su administración. A menudo se habla de «principios del derecho ambiental internacional» o de «principios internacionales de derechos humanos», en el entendimiento de que, de alguna manera, esos principios difieren de los que el derecho general establece para situaciones análogas.

130. Por ejemplo, el principio de interpretación «dinámica» o teleológica está mucho más incorporado a la normativa de los derechos humanos que al derecho internacional general[159]. Como bien se sabe, en opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al aplicar un «tratado normativo» se debe buscar su objeto y propósito y no la interpretación que más limite las obligaciones de los Estados partes[160]. Haciendo todavía más intenso el contraste con el derecho general, ha dicho que:

> … a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, el Convenio [Europeo de Derechos Humanos] entraña más que simples compromisos recíprocos entre los Estados contratantes. Crea, además, una red de relaciones mutuas y bilaterales y de obligaciones objetivas[161].

131. Al compararse con la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo ha establecido que «una diferencia tan esencial en la función y el propósito de los distintos tribunales […] constituye un fundamento categórico para distinguir entre la práctica del Convenio y la de la Corte Internacional»[162]. Que ello no es un aspecto idiosincrásico del Convenio Europeo de Derechos Humanos queda sugerido por las actitudes paralelas adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos[163].

132. Un régimen autónomo en este tercer sentido tiene predominantemente efectos mediante el ofrecimiento de directrices de interpretación y orientaciones que, de alguna manera, se apartan de las normas del derecho general. Comprende un muy amplio conjunto de sistemas de normas interrelacionados de distintas maneras y hay grandes variaciones en la medida en que se presume que queda afectado el derecho general. ¿De hecho, cuál puede ser el sentido normativo de la división del derecho internacional en 17 distintos «temas» o «ramas» que se señala en un informe que la Secretaría de las Naciones Unidas presentó a la Comisión?[164]. Incluso cuando se pueda argumentar que una clasificación de ese tipo es simplemente «relativa» y tiene principalmente sentido didáctico, todavía sigue siendo común vincular las ramas o los subsistemas así determinados con principios jurídicos especiales relativos a la administración de las normas pertinentes[165].

---

[156] Para esta sugerencia, véase G. Sluiter, «The surrender of war criminals to the International Criminal Court», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 25 (2003), pág. 629.

[157] *Cyprus v. Turkey* [GC], demanda núm. 25781/94, sentencia de 10 de mayo de 2001, ECHR 2001-IV, pág. 25, párr. 78.

[158] Ello está implícito en muchos de los ensayos publicados en Barnhoorn y Wellens (eds.) (nota 12 *supra*).

[159] Para la función que desempeña la interpretación «dinámica» o «teleológica» en la normativa de los derechos humanos, véase P. Wachsmann, «Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme», en Société Française pour le Droit International, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, Colloque de Strasbourg*, París, Pedone, 1998, págs. 188 a 193. Véase también L. Caflisch y A. Cançado Trindade, «Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général», RGDIP, vol. 108 (2004), págs. 11 a 22.

[160] *Wemhoff v. Germany*, sentencia de 27 de junio de 1968, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 7, pág. 23, párr. 8.

[161] *Ireland v. the United Kingdom*, sentencia de 18 de enero de 1978, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 25, pág. 90, párr. 239. En el mismo sentido, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 2, págs. 20 a 23, párrs. 29 a 33, y *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 3, págs. 29 y 30, párr. 50.

[162] *Loizidou v. Turkey*, excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995 (véase la nota 56 *supra*), págs. 26 y 27, párrs. 70 a 72, y pág. 29, párrs. 84 y 85.

[163] Invocando la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el principio de que «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales» es parte del «*corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos» (*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 16, pág. 109, párrs. 114 y 115). En su controversial comentario general núm. 24, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dictaminó que las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 «no son adecuadas para abordar el problema de las reservas a los tratados de derechos humanos. Esos tratados, y concretamente el Pacto, no son una red de intercambios de obligaciones entre los Estados. Se refieren a la otorgación de derechos a las personas. No ha lugar al principio de la reciprocidad entre los Estados …» (comentario general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 40* (A/50/40), vol. I, anexo V, párr. 582).

[164] Examen de conjunto del derecho internacional: documento de trabajo preparado por el Secretario General, *Anuario… 1971*, vol. II (segunda parte), documento A/CN.4/245, pág. 1.

[165] Véase, por ejemplo, el debate en P. Malanczuk, «Space law as a branch of international law», en Barnhoorn y Wellens (eds.) (nota 12 *supra*), págs. 144 a 146.

133. Esto no quiere decir que el efecto de un régimen autónomo, en este tercer sentido, sea claro o directo. De hecho, autores como Brownlie o Pellet han centrado su crítica en que así se hace demasiado hincapié en el carácter especial de algo como la normativa de los «derechos humanos»[166]. Igualmente, la cuestión de si el «derecho ambiental internacional» designa a una rama especial del derecho internacional dentro de la cual se aplican principios de interpretación distintos de los generales, o simplemente a un conjunto de normas convencionales y consuetudinarias relativas al medio ambiente, quizás pueda parecer demasiado abstracta como para tener demasiada pertinencia[167]. Por ejemplo, la designación normal del derecho de los conflictos armados como *lex specialis* y régimen autónomo, o incluso como «un conjunto "diferente" de normas de derecho internacional público»[168], deja completamente abierta la cuestión de en qué medida quedan afectadas las normas generales de, por ejemplo, el derecho de los tratados[169]. Pero sin que importe cuántas dudas los «generalistas» del derecho internacional puedan tener en relación con la naturaleza normativa de esa designación, los especialistas en esos temas normalmente las consideran importantes. Como esos regímenes tienen una orientación funcional, también son útiles para determinar y articular intereses que sirven para encaminar la administración de las normas pertinentes[170].

134. Quizás ello se pueda ilustrar con el debate que existe sobre la función que el derecho internacional general cumple en el derecho mercantil. No cabe duda de que el régimen de solución de diferencias de la OMC es un sistema autónomo, en el sentido de que el artículo 23 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias excluye la determinación unilateral de incumplimientos o la adopción de contramedidas fuera del «subsistema específico» del régimen de la OMC[171]. En ocasiones se afirma que no se debe aplicar el derecho internacional general a la administración de los tratados de la OMC, ya que esta organización difiere fundamentalmente en su orientación general de la del derecho internacional público normal: este último se basa en la soberanía de los Estados, mientras que el primero deriva su justificación de la teoría de las ventajas comparativas. Los principios de interpretación inspirados en este último a menudo pueden estar en completo contraste con los basados en el primero[172]. Es cierto que los órganos de solución de diferencias de la OMC han aplicado muy ampliamente el derecho internacional consuetudinario y los principios generales para interpretar los tratados de la OMC[173]. Son muy pocos los abogados que insistirían en sostener que los tratados de la OMC, cualquiera sea su naturaleza, están totalmente cerrados al derecho internacional público[174]. Sin embargo, se sigue planteando la cuestión de que en ocasiones, y quizás a menudo, los criterios comerciales se contraponen a los de la protección de la soberanía y que, cuando hay que tomar una decisión, los objetivos y «principios» generales del derecho mercantil (cualquiera sea la manera en que se lo entienda) parecerán más plausibles a las instituciones y a los expertos mercantiles que las técnicas de interpretación tradicionales.

135. No se puede distinguir claramente entre las tres nociones de «régimen autónomo». Normalmente existe un sistema especial de normas secundarias —el aspecto principal de que se ocupa el artículo 55 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos— creado por un tratado único o por un conjunto muy estrechamente relacionado de tratados. Se podría citar como ejemplo el «sistema de no cumplimiento» en virtud del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985, y el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, de 1987, conexo a aquél, que tiene prioridad sobre la cláusula normal de arreglo de controversias de la Convención de Viena de 1969[175]. Un régimen especial aplicable a algunos ámbitos problemáticos (territoriales, funcionales), por ejemplo el caso *S. S. «Wimbledon»*, quizás abarque varios instrumentos y prácticas, unidos por su orientación hacia un problema único, por ejemplo el establecimiento de una zona de libre comercio o un régimen mercantil universal como el administrado por la OMC. Por supuesto, un régimen creado por un tratado puede ser tanto especial en el primer y el segundo sentido, es decir un régimen autónomo de recursos (responsabilidad del Estado), y un conjunto de normas especiales sobre la adopción, modificación, administración o extinción de las obligaciones pertinentes.

---

[166] Véase I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 529 y 530 (una crítica al carácter especial de la normativa de los derechos humanos); véase también A. Pellet, «Droitsde l'hommisme et droit international», conferencia en memoria de Gilberto Amado, 18 de julio de 2000.

[167] Es la cuestión central examinada en: T. Kuokkanen, *International Law and the Environment. Variations on a Theme*, La Haya, Kluwer Law International, 2002 (en que se analiza el modo en que los abogados internacionales han encarado históricamente los problemas ambientales, desde la simple aplicación de las reglas tradicionales hasta una compleja ordenación de regímenes de recursos).

[168] H. H. G. Post, «Some curiosities in the sources of the law of armed conflict conceived in a general international legal perspective», en Barnhoorn y Wellens (eds.) (nota 12 *supra*), pág. 96.

[169] Por ejemplo, quizás no se pueda solucionar en absoluto, dentro de los confines de la Convención de Viena de 1969, el posible conflicto entre la necesidad de mantener la fuerza vinculante de los tratados de paz y el principio establecido en el artículo 52 de la Convención (nulidad en caso de coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza).

[170] En un sentido sociológico, quizás hasta se pueda decir que expresan distintos criterios sociales: un enfrentamiento entre ellos sería como un enfrentamiento de criterios; por ejemplo, el criterio ambiental contra el mercantil, el de los derechos humanos contra el de las relaciones diplomáticas. Descrita de esa manera, la fragmentación del derecho internacional articularía un aspecto bastante fundamental de la realidad globalizada misma: el reemplazo de la territorialidad como principio de diferenciación social por el principio de la funcionalidad (no territorial). Véanse también Koskenniemi y Leino, «Fragmentation of international law?…» (nota 14 *supra*), y A. Fischer-Lescano y G. Teubner, *Regime-Kollisionen*, en prensa.

[171] El término «subsistema específico» se utiliza en Marceau, «WTO dispute settlement and human rights» (nota 43 *supra*), págs. 755 y 766 a 779.

[172] J. L. Dunoff, «The WTO in transition: of constitutents, competence and coherence», *George Washington International Law Review*, vol. 33, núms. 3 y 4 (2001), págs. 991 y 992.

[173] Véanse, en general, J. Cameron y K. R. Gray, «Principles of international law in the WTO Dispute Settlement Body», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50 (2001), págs. 248 a 298, y E. Canal-Forgues, «Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC», RGDIP, vol. 105 (2001), págs. 5 a 24.

[174] Véase además la sección C.3 *b* ii) *infra*.

[175] Véanse el artículo 8 del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono y las observaciones en M. Koskenniemi, «Breach of treaty or non-compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), págs. 123 a 162.

136. La noción más amplia abarca toda una esfera de especialización funcional u orientación teleológica a escala universal: por ejemplo, las leyes aplicables a los conflictos armados, que la Corte Internacional de Justicia identificó como *leges speciales* en el caso de la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, o el derecho ambiental, al que a menudo se considera acompañado de principios especiales (como el de precaución, «el que contamina paga» y «desarrollo sostenible»), que tratan de orientar la gestión de los asuntos ambientales[176]. Se puede observar la importancia que tiene esa especialidad en situaciones como el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, en que la Comunidad Europea argumentó ante la OMC que el principio de precaución incorporado a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Declaración de Río)[177] debía influir en la evaluación de la justificación de la prohibición establecida por la Comunidad Europea a la importación de ciertas carnes y productos derivados. Sin embargo, el Órgano de Apelación de la OMC manifestó que, si ello quizás podría haberse «cristalizado en un principio general del derecho *medioambiental* internacional consuetudinario», no quedaba claro que hubiera pasado a ser parte del derecho consuetudinario general[178]. Al circunscribir el principio como de «derecho ambiental consuetudinario», por supuesto se dejó abierto el interrogante de en qué circunstancias quizás podría ser aplicable en virtud del «derecho mercantil internacional».

137. En muchas ocasiones parece que «gran parte de la actividad del derecho internacional se ha desplazado hacia regímenes especializados»[179]. Por lo menos en lo que respecta a la responsabilidad del Estado, ese ha sido el precio que se ha debido pagar para lograr un régimen uniforme. Para tener éxito en la elaboración de un conjunto único de normas secundarias (y ello originó cierto desacuerdo entre los Relatores Especiales), éstas deben tener una naturaleza tan general que, cuando los Estados adoptan normas primarias sobre algún tema, naturalmente están tentados a adoptar también normas secundarias redactadas especialmente para regir el incumplimiento de esas normas primarias. Quizás se pueda mencionar como ejemplo el cambio desde un sistema de arreglo de controversias formal hacia formas de rendición de cuentas más «oficiosas» y no contenciosas que se observa en los tratados ambientales («mecanismos de no cumplimiento»). Ese tipo de variaciones no crea necesariamente demasiados problemas. Como ha señalado Crawford, en la Comisión nunca se presumió que su sistema de responsabilidad sería «aplicable a todos los casos». Que los Estados deseen seguir las normas generales o apartarse de éstas es «tanto una cuestión política como (en relación con los regímenes existentes) una cuestión de interpretación»[180]. Pero si en lugar de hacer más eficaces las obligaciones pertinentes, el régimen sirve para diluir las normas vigentes, problema que ya hace muchos años fue claramente identificado por Prosper Weil[181], habría que recurrir a la aplicación residual o supletoria de las normas generales de responsabilidad del Estado.

2. Regímenes autónomos y labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado

138. El Relator Especial Roberto Ago abordó la cuestión en relación con su examen de la «fuente» y el «contenido» de la obligación internacional violada[182]. ¿Afecta la identidad de la norma incumplida el tipo de responsabilidad consiguiente? Como bien se sabe, Ago examinó esa cuestión teniendo en cuenta predominantemente la graduación de la responsabilidad del Estado haciendo una distinción entre «crímenes» internacionales y «violaciones simples»[183]. No es necesario examinar aquí esa cuestión. Sin embargo, es útil observar que, aparte de esa distinción, Ago no consideró necesario clasificar las distintas consecuencias haciendo referencia a la fuente o al contenido de la obligación violada. Lo que trató de establecer, y logró, fue un conjunto de normas único y generalmente aplicable sobre la ilicitud que pudiera abarcar la violación de cualquier norma primaria. Como contraparte de esa generalidad, aceptó que los Estados estaban en libertad de establecer consecuencias especiales para la violación de tipos particulares de normas primarias:

> Algunos Estados pueden muy bien haber previsto, en el texto de un tratado particular concertado entre ellos, un régimen especial de responsabilidad para la violación de obligaciones específicamente previstas por dicho tratado[184].

139. La cuestión de la manera en que esos regímenes especiales creados en virtud de tratados se relacionarían con las normas generales no fue examinado por Ago, pero sí con gran detenimiento por el Relator Especial Riphagen en 1982, en relación con su examen de lo que denominó «el problema general subyacente en la redacción de la segunda parte del proyecto de artículos». Lo que para Ago había sido una cuestión de tomar nota de la obvia competencia de los Estados de establecer mediante tratados sistemas especiales de responsabilidad del Estado se convirtió en algo muy fundamental, y bastante problemático, para la redacción de la segunda parte. En las palabras de Riphagen:

---

[176] Véase, por ejemplo, Brownlie, *Principles of Public International Law* (nota 166 *supra*), págs. 274 a 281. Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 122 *supra*), pág. 226 *passim*.

[177] Aprobada en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y correcciones), resolución 1, anexo I, pág. 2.

[178] *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* (véase la nota 57 *supra*), párrs. 123 a 125. Para el «principio de precaución» en el derecho ambiental, véase Daillier y Pellet, *Droit international public* (nota 74 *supra*), págs. 1307 a 1310.

[179] D. Bodansky y J. R. Crook, «Symposium: the ILC's State responsibility articles. Introduction and overview», AJIL, vol. 96, núm. 4 (octubre de 2002), pág. 774.

[180] J. Crawford, «The ILC's articles on responsibility of States for internationally wrongful acts: a retrospect», ibíd., pág. 880.

[181] P. Weil, «Towards relative normativity in international law?», ibíd.,vol. 77 (1983), págs. 413 a 442.

[182] Véase especialmente el quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Roberto Ago, *Anuario… 1976*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2, págs. 6 y 7, párrs. 12 a 15.

[183] Ibíd., págs. 28 y 29, párr. 80.

[184] Ibíd., pág. 6, párr. 14. Véase también el proyecto de artículo 17 propuesto por el Relator Especial Ago en su quinto informe, ibíd., pág. 26, párr. 71.

… el derecho internacional actual no está modelado sobre un solo sistema, sino sobre una variedad de subsistemas relacionados entre sí, dentro de los cuales las llamadas «normas primarias» y las llamadas «normas secundarias» están estrechamente entrelazadas y son de hecho inseparables[185].

140. Según Riphagen, la presencia de esos «subsistemas» (a los que en ocasiones denomina «regímenes»), es decir, sistemas interrelacionados de normas primarias y secundarias y también procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad[186], es algo muy común: al elaborar los Estados normas primarias, la cuestión de qué hacer si éstas son violadas se presenta de manera prácticamente automática. Y, en tales casos, muchas veces los Estados establecen algunas normas especiales sobre el contenido, el grado y las formas de responsabilidad del Estado. Aunque aparentemente el caso principal es el de un régimen especial establecido mediante un tratado, Riphagen, en aparente contraste con Ago, también partió de la base de que el contenido de una norma primaria particular quizás podría justificar que se la complementara con normas secundarias especiales. La tentativa de establecer ese tipo de vínculos se volvió fundamental para Riphagen que, con ese fin, examinó la agresión y otras violaciones a la paz y seguridad internacionales, al igual que las contramedidas, en relación con una amplia definición de regímenes objetivos. Aparte de la cuestión de los «crímenes» internacionales, el debate no se extendió hacia la identificación de otros tipos específicos de relaciones entre normas primarias particulares y las consecuencias de su violación[187].

141. El criterio aplicado por Riphagen se inspiró en un «análisis funcional» de tres tipos diferentes de normas de derecho internacional: las que tratan de mantener separados a los Estados, las que reflejan lo que denominó un «sustrato común» y las que tratan de organizar medidas paralelas de soberanía de los Estados[188]. Cualesquiera sean sus méritos sociológicos, ese análisis no convenció a la Comisión, que no integró sus «sistemas» o «subsistemas» al proyecto de artículos. Asimismo, su tentativa de apartarse de Ago mediante una clasificación de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones en razón de la fuente o el contenido de esas obligaciones (costumbre general, derecho internacional convencional, decisiones judiciales, cuasi judiciales y de otras instituciones) nunca se incorporó al proyecto[189]. Ello no quiere decir que la Comisión deseaba excluir que se adecuaran las consecuencias del incumplimiento a la naturaleza de la norma primaria violada, sino que solamente consideró que era suficiente encarar la cuestión mediante una cláusula de salvaguardia, que finalmente se incorporó como artículo 55.

142. En otras palabras, se aceptó que los artículos eran de naturaleza residual y que los Estados podían adoptar regímenes especiales de responsabilidad. ¿Cuál es la relación de esos regímenes con el derecho general? Si bien Riphagen incluso utilizó el término «autónomo» y previó la posibilidad «teórica» de que las «normas de comportamiento, normas de procedimientos y disposiciones relativas a la condición jurídica [podrían constituir] un circuito jurídico cerrado»[190], de hecho nunca quiso decir que estaban completamente aisladas:

Ello no quiere decir necesariamente que la existencia del subsistema excluye permanentemente la aplicación de las normas generales de derecho internacional consuetudinario relativas a las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos. […] el propio subsistema en su conjunto puede fallar, en cuyo caso tal vez sea inevitable recurrir a otro subsistema[191].

143. Ello parece evidente. Sin embargo, cabe formular dos observaciones. En primer lugar, si bien Riphagen solo habla de la «falla» de un subsistema, cabe presumir que la misma consecuencia podría dimanar también del simple silencio del subsistema. Por otra parte, si bien Riphagen solo menciona el carácter supletorio de otros «subsistemas», es difícil concebir por qué razón desearía excluir que se recurra a las normas generales de responsabilidad del Estado, ya que en otra parte menciona concretamente:

Cada uno de los muchos y diferentes regímenes (o subsistemas) de responsabilidad de los Estados […] se encuentra sujeto, en el derecho internacional actual, al sistema universal establecido en la Carta de las Naciones Unidas, e incluso a su elaboración contenida en «declaraciones» …[192].

144. Riphagen no examinó en detalle la naturaleza ni el alcance de ese «sistema universal», aparte de señalar que también incluía el *jus cogens*. En su debido momento, esa cuestión fue completamente absorbida por la de los «crímenes»[193].

145. A pesar de la terminología empleada por Riphagen, el fondo de su argumentación no ha sido prácticamente objeto de controversias y no hace más que recapitular los temas señalados en la primera parte del estudio en lo que respecta a la relación entre las normas especiales y generales y la necesidad pragmática de establecer una prioridad entre unas y otras. Riphagen observó que en el proyecto de artículos «no se puede tratar en forma exhaustiva la cuestión de las consecuencias jurídicas de todas y cada una de las violaciones de todas y cada una de las obligaciones internacionales»[194]. Por ende, si bien había señalado que la cuestión de los subsistemas era «el problema general subyacente en la redacción de la segunda parte del proyecto de artículos», Riphagen consideró que ello se podía todavía resolver de manera relativamente simple y no controversial mediante una cláusula de salvaguardia general[195]. En consecuencia, el resultado fue que las

[185] Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Willem Riphagen, *Anuario… 1982*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/354 y Add.1 y 2, pág. 32, párr. 35.

[186] Ibíd., párr. 38.

[187] Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Willem Riphagen, *Anuario… 1983*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/366 y Add.1, págs. 8 a 26, párrs. 31 a 130.

[188] Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Willem Riphagen (A/CN.4/354 y Add.1 y 2) (véase la nota 185 *supra*), págs. 32 a 35, párrs. 39 a 53.

[189] Para la propuesta, véase ibíd., págs. 46 a 51, párrs. 106 a 128.

[190] Willem Riphagen, *Anuario… 1982*, vol. I, acta resumida de la 1731ª sesión de la Comisión, pág. 213, párr. 16.

[191] Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Willem Riphagen (A/CN.4/354 y Add.1 y 2) (véase la nota 185 *supra*), pág. 35, párr. 54.

[192] Ibíd., pág. 46, párr. 104.

[193] Ibíd., párrs. 104 y 105.

[194] Ibíd., pág. 35, párr. 55.

[195] El texto original de la cláusula en 1982 era el siguiente: «Las disposiciones de esta parte se aplican a toda violación de una obligación internacional por un Estado, salvo en la medida en que las consecuencias jurídicas de tal violación estén determinadas por la norma o las normas de derecho internacional que establezcan la obligación o por otras normas de derecho internacional aplicables» (ibíd., pág. 55,

disposiciones del proyecto mismo pasaron a ser «simples supuestos refutables en cuanto a las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos»[196].

146. En esa etapa, Riphagen señaló la posibilidad de que quizás se produjeran violaciones a las normas en relación con dos subsistemas que establecieran consecuencias paralelas o diferentes (por ejemplo, quizás en un subsistema se permitan las contramedidas, prohibidas en el otro). Si bien la norma de la *lex specialis* quizás solucione algunos de esos problemas, no puede resolver automáticamente un posible conflicto cuando el objeto y el propósito de los subsistemas quizás sean diferentes; un ejemplo podría ser el relativo a la aplicación de los principios del derecho ambiental dentro de la administración de un instrumento comercial. Con ese fin, Riphagen sugirió que «seguiría siendo necesario elaborar un "catálogo" de posibles consecuencias jurídicas por cierto orden de gravedad, e indicar las principales circunstancias que excluyen una o más consecuencias jurídicas en forma general»[197]. Ello lo llevó a examinar la jerarquía de las consecuencias jurídicas, examen que llegó a su culminación y agotamiento cuando se debatieron los crímenes internacionales[198]. Finalmente, la única jerarquía propuesta por Riphagen fueron dos limitaciones a la cláusula de salvaguardia. Un régimen autónomo no se puede apartar de las normas de *jus cogens* ni de «las disposiciones y los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales»[199].

147. Al igual que Riphagen, su sucesor, Arangio-Ruiz, aceptó la presencia de «sistemas o combinaciones de sistemas convencionales que tienden a resolver, dentro de su propio marco contractual y especial, el régimen jurídico de un número más o menos considerable de relaciones entre los Estados partes, incluidas, en particular, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de los Estados partes en virtud del sistema»[200]. Dentro de esa opinión amplia y sistémica, observó que la «doctrina» había identificado una categoría de «regímenes autónomos» que aceptaban a «la facultad de los Estados partes de recurrir a las medidas que, conforme al derecho internacional general, tienen a su disposición para poner remedio a la situación»[201]. Arangio-Ruiz hizo una diferencia expresa entre el criterio más amplio que hablaba en términos de sistemas o subsistemas de normas en general y el criterio más estricto, al que identificó con el influyente artículo escrito en 1985 por Bruno Simma, centrado en los subsistemas cuyo propósito es:

> … excluir de manera más o menos total la aplicación de las consecuencias jurídicas generales de los actos ilícitos, en particular la aplicación de las contramedidas a que normalmente puede recurrir la parte lesionada[202].

148. En un principio, el propio Arangio-Ruiz aparentemente se adhirió a la noción más amplia, señalando como ejemplos de regímenes autónomos al «sistema» establecido por los tratados de creación de la Comunidad Europea y los tratados de derechos humanos, además del derecho diplomático señalado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*. Sin embargo, al desarrollar sus argumentos, se centró en el problema más restringido, a saber, si las formas de reacción establecidas en esos regímenes, en especial las contramedidas, «afectan —y en caso afirmativo de qué modo— al derecho de los Estados participantes a recurrir a las contramedidas previstas en derecho internacional general»[203]. En consecuencia, en gran parte del tratamiento que Arangio-Ruiz dio a los regímenes autónomos, en particular su examen de la práctica pertinente de los Estados, se buscó una respuesta a la cuestión de si dichos regímenes están plenamente aislados del derecho general («circuitos jurídicos cerrados») o, en otras palabras, si se excluye recurrir en el futuro a las medidas establecidas en las normas generales de responsabilidad del Estado. Su respuesta fue un enfático no. Como definió a los regímenes autónomos como conjuntos de normas aisladas herméticamente del derecho general, consideró que en la práctica no existían regímenes de esa naturaleza: «… ninguna de las hipótesis de régimen autónomo parece verificarse en la realidad»[204].

149. Arangio-Ruiz no se opuso a la creación de regímenes especiales basados en tratados. Estos son necesarios para «lograr una vigilancia organizada y más eficaz de las violaciones y las respuestas a esas violaciones mediante un mecanismo especial». Pero rechazó la conclusión de que ello impediría en todos los casos recurrir a las normas generales[205]. Es necesario recurrir supletoriamente a las medidas generales, al menos cuando el Estado no ha recibido una indemnización eficaz o cuando persiste el acto ilícito mientras están en marcha los procedimientos establecidos en el régimen especial[206].

párr. 147, art. 3). El efecto de esa disposición era permitir la aplicación del proyecto de la Comisión «*salvo que se haya dispuesto otra cosa*» (ibíd., párrafo 5 del comentario). Véase también ibíd., pág. 45, párr. 103. La Comisión estuvo de acuerdo. En 1983, adoptó la siguiente cláusula de salvaguardia: «… las consecuencias jurídicas de todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado se rigen por las disposiciones de la presente parte, salvo en los casos y en la medida en que esas consecuencias jurídicas hayan sido determinadas por otras reglas de derecho internacional que se refieran específicamente al hecho internacionalmente ilícito de que se trate» (*Anuario… 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 47, párr. 133, art. 2).

[196] Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Willem Riphagen (A/CN.4/354 y Add.1 y 2) (véase la nota 185 *supra*), pág. 36, párr. 57.

[197] Ibíd., pág. 39, párr. 77.

[198] Para Riphagen, los «crímenes» denotaban un subsistema especial de derecho internacional que establecía un conjunto especial de consecuencias, ibíd., págs. 51 a 54, párrs. 130 a 143.

[199] Willem Riphagen, en relación con el proyecto de artículo 2 presentado por el Relator Especial en su quinto informe, *Anuario… 1984*, vol. I, acta resumida de la 1858ª sesión de la Comisión, págs. 275 y 276, párrs. 4 y 6 a 9.

[200] Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz, *Anuario… 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/440 y Add.1, pág. 27, párr. 84.

[201] Ibíd.

[202] Ibíd., nota 167, citando a B. Simma, «Self-contained regimes», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1985), pág. 117.

[203] Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz (A/CN.4/440 y Add.1) (véase la nota 200 *supra*), págs. 27 y 28, párrs. 85 y 86. En el mismo sentido, cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz, *Anuario… 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3, pág. 39, párr. 97.

[204] Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) (véase la nota 203 *supra*), pág. 44, párr. 112.

[205] Ibíd., párrs. 112 y 114.

[206] Ibíd., págs. 44 y 45, párr. 115.

Admitió que solo se debía recurrir a las derogaciones o a la utilización supletoria en «casos extremos». Después de todo, un régimen especial es un compromiso multilateral en el que cada parte recibe algún tipo de beneficios por haberse sometido al procedimiento común. Sin embargo, su argumento principal se relacionaba con la apertura de los presuntos regímenes «cerrados». La prioridad otorgada al régimen especial se deriva de la interpretación de las normas generales del derecho internacional y de los tratados. Pero no entraña una presunción de abandono de las garantías del derecho general; esa era la manera en que Arangio-Ruiz interpretaba la cláusula relativa a la naturaleza residual del proyecto de artículos en el (entonces) artículo 2. De ese modo, se adecuaría a la intención de los Estados que deseaban reforzar las normas ordinarias relativas a la responsabilidad del Estado (en lugar de apartarse de ellas)[207].

150. El Relator Especial James Crawford se ocupó de los regímenes autónomos en el año 2000, en relación con los proyectos de artículos 37 a 39, en que se encaraba la relación entre el proyecto de la Comisión y las normas jurídicas ajenas a él. El artículo 37 incluía la cláusula general sobre la función residual del proyecto: se permitirían las normas especiales. Crawford se abstuvo responder en términos generales a la pregunta de si esas normas especiales también eran exclusivas. Se trataba siempre de «una cuestión de interpretación de cada caso»[208]. Como ejemplo de un caso en que el régimen autónomo es «exclusivo», Crawford hizo referencia al sistema de recursos de la OMC. Como ejemplo de régimen especial que solo modifica algunos aspectos del derecho general, se refirió al artículo 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, Crawford dejó abierta la posibilidad de que aquí «exclusividad» significara el reemplazo exclusivo y *definitivo* de la norma general o simplemente su substitución en una etapa inicial, con la posibilidad de recurrir supletoriamente a ésta en caso de que el régimen autónomo hubiera, según expresó Riphagen, «fallado». Los dos ejemplos se mantuvieron en el comentario al proyecto de artículos.

151. Al respecto, el artículo 37 se tomó de la segunda parte y se trasladó a la cuarta (Disposiciones generales), en donde pasó a ser el artículo 55, se tituló *Lex specialis* y pasó a abarcar todo el proyecto, tanto las condiciones de existencia del hecho ilícito como el contenido y la aplicación de la responsabilidad del Estado[209]. Según se señaló en el comienzo del presente informe, con ello la Comisión no quiso significar que toda desviación en virtud del artículo 55 tendría la naturaleza de «régimen autónomo». Distinguió entre lo que llamó formas «fuertes» y «débiles» de *lex specialis* y solo a la última la llamó «autónoma». Sin embargo, no queda claro por qué se utilizó la terminología de «fuerte» y «débil», que posiblemente sea una fuente de confusión. La distinción fundamental que se hace en el comentario no es entre disposiciones normativamente «más fuertes» y normativamente «más débiles», sino entre «una disposición específica de un tratado sobre una sola cuestión» (*lex specialis* ordinaria, que la Comisión denomina forma «débil») y cualquier otra conclusión que pudiera sacarse de los casos *S. S. «Wimbledon»* y *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (que la Comisión denomina forma «fuerte»). Como la Comisión únicamente definió a los «regímenes autónomos» por referencia a los ejemplos de los dos casos, como hemos visto, también incorporó al proyecto dos significados distintos: *a*) la opinión del régimen autónomo como conjunto especial de consecuencias dimanadas de la ilicitud (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*); y *b*) la opinión del régimen autónomo como conjunto de normas primarias y secundarias que rigen la administración de un problema (*S. S. «Wimbledon»*). Ninguna de ellas es necesariamente «más fuerte» (por lo menos, «más fuerte» en el sentido de más vinculante o de que haya menos posibilidades de derogarla) que «una disposición específica de un tratado sobre una sola cuestión».

152. Del tratamiento que la Comisión dio a los «regímenes autónomos» en el contexto de la responsabilidad del Estado, se pueden extraer las conclusiones siguientes:

a) *Definición*. Los Relatores Especiales utilizaron constantemente el concepto de «regímenes autónomos» tanto en sentido estricto como amplio y ambos se incorporaron al comentario de la Comisión al artículo 55. Por ser un régimen autónomo, se lo puede calificar de: *i*) conjunto especial de normas secundarias que establece las consecuencias del incumplimiento de determinadas normas primarias (incluso procedimientos para dicha determinación); así como *ii*) cualquier grupo interrelacionado (conjunto, régimen, subsistema) de normas aplicables a un problema limitado, junto con las normas para la creación, interpretación, aplicación, modificación o extinción —en una palabra, administración— de esas normas. Además, en la doctrina y la práctica constantemente se hace referencia a una tercera noción —«ramas del derecho internacional»—, de las que también se presume que funcionan del mismo modo que los regímenes autónomos y afirman regirse por sus propios principios.

b) *Creación*. Los Estados tienen derecho a establecer regímenes autónomos que tengan prioridad sobre las normas generales establecidas en el proyecto de artículos. El único límite a ese derecho es el mismo que se aplica a la *lex specialis*. Entre otras cosas, ello significa que «los Estados no pueden, aun entre sí, prescribir las consecuencias jurídicas de una violación de sus obligaciones mutuas que autoricen actos contrarios a normas imperativas del derecho internacional general. […] las normas especiales en cuestión [deben tener] por lo menos el mismo rango jurídico que las enunciadas en los artículos»[210].

[207] Ibíd., pág. 46, párrs. 123 y 124.

[208] Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial James Crawford, *Anuario… 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/507 y Add.1 a 4, pág. 116, párr. 420.

[209] El texto del artículo 55 (*Lex specialis*) es el siguiente: «Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional» (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 149).

[210] Comentario al artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párr. 2, ibíd., pág. 150.

c) *Relación entre el régimen autónomo y el derecho general en circunstancias normales*. La relación entre el régimen autónomo y las normas generales de responsabilidad del Estado se debe determinar principalmente mediante la interpretación del instrumento o los instrumentos que establezcan el régimen. Sin embargo, ningún régimen autónomo es un «circuito jurídico cerrado». Si bien un régimen especial o convencional tiene (como *lex specialis*) prioridad en su esfera de aplicación, normalmente esa esfera debe interpretarse de la misma manera que las excepciones, es decir, de manera limitada. En todo caso, las normas generales sobre responsabilidad del Estado, al igual que el resto del derecho internacional general, lo complementan en la medida en que en el instrumento o los instrumentos en que se crea el régimen no se establezca ninguna derogación especial ni ésta se pueda inferir de esos instrumentos.

d) *Falla del régimen autónomo*. La cuestión de la aplicación residual de las normas generales en situaciones no contempladas expresamente en el «régimen autónomo» a resultas del posible carácter supletorio de las normas generales sobre responsabilidad del Estado en caso de falla de aquel régimen no se aborda expresamente ni en el proyecto ni en el comentario. Sin embargo, fue estudiada por los Relatores Especiales Riphagen y Arangio-Ruiz, y ambos consideraron absolutamente evidente que si falla el régimen autónomo se debe permitir recurrir a las normas generales. La Comisión no ha encarado explícitamente en qué puede consistir esa falla. Sin embargo, se puede establecer una analogía con las condiciones en que no es necesario aplicar la norma del agotamiento de los recursos internos. Estos serían casos en que es evidente que no se puede disponer del recurso, éste resultaría ineficaz o bien no sería razonable esperar que se lo utilizara.

e) *Inadecuación del término «autónomo»*. Ninguno de los Relatores Especiales sostuvo la idea de sistemas o regímenes especiales totalmente aislados del derecho internacional general, ni ello se desprende de ninguno de los casos examinados por ellos. En esa medida, la noción de régimen «autónomo» es simplemente engañosa. Si bien es variable el grado en que un régimen de responsabilidad, un conjunto de normas sobre un problema o una rama del derecho internacional debe complementarse con normas generales, no hay apoyo para la opinión de que se pueda prescindir plenamente de las normas generales en momento alguno. Como se hará evidente más adelante, esa exclusión quizás no sea siquiera conceptualmente posible. En consecuencia, se sugiere reemplazar el término «régimen autónomo» por «régimen especial».

3. Relaciones entre regímenes autónomos ajenos a la responsabilidad del Estado y el derecho internacional general

153. En lo que respecta a la fragmentación, las principales cuestiones de interés se refieren a las relaciones entre el régimen autónomo (especial) en cada uno de sus tres significados, según se examinó precedentemente, y el derecho general, a saber: *a*) las condiciones para la creación de un régimen especial; *b*) el alcance de la aplicación del régimen frente al derecho internacional general en circunstancias normales; y *c*) condiciones en que se recurre supletoriamente a las normas generales cuando falla el régimen.

a) *Creación de regímenes autónomos (especiales)*

154. En lo que respecta a la primera cuestión, prácticamente no hay duda de que la mayor parte del derecho internacional, y no solamente el derecho de la responsabilidad del Estado, tiene carácter dispositivo y que es posible eximirse de ese sistema contractual mediante la creación de un régimen, en la medida en que dicha limitación se reciba de la naturaleza de *jus cogens* o del carácter de otro modo vinculante del derecho general. Además de las normas imperativas, por lo menos habría que considerar las limitaciones siguientes:

a) el régimen no se puede apartar de las normas que benefician a terceros, incluso particulares y entidades no estatales;

b) el régimen no se puede apartar del derecho general si las obligaciones en virtud de éste son de naturaleza «integral» o «interdependiente», tienen características *erga omnes* o la práctica ha creado la expectativa legítima de que no se habrán de derogar[211];

c) el régimen no se puede apartar de los tratados que tengan naturaleza de derecho público o que sean instrumentos de creación de organizaciones internacionales[212].

155. Sin embargo, quizás se puedan aplicar otras consideraciones a la creación de regímenes autónomos (especiales) en cada uno de los tres sentidos que tiene la expresión.

156. La creación de un régimen especial de responsabilidad del Estado, es decir, consecuencias especiales en caso de incumplimiento, normalmente solo es posible mediante un tratado en que se determinan las normas primarias a que se aplica, la naturaleza, el contenido y la forma de la responsabilidad (especial) y las instituciones que habrán de aplicarlo. Si bien no es conceptualmente inconcebible que un régimen de ese tipo pueda surgir de manera tácita o por la costumbre (por ejemplo, un régimen de contramedidas colectivas por Estados no lesionados, según se prevé en el artículo 54 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[213]), ello parecería ser excepcional.

157. La creación de un régimen especial en el sentido más amplio (*S. S. «Wimbledon»*, cualquier conjunto de normas entrelazadas, tanto primarias como secundarias) también se produce normalmente mediante uno o varios tratados (por ejemplo, los tratados abarcados por la OMC). Sin embargo, también es posible que una serie de disposiciones convencionales se desarrolle a lo largo del tiempo, sin una decisión consciente de los Estados partes, quizás por la actividad de un órgano

[211] Véase el debate sobre las obligaciones *erga omnes* que figura en el capítulo IV *infra*.

[212] Véase *supra* la sección B del capítulo II, sobre la *lex specialis*.

[213] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 147.

de ejecución en un régimen con sus propias normas de administración, modificación y extinción. Recién en 1963 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas definió a la (entonces) Comunidad Económica Europea como «nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional»[214]. El desarrollo del derecho europeo en un régimen autocontenido se ha producido, en gran medida (incluso los principios de efecto directo, supremacía y doctrina de los derechos fundamentales) merced a la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y no siempre con el pleno apoyo de todos los Estados miembros. Según hemos visto, también lo mismo se puede decir (aunque en un sentido mucho más estricto) en relación con los derechos humanos. Si bien fueron los Estados partes, por supuesto, los que establecieron los órganos de ejecución y, en consecuencia, dieron el primer paso hacia la autonomía, el grado de autonomía de los regímenes ha sido determinado en gran medida por esos órganos. El ejemplo que tradicionalmente se suele dar al respecto es el desarrollo de la doctrina sobre la separabilidad de las reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos[215].

158. El más amplio de los regímenes especiales (con denominaciones como «derecho penal internacional», «derecho humanitario», «derecho mercantil», «derecho ambiental», etc.) surge de la actividad oficiosa de abogados, diplomáticos y grupos de presión, y más debido a cambios en la cultura jurídica y en respuesta a necesidades prácticas de la especialización que a actos conscientes de creación de régimen. Esas nociones son similares a la diversificación funcional de la sociedad internacional o, más prosaicamente, a las actividades de grupos determinados que tratan de articular o reforzar preferencias y orientaciones que aparentemente no reciben atención suficiente en el derecho general. La aplicación de «principios» especiales por los órganos de ejecución especializados es una característica visible de ese tipo de regímenes.

b) *Relación entre el régimen autónomo (especial) y el derecho general en circunstancias normales*

159. La relación entre el régimen especial y el derecho general, es decir, el grado en que un régimen es autónomo en primer lugar, será predominantemente una cuestión de interpretar los tratados que constituyen el régimen. ¿En qué medida el derecho general llena las lagunas o ayuda a interpretar la aplicación del régimen —es decir, a administrarlo—? Una vez que queda en claro que ningún régimen está completamente aislado del derecho general, se presenta el interrogante de la relación entre ambos.

160. Es posible ilustrar los vínculos que existen en la práctica haciendo referencia al funcionamiento de los órganos de supervisión de derechos humanos y derecho mercantil, dos regímenes mencionados concretamente en el comentario de la Comisión al artículo 55 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

i) Ejemplo: regímenes de derechos humanos

161. Los órganos de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hacen regularmente referencia a las normas y los principios de derecho internacional general relativos, no solo a la interpretación de los tratados, sino a cuestiones como condición de Estado, competencia e inmunidad, así como a una amplia gama de principios procesales[216]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado su amplia competencia consultiva para interpretar no solo otros instrumentos de derechos humanos (como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966) sino también instrumentos como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963[217]. En una sentencia de 1988, se hace expresa referencia al principio de derecho internacional de la continuidad de los Estados, en virtud del cual la responsabilidad del Estado se mantiene a pesar de los cambios de gobierno[218]. En una serie de casos recientes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclaró la relación que existe entre los derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las inmunidades del Estado, reconociendo la validez de estas últimas, por ejemplo, por encima del derecho de acceso a los tribunales en virtud del párrafo 1 del artículo 6 de Convenio. En particular, señaló que:

> El Convenio […] no puede interpretarse en el vacío. El Tribunal debe ser consciente del carácter especial del Convenio como tratado de derechos humanos y debe tener en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional. […] En la medida de lo posible, el Convenio debe interpretarse en armonía con otras normas del derecho internacional del que forma parte, incluso las relativas al otorgamiento de inmunidad a los Estados[219].

162. No se presumió *a priori* que las normas del Convenio tendrían primacía sobre las del derecho general. Por el contrario, el Tribunal presumió la prioridad de las normas generales sobre inmunidad de los Estados, destacando que:

> … no puede considerarse, en principio, que las medidas adoptadas por una Alta Parte Contratante que reflejan las normas reconocidas de derecho internacional público sobre inmunidad de los Estados imponen una restricción desproporcionada sobre el derecho de acceso a los tribunales establecido en el párrafo 1 del artículo 6. De la misma manera que el derecho de acceso a los tribunales es parte inmanente de la garantía a un juicio justo establecida en ese artículo, también deben considerarse inmanentes algunas restricciones al acceso, pudiendo citarse como ejemplo las limitaciones aceptadas generalmente por la comunidad de naciones como parte de la doctrina de la inmunidad de los Estados[220].

---

[214] Asunto 26/62, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend and Loos c. Administración fiscal holandesa*, sentencia de 5 de febrero de 1963, *Recopilación de Jurisprudencia 1961-1963*, edición especial en español, págs. 333 y ss., en especial pág. 340.

[215] Véase *Belilos v. Switzerland*, (nota 55 *supra*), pág. 24, párr. 50, y pág. 28, párr. 60.

[216] Sobre este tema, véase, en especial, el análisis de Caflisch y Cançado Trindade (nota 159 *supra*).

[217] Véase *«Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 1.

[218] *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia (fondo), 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C núm. 4, párr. 184; véase también *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* (1988), págs. 991 y 993, párr. 184.

[219] *McElhinney v. Ireland* [GC], demanda núm. 31253/96, sentencia de 21 de noviembre de 2001, ECHR 2001-XI (extractos), párr. 36. En el mismo sentido, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001, ibíd., pág. 100, párr. 55.

[220] *Fogarty v. the United Kingdom* [GC], demanda núm. 37112/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001, ibíd. (extractos), párr. 36.

163. El hecho de que el Convenio no se puede abordar como si existiera en un vacío jurídico también fue afirmado por el Tribunal en relación con las normas sobre jurisdicción del Estado y responsabilidad del Estado. En la causa *Banković* (1999) señaló que:

> el Tribunal recuerda que los principios subyacentes al Convenio no se pueden interpretar y aplicar en un vacío. El Tribunal también debe tener en cuenta todas las normas pertinentes del derecho internacional cuando examina cuestiones relativas a su competencia y, en consecuencia, determina la responsabilidad del Estado de conformidad con los principios que rigen el derecho internacional, aunque debe tener presente la naturaleza especial del Convenio en su condición de tratado de derechos humanos. […] En la medida de lo posible, el Convenio se debe interpretar en armonía con otros principios de derecho internacional del que forma parte[221].

164. En otras palabras, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no es un régimen autónomo, ni se lo concibió como tal, en el sentido de que se impide recurrir a las normas generales del derecho. Por el contrario, el Tribunal menciona constantemente el derecho internacional general, en la presunción de que los derechos establecidos en el Convenio se deben interpretar en armonía con ese derecho general y sin presumir *a priori* que se debe dar prioridad a los derechos establecidos en el Convenio.

ii) Ejemplo: derecho de la Organización Mundial del Comercio

165. Aunque quizás más controversial, la cuestión de sistema de la OMC no es fundamentalmente diferente. Si bien, como ya hemos visto, se ha sugerido a menudo que los tratados abarcados por la OMC forman un sistema cerrado, esa posición fue rechazada por el Órgano de Apelación en términos similares a los empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalando que los acuerdos de la OMC no deben interpretarse «aislándolo[s] clínicamente del derecho internacional público»[222]. A partir de entonces, el Órgano de Apelación ha buscado frecuentemente una «orientación interpretativa adicional, según proceda, en los principios generales del derecho internacional»[223]. Más recientemente, un grupo de la OMC tuvo oportunidad de aclarar esa situación de la manera siguiente:

> Tenemos presente que en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD [Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias] debemos tratar, en el contexto de cada diferencia en particular, de aclarar las disposiciones vigentes de los Acuerdos de la OMC de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Sin embargo, la relación entre los Acuerdos de la OMC y el derecho internacional consuetudinario tiene mayor alcance. El derecho internacional consuetudinario se aplica en forma general a las relaciones económicas entre los miembros de la OMC, siempre que los Acuerdos de la OMC no se «aparten» de él. Para decirlo de otra forma, siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un Acuerdo de la OMC abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC[224].

166. Sin embargo, la doctrina está dividida en lo que respecta a la medida en que se aplica ese criterio, señalando especialmente el uso por los órganos de la OMC de normas de otros regímenes especiales, especialmente del derecho ambiental, o en relación con tratados que no son de la OMC. Sin embargo, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la competencia de los grupos de la OMC y del Órgano de Apelación, esa posición no es idéntica ni determinante de la cuestión de si el «derecho de la OMC» (o más precisamente, de los «acuerdos abarcados por la OMC») también es autónomo de manera sustantiva[225].

167. El análisis usualmente comienza con el párrafo 2 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 19 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, en virtud de los cuales el mecanismo de solución de diferencias de la OMC tiene como objetivo mantener los derechos y las obligaciones de los miembros en virtud de los acuerdos pertinentes[226]. A menudo ello se ha interpretado en el sentido de que las normas que no pertenecen al derecho de la OMC no se pueden aplicar en modo alguno para afectar cualesquiera «derechos y obligaciones» establecidos en el derecho de la OMC[227]. En una interpretación extrema, se podría considerar que ello entrañaría dejar completamente de lado todas las normas ajenas al ámbito de la OMC. Sin embargo, ello queda contrarrestado por el resto del párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento, en virtud del cual los grupos y el Órgano de Apelación aplicarán «las normas usuales de interpretación del derecho internacional público», disposición que incorpora no solo a la Convención de Viena de 1969, sino también, por conducto de sus artículos 31 y 32, toda otra norma de interpretación de tratados, por ejemplo, el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, en virtud del cual en la interpretación se debe tener en cuenta «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes»[228].

168. Se reconoce que las normas establecidas en la Convención de Viena (arts. 31 y 32) son parte del derecho consuetudinario y se aplican ampliamente en el sistema de

---

[221] *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], demanda núm. 52207/99, decisión de 12 de diciembre de 2001, ECHR 2001-XII, pág. 351, párr. 57 (se han omitido las referencias).

[222] *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (véase la nota 48 *supra*), pág. 20.

[223] *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párr. 158.

[224] Corea – Medidas que afectan a la contratación pública (véase la nota 44 *supra*), párr. 7.96.

[225] Se hace hincapié en esta cuestión en Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), págs. 460 a 463.

[226] El párrafo 2 del artículo 3 establece lo siguiente:

«Las recomendaciones y resoluciones del OSD [Órgano de Solución de Diferencias] no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.»

El párrafo 2 del artículo 19 es del tenor siguiente:

«… las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.»

[227] Por ello, Joel Trachtman ha sostenido que «los grupos de solución de diferencias de la OMC y el Órgano de Apelación están constreñidos a aplicar las normas sustantivas de la OMC y no están autorizados a aplicar el derecho internacional sustantivo general ni otras normas convencionales» (Trachtman, «The domain of WTO dispute resolution» (nota 47 *supra*), págs. 347 y 348). Por supuesto, Trachtman permite la aplicación de las normas de interpretación de la Convención de Viena de 1969, al igual que otras normas incorporadas específicamente, en el entendimiento de que éstas se referirán esencialmente a aspectos de procedimiento y no de fondo.

[228] Véase el capítulo V *infra*.

la OMC[229]. Sin embargo, el Órgano de Apelación también ha examinado y aplicado frecuentemente otras normas de derecho internacional público. Ha habido un considerable debate sobre la relación que existe entre los tratados abarcados por la OMC y los acuerdos ambientales[230]. En el caso *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga) (1998), el Grupo Especial definió la noción de «recursos naturales agotables» establecida en el párrafo *g* del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) a fin de que incluyera únicamente «recursos finitos, como minerales, y no a recursos biológicos o renovables». El Órgano de Apelación no compartió esa opinión. Era necesario interpretar esa noción teniendo en cuenta los últimos acontecimientos: «el término genérico "recursos naturales" establecido en el párrafo *g* del artículo XX no se puede interpretar estáticamente, ya que, por definición, se encuentra en evolución». A fin de llegar a un significado tan actualizado, se refirió, entre otros instrumentos, a la Declaración de Río[231] y al Programa 21[232], de 1992, al Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992, y a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y, en consecuencia, llegó a la interpretación de que estaban incluidos todos los recursos naturales, vivos y no vivos[233].

169. Si bien se han expresado diversas opiniones sobre la cuestión de las normas aplicables dentro de la OMC, aparentemente han emergido dos posiciones principales. Una considera que la OMC es parte del derecho internacional y funciona dentro del sistema general de normas y principios de derecho internacional. Por ejemplo, esa posición se puede racionalizar presumiendo que, cuando los Estados aprobaron los acuerdos de Marrakech, lo hicieron de conformidad con las normas y los principios del derecho internacional y con arreglo a ellos, y que no había razón para presumir, a falta de acuerdos expresos en sentido contrario, que esas normas y principios no seguirían rigiendo la administración de esos acuerdos. La otra posición se centra en las disposiciones del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias que exigen que los grupos y el Órgano de Apelación no aumenten ni disminuyan las obligaciones establecidas en virtud de los acuerdos abarcados por la OMC. Sin embargo, quizás no sea difícil reconciliar en la práctica a las dos posiciones con prácticamente cualquiera de las prácticas aplicadas en la OMC. La última opinión quizás llegue a aceptar un uso amplio del derecho internacional consuetudinario y otros tratados, al considerarlos incorporados a la OMC, ya sea de manera específica (por conducto del párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento) o implícitamente por referencia al contexto en que se concertaron los acuerdos de la OMC. En todo caso, ambas posiciones pueden hacer lugar a una práctica muy amplia (de una manera similar a las posiciones «monista» y «dualista» del derecho interno), incluso declaraciones como las que formuló el Grupo Especial en el año 2000 en el caso *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública*[234]. En consecuencia, parece que casi no hay razones de principio para apartarse de la opinión de que el derecho internacional general complementa el derecho de la OMC, a menos que se lo haya excluido específicamente y que lo mismo hagan otros tratados que, preferentemente, deberían interpretarse en armonía con los acuerdos abarcados por la OMC[235].

170. Ello no excluye que emerja un «espíritu de la OMC» en la interpretación de los acuerdos de la OMC, de la misma manera que es posible discernir un «espíritu de los derechos humanos» en la labor de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Tampoco impide que se dejen de lado las normas ordinarias sobre responsabilidad del Estado en la administración de los tratados de la OMC. De hecho, esa fue la *raison d'être* del sistema de la OMC y recibe fuerza normativa de las normas sobre *lex specialis* del propio derecho general. Incluso cuando es claro que la competencia de los órganos de la OMC se limita al examen de reclamaciones en virtud de los acuerdos pertinentes (y no, por ejemplo, en virtud de tratados ambientales o de derechos humanos), al elucidar el contenido de los derechos y las obligaciones pertinentes, los órganos de la OMC deben encuadrar esos derechos y obligaciones en el contexto general del derecho internacional general (incluso los tratados ambientales y derechos humanos pertinentes).

171. Esto tampoco es una característica de la OMC, sino que forma parte de las prácticas aplicadas en virtud de los acuerdos comerciales regionales. Por ejemplo, en *Feldman c. México*, un Tribunal Arbitral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte hubo de determinar el significado de la expresión «expropiación» contenida en

[229] Señalando esas cuestiones, el Órgano de Apelación se ha remitido a la Corte Internacional de Justicia como autoridad para determinar la naturaleza consuetudinaria de las normas de interpretación de la Convención de Viena de 1969. Véase *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (nota 48 *supra*), págs. 19 y 20. La naturaleza consuetudinaria del artículo 32 se afirmó en *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1 de noviembre de 1996, pág. 13. Para un examen más a fondo, véase Lindroos y Mehling, «Dispelling the chimera of "self-contained regimes"…» (nota 43 *supra*).

[230] Véase J. Cameron y J. Robinson, «The use of trade provisions in international environmental agreements and their compatibility with the GATT», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2 (1991), pág. 3. La jurisprudencia hasta el caso Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (véase la nota 223 *supra*) está bien analizada en M. J. Trebilcock y R. Howse, *The Regulation of International Trade*, 2ª ed., Londres, Routledge, 1999, págs. 397 a 420. Véase también G. Marceau, «Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions: the relationship between the WTO Agreement and MEAs and other treaties», *Journal of World Trade*, vol. 35 (2001), págs. 1081 a 1131.

[231] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo…* (véase la nota 177 *supra*).

[232] Aprobado en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992, ibíd., resolución 1, anexo II, pág. 7.

[233] *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Grupo Especial, WT/DS58/R y Corr.1, adoptado el 6 de noviembre de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS58/AB/R, párr. 3.237; *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación (véase la nota 223 *supra*), párrs. 127 a 131. También se examinó su agotamiento, haciendo referencia a que las siete especies de tortuga marina están incluidas en el apéndice I de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación, párrs. 132 y 133.

[234] *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (véase la nota 44 *supra*).

[235] Una obra reciente en que se adopta esta última posición es Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*).

el artículo 1110 del Tratado. El Tribunal consideró que el artículo era «tan general que era difícil aplicarlo en casos concretos». Por lo tanto, lo puso en relación con los «principios del derecho internacional consuetudinario» para clarificar si se aplicaba a una acción del Estado contra las exportaciones de cigarrillos del mercado paralelo[236].

iii) Conclusiones sobre la relación entre el régimen autónomo (especial) y el derecho internacional general en circunstancias normales

172. Ninguno de los regímenes creados en virtud de tratados actualmente en vigor es autónomo, en el sentido de que excluya en general la aplicación del derecho internacional general. Por el contrario, por ejemplo, los organismos creados en virtud de tratados de derechos humanos y derecho mercantil aplican constantemente el derecho internacional general en la administración de sus regímenes especiales. Si bien los Estados tienen la *facultad* de dejar de lado gran parte del derecho general mediante sistemas especiales de responsabilidad o administración de normas, la conclusión que se puede sacar de ello depende en cierta medida de la cobertura normativa o del «espesor» del régimen. Normalmente el alcance de un régimen especial de responsabilidad del Estado se define en el tratado pertinente. No se presume que el derecho general no se aplica fuera de las disposiciones especiales. En el caso de un conjunto de normas entrelazadas sobre creación, administración, enmienda y extinción del régimen, quizás se haya excluido de manera más amplia al derecho general. El conjunto de normas mismo quizás esté regido por principios especiales de interpretación que reflejen el objetivo y la finalidad del régimen. Ello puede afectar en particular la competencia de los órganos de interpretación a quienes se encomienda llevar adelante los propósitos del régimen.

173. Por último, los regímenes autónomos más amplios («derecho ambiental», «derecho del espacio», etc.) interactúan con otras denominaciones o grupos que indican que se deben tener en cuenta principios especiales. Típico de este tercer sentido es que no tiene ni límites claros ni una fuerza normativa determinada estrictamente. Contiene consideraciones y elementos para la elaboración de decisiones jurídicas que tienen cierta pertinencia y que se deben compensar con otras consideraciones. No está implícita ninguna exclusión firme; la importancia de ello es que señala factores y prácticas que quizás tengan una pertinencia mayor o menor, según se describa el problema que se examina (¿se trata de un problema de «derecho mercantil»; es un problema de «derecho humanitario» o de «derechos humanos»?).

174. Según sugirió Bruno Simma en su artículo rector sobre la cuestión de los regímenes autónomos, el tema que más interesa aquí es «*[e]n qué circunstancias, si las hubiere, se puede recurrir con carácter supletorio a las consecuencias jurídicas generales de los hechos internacionalmente ilícitos*»[237]. Como se señaló precedentemente, los Relatores Especiales nunca consideraron a los regímenes o subsistemas autónomos como «circuitos jurídicos cerrados» en el sentido de que excluían de manera completa y definitiva la aplicación del derecho general. La conclusión mínima que se puede sacar de la práctica y la doctrina es que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 son siempre aplicables, a menos que sean dejados de lado específicamente por otros principios de interpretación. Ello ha sido afirmado por prácticamente todos los organismos internacionales que aplican normas jurídicas[238]. Habida cuenta de que esos artículos, en particular el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, ya sitúan a la interpretación de tratados en el contexto general de los derechos y las obligaciones de las partes, la cuestión de la aplicación del derecho internacional general (es decir, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho) quizás parezca ser algo académica. Que siempre son aplicables está firmemente sugerido tanto por práctica como por la doctrina, pero especialmente en los escritos de los generalistas de derecho internacional público[239]. Muy representativa de ello es la posición adoptada recientemente por Antonio Cassese. Al examinar los procedimientos especiales incorporados a los tratados de derechos humanos para supervisar la administración de los tratados pertinentes y reaccionar ante las violaciones, señala que:

> Sería contrario al espíritu de todo el conjunto del derecho internacional relativo a los derechos humanos sugerir que los sistemas de supervisión previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] y en el Protocolo prohíben a los Estados partes «abandonar» el régimen autónomo contemplado en el Pacto y aplicar supletoriamente el sistema de derecho consuetudinario de recurrir a contramedidas pacíficas[240].

---

[236] *Marvin Feldman v. Mexico*, caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) núm. ARB(AF)/99/1, laudo de 16 de diciembre de 2002, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, núm. 2 (octubre de 2003), págs. 488 y ss., en especial pág. 523, párr. 98; ILR, vol. 126, págs. 58 a 65.

[237] Simma, «Self-contained regimes» (nota 202 *supra*), pág. 118.

[238] Para algunas afirmaciones recientes, véase *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (nota 134 *supra*), págs. 645 y 646, párr. 37 (con una lista de las referencias a los precedentes de la Corte en ese mismo sentido). Para manifestaciones similares recientes hechas por otros tribunales, véanse, por ejemplo: *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* (nota 229 *supra*), págs. 13 a 15 (secc. D); *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (nota 161 *supra*), pág. 29; *Ethyl Corp. v. The Government of Canada*, 28 de noviembre de 1997, Tribunal Arbitral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, ILR, vol. 122 (2002), págs. 278 y 279, párrs. 50 a 52 (en que se señaló además que los Estados Unidos habían aceptado su carácter consuetudinario); *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI núm. ARB(AF)/98/2, 2 de junio de 2000, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 15 (2000), págs. 214 y ss., en especial pág. 243, nota 2 (opinión disidente de Keith Highet) (véase también ILR, vol. 121 (2002), pág. 51, nota 2). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también había dicho desde sus comienzos que estaba dispuesto a «considerar […] que se debía regir por los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena» (*Golder v. the United Kingdom*, sentencia de 21 de febrero de 1975, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 18, pág. 14, párr. 29). Lo volvió a afirmar recientemente («la Convención se debe interpretar a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena…») en *Banković and Others v. Belgium and Others* (véase la nota 221 *supra*), págs. 350 y 351, párr. 55. Para la formulación bastante amplia hecha por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos («la tarea del Tribunal es interpretar las disposiciones pertinentes del Acuerdo de Argel sobre la base de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados»), véase *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Company*, caso núm. 129, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, 9 IRAN-U.S. C.T.R., págs. 248 y ss., en especial pág. 256 (con referencias a precedentes en el mismo sentido). Respecto a los Acuerdos de Argel, y en particular a la Declaración sobre resolución de reclamaciones, de 19 de enero de 1981, véase ILM, vol. 20 (1981), págs. 230 y ss.

[239] Para un examen de las distintas posiciones, véase el cuarto informe informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) (nota 203 *supra*), págs. 40 a 42, párrs. 99 a 106.

[240] A. Cassese, *International Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pág. 276.

175. La misma posición se adopta en varios escritos doctrinarios relativos a los tratados de derechos humanos. Pauwelyn resume la posición sucintamente:

> en las relaciones establecidas en virtud de tratados, los Estados pueden «dejar de lado» una, más o –teóricamente– todas las normas del derecho internacional (salvo las de *jus cogens*), pero no pueden dejar de lado el *sistema* de derecho internacional[241].

176. Como señala Pauwelyn, hay razones de política que llevan a adoptar esa posición. Pero también cabe formular un argumento lógico. Los Estados no pueden dejar de lado el principio *pacta sunt servanda*, a menos que se considere que el carácter especial del régimen radica en que no crea ningún tipo de obligación (y aun así es difícil ver en dónde recaería la fuerza vinculante de un acuerdo de ese tipo). En general, la afirmación (que casi nunca se ha oído) de que los regímenes autónomos están completamente fuera del derecho internacional recuerda las opiniones expresadas por los abogados de fines del siglo XIX sobre la relación (dualista) entre derecho nacional e internacional[242].

177. Según esa opinión, el derecho internacional general solo sería aplicable si se incorpora específicamente como parte del régimen especial. Cualquiera sea la validez de esa opinión en el derecho nacional, es muy difícil considerar cómo se podría aplicar a las relaciones entre «regímenes» jurídicos internacionales y el derecho internacional general. En primer lugar, no cabe duda de que el régimen recibe (o posiblemente deja de recibir) fuerza vinculante en virtud del derecho internacional general. Las condiciones de validez e invalidez de los actos de creación del régimen se evalúan en el derecho general. Pero ello también significa que la mayor parte de la Convención de Viena de 1969, por lo menos las partes de ella que integran el derecho consuetudinario, especialmente los artículos 31 y 32, son de manera automática y sin incorporación, parte del régimen: de hecho, es únicamente en virtud de la Convención de Viena que el régimen puede identificarse como tal y delimitarse contra el resto del derecho internacional. De ese modo, en un caso reciente, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la disposición establecida en un compromiso, según la cual se autorizaba a aplicar «las normas y los principios del derecho internacional» era superflua, si el sentido de los principios de interpretación del tratado es que:

> … en todo caso, la Corte tendría derecho a aplicar las normas generales de interpretación de los tratados a los fines de interpretar el tratado [pertinente][243].

178. De hecho, no hay pruebas de que exista ningún régimen de normas que afirme que es válido o que funciona independientemente de la Convención de Viena de 1969.

179. En segundo lugar y, a diferencia del derecho nacional, los regímenes de derecho internacional son siempre parciales, en el sentido de que únicamente rigen algunos aspectos de la conducta del Estado y que, al mismo tiempo, presumen la existencia de un gran número de otras normas a fin de poder funcionar. Siempre están situados en un entorno «sistémico». Después de todo, ese es el *sentido mismo del carácter general* de ciertas normas de derecho consuetudinario de los principios generales del derecho. Tal como señaló la Comisión de Reclamaciones Francia-México en el caso *Georges Pinson*:

> Debe considerarse que toda convención internacional se remite tácitamente a los principios generales de derecho internacional en todas las cuestiones que no resuelva por sí misma en términos explícitos o de otra manera[244].

180. O, tal como estableció más recientemente el Tribunal Arbitral del Convenio OSPAR:

> nuestra primera obligación es aplicar el Convenio OSPAR. Un tribunal internacional […] también aplicará el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho a menos y en la medida en que las partes hayan creado una *lex specialis*[245].

181. Esta consideración también queda reflejada en la amplia jurisprudencia relativa a los contratos públicos. Inicialmente puede haberse estimado que había un vacío legal. Sin embargo, a partir del dictamen emitido en el caso *Arabia Saudita c. ARAMCO* (1958), se ha convertido en práctica habitual invocar el derecho internacional como ordenamiento jurídico vigente. El Tribunal declaró lo siguiente:

> Es obvio que ningún contrato puede existir *in vacuo*, sin basarse en un sistema jurídico. La celebración de un contrato no queda a la entera discreción de las partes. Necesariamente está amparado por alguna disposición del derecho positivo que reconozca efectos jurídicos a las manifestaciones recíprocas y concordantes de intención formuladas por las partes[246].

182. Aunque la cuestión del ordenamiento jurídico pertinente aplicable a esos contratos puede seguir siendo objeto de controversia, la mayoría de los juristas aceptarían la declaración del árbitro único en *TOPCO/CALASIATIC* (1977), en el sentido de que es «una rama concreta del derecho internacional: el derecho internacional en materia de contratos»[247]. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos también observó que:

> Como *lex specialis* en las relaciones entre los dos países, el Tratado prevalece sobre la *lex generalis*, es decir, el derecho internacional consuetudinario. No obstante, ello no significa que éste sea irrelevante en el presente caso. Por el contrario, las normas del derecho consuetudinario pueden ser útiles para colmar las posibles lagunas del Tratado, para esclarecer el significado de ciertos términos que no se definen en su

---

[241] Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), pág. 37.

[242] De hecho, esa analogía se hace en J. P. Trachtman, «Institutional linkage: transcending "trade and…"», AJIL, vol. 96, núm. 1 (enero de 2002), págs. 89 a 91.

[243] *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 1045 y ss., en especial pág. 1102, párr. 93.

[244] *Georges Pinson (France) v. United Mexican States*, Comisión de Reclamaciones Francia-México, laudo núm. 1, de 19 de octubre de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V (núm. de venta: 1952.V.3), págs. 327 y ss., en especial pág. 422.

[245] *Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 137 *supra*), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, pág. 87, párr. 84; ILR, vol. 126, pág. 364.

[246] *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, laudo de 23 de agosto de 1958, ILR, vol. 27, pág. 165.

[247] *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, ILM, vol. 17 (1978) pág. 13, párr. 32. Para una panorámica general de la evolución y la situación actual del «derecho internacional en materia de inversiones», véase, por ejemplo, A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 387 a 493.

texto o, con carácter más general, para facilitar la interpretación y la aplicación de sus disposiciones[248].

183. Esas normas en principio incluyen por lo menos las relativas a la condición de Estado, jurisdicción, representación del Estado, sucesión de Estados, creación y transferencia de soberanía, prerrogativas e inmunidades diplomáticas, estatuto territorial (por ejemplo, libertad del alta mar), normas sobre nacionalidad y el concepto de «crímenes de lesa humanidad», sin olvidar de mencionar las distintas normas que no solo pasan a ser aplicables, sino que también tienen una jerarquía superior a las del régimen en virtud de lo establecido en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Al examinar la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un miembro de la primera y el Presidente de la última destacaron en detalle la aplicación del derecho internacional sobre responsabilidad del Estado, inmunidad, jurisdicción y «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (a los que no siempre se distingue de los principios generales del derecho internacional) por los organismos creados en virtud de sus tratados. Concluyeron que:

> Esos sistemas son parte integral del derecho internacional general y convencional. Ello significa que la idea del fraccionamiento del derecho internacional […] no tiene ninguna pertinencia para los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos[249].

184. Para insistir en una cuestión que quizás parezca absolutamente evidente, no existe ninguna «norma de la OMC» sobre la condición de Estado, o una «noción de derechos humanos» sobre el paso en tránsito, de la misma manera que no hay una norma especial sobre inmunidades del Estado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o una noción específica para la OMC sobre «recursos agotables». Además, las normas generales están en vigor a menos que su aplicación se haya excluido expresamente. Esa fue la opinión de la Sala de la Corte Internacional de Justicia relativa a la aplicabilidad de los recursos internos en el caso *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*. No tuvo dudas de que:

> las partes en un tratado pueden convenir en que no se aplicará la norma de los recursos internos a las reclamaciones fundadas en presuntas violaciones de ese tratado; o confirmar que sí se aplicará. Sin embargo, la Sala no puede aceptar que se ha dispensado tácitamente de un importante principio de derecho internacional consuetudinario si no hay expresión alguna que aclare esa intención[250].

185. Está en la naturaleza del «derecho general el aplicarse de manera general», es decir, en la medida en que no haya sido excluido específicamente. No se puede afirmar plausiblemente que esas partes del derecho —que la Corte denominó «principios importantes»— tienen validez únicamente cuando se han «incorporado» a los regímenes pertinentes. Nunca ha habido actos de incorporación. Pero todavía más importante es que es difícil concebir de qué manera los creadores del régimen pudieron haber convenido en no incorporar esos principios generales (es decir, prescindir de ellos). El debate sobre la nueva competencia de los Estados de elegir las partes del derecho consuetudinario que deseen aplicar terminó después de la descolonización, sin que hubiera habido mucho «rechazo» de la vieja costumbre. Son pocos los que querrían establecer relaciones con un régimen especial que afirma rechazar de manera general a todo el derecho internacional general. En tal caso, ¿por qué querría alguien (incluso quienes lo establecieron) considerar seriamente al régimen?

c) *Carácter supletorio de las normas generales debido a la falla del régimen autónomo*

186. En cuanto al tercer caso, la «falla» del régimen autónomo, la mayoría de los doctrinarios conviene en que en tal supuesto se aplica el derecho general. Sin embargo, no está nada claro qué es lo que se considera «falla». Para evaluar esa cuestión, se debe tener claramente en cuenta la naturaleza del régimen[251]. Para la mayor parte de los regímenes especiales, su *raison d'être* es reforzar la norma en relación con un tema particular, proteger con mayor eficacia ciertos intereses o regular a una cuestión determinada teniendo más en cuenta el contexto que el derecho general (y, en ese sentido, de manera más «justa»). La presentación de informes y los pedidos individuales hechos a los órganos creados en virtud de los tratados de los derechos humanos, al igual que los mecanismos de no cumplimiento establecidos en los tratados ambientales, tratan precisamente de lograr ese resultado. Lo mismo se puede decir del rápido y eficaz sistema de solución de diferencias de la OMC.

187. Ahora bien, en ocasiones se puede correr el riesgo de que el régimen especial diluya de hecho las obligaciones pertinentes. Por ejemplo, ello se puede observar en la acumulación de un atraso excesivo en el examen de las solicitudes individuales, un debate no profesional o sesgado de los informes nacionales o cualquier otro tipo de desperfecto intencional o no intencional en las instituciones del régimen. Un mecanismo de arreglo de controversias establecido por el régimen puede funcionar de manera tan lenta o ineficaz que se sigan produciendo daños sin que haya perspectivas razonables de llegar a una solución justa. Al llegar a esa situación, el régimen habrá «fallado» y, en ese instante, debe quedar abierta la posibilidad de que los beneficiarios de los derechos pertinentes puedan recurrir a las instituciones y los mecanismos del derecho internacional general.

188. No se pueden establecer criterios generales para determinar qué constituye una «falla del régimen». La falla puede ser de fondo o de procedimiento. Se produce la falla de fondo cuando el régimen falla por completo en

[248] *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran* (véase la nota 125 *supra*), pág. 222, párr. 112. Mucho se agradece a Carlos López Hurtado por ésta y otras referencias y argumentos.

[249] Caflisch y Cançado Trindade (nota 159 *supra*), págs. 60 y 61.

[250] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *I.C.J. Reports 1989*, págs. 15 y ss., en especial pág. 42, párr. 50.

[251] Véase, por ejemplo, el cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) (nota 203 *supra*), págs. 44 y 45, párrs. 115 y 116; véanse también Simma, «Self-contained regimes» (nota 202 *supra*), págs. 111 a 131; D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, París, Pedone, 1994, págs. 278 a 291; C. S. Homsi, «"Self-contained regimes" –no cop-out for North Korea!», *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 24, núm. 1 (invierno de 2000), págs. 99 a 123, y los diversos ensayos publicados en Barnhoorn y Wellens (eds.) (nota 12 *supra*). La idea de que un régimen especial, como el orden jurídico de la OMC, aplica supletoriamente el derecho internacional general al tiempo que queda librado a la interpretación la medida en que se lo «deja de lado» está bien analizada en Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), págs. 205 a 236.

el logro del propósito para el cual fue creado: los miembros de un régimen de libre comercio mantienen sus prácticas proteccionistas, la contaminación de un curso de agua continúa sin cambios a pesar de las promesas hechas por los Estados ribereños en un tratado ambiental local. En la medida en que la falla se pueda articular como «violación grave» con arreglo al artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, los caminos indicados en ese artículo deberían quedar a disposición de los miembros del régimen. Tampoco se puede excluir que los hechos relacionados con la falla del régimen se puedan invocar como «cambio fundamental en las circunstancias» con arreglo al artículo 62 de la Convención de Viena.

189. La otra alternativa es una falla procesal: las instituciones del régimen no funcionan de la manera debida. Por ejemplo, han establecido una indemnización, pero esa indemnización no se materializa[252]. Cuando se trata de saber en qué medida los Estados partes del régimen especial siguen estando obligados a recurrir a los procedimientos especiales, aparentemente correspondería aplicar consideraciones análogas a las correspondientes al contexto de la exigencia del agotamiento de los recursos internos en el derecho a la protección diplomática. A ese respecto, los principios más importantes se enuncian en los proyectos de artículo 14 y 15 del actual proyecto de la Comisión sobre la protección diplomática. Con arreglo al artículo 15, no será necesario agotar los recursos internos cuando:

«*a*) no haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación;

b) en la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca»[253].

190. Aparentemente, ello se aplicaría cuando el Estado que sufre el daño es miembro del régimen. Para quienes son ajenos al régimen, por supuesto, sigue aplicándose el derecho general. ¿Pero cuál sería la situación en los casos en que el daño no es sufrido por un miembro oficial del régimen, pero sin embargo el régimen no cumple el objetivo establecido? Por ejemplo, el mecanismo de no cumplimiento establecido en el artículo 8 del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono no establece medida alguna para las partes que incumplan rutinariamente las obligaciones de reducir las emisiones que les incumben en virtud del artículo 2 del Protocolo. Varios Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, siguen cometiendo violaciones masivas de los derechos humanos a pesar de las opiniones y conclusiones del Comité de Derechos Humanos. ¿Cuándo pueden otras partes adoptar contramedidas contra el Estado que incumple las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 o 54 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[254]? A esas preguntas no hay respuestas claras, pero parece evidente que en algún momento se debe poder recurrir supletoriamente a las normas generales sobre responsabilidad del Estado, incluso contramedidas y mecanismos generales de arreglo de controversias (por ejemplo, recurso a la Corte Internacional de Justicia en virtud de una declaración de jurisdicción obligatoria hecha por los miembros de régimen especial)[255].

4. Conclusiones sobre los regímenes autónomos

191. El fundamento de los regímenes especiales es el mismo que el de la *lex specialis*. En ellos se tienen mejor en cuenta las características particulares del asunto de que se ocupan, el cual se regula de manera más eficaz que en el derecho general siguiendo de cerca las preferencias de sus miembros. Cuando la aplicación del derecho general quizás sea inadecuada o contraproducente para reaccionar ante un incumplimiento (especialmente las contramedidas), un régimen autónomo, como por ejemplo el sistema de *persona non grata* del derecho diplomático, quizás sea más apropiado para encarar ese tipo de incumplimiento. Sin embargo, como señala la Comisión, es igualmente claro que si el derecho general tiene la naturaleza de *jus cogens*, no se puede permitir derogación alguna. De hecho, aparentemente la presunción es que, para justificar la derogación, las normas especiales deben tener «por lo menos el mismo rango jurídico que las enunciadas en los artículos»[256].

192. Sin embargo, ningún régimen es autónomo. Incluso en regímenes bien desarrollados, el derecho general cumple al menos dos tipos de funciones. En primer lugar, proporciona el marco normativo que permite regular aspectos de su funcionamiento que no están específicamente previstos en él. En caso de disolución de un Estado parte en una controversia sometida al sistema de solución de diferencias de la OMC, por ejemplo, las normas generales sobre sucesión de Estados determinarán el destino de cualquier reclamación que el Estado disuelto haya formulado o de las que hayan podido formularse contra él. En el presente informe se han señalado algunas de las formas en que se produce esa labor supletoria. En segundo término, las normas del derecho general también entran en juego si el régimen especial no funciona adecuadamente. Ese funcionamiento defectuoso puede ser de fondo o procesal y algunas de las posibilidades puestas a disposición de los miembros del régimen se describen en la propia Convención de Viena de 1969. Las normas sobre responsabilidad del Estado también pueden ser pertinentes en tales situaciones.

193. En tercer lugar, el término «régimen autónomo» es engañoso. Ningún régimen jurídico está totalmente aislado del derecho internacional general. Es incluso poco probable que tal aislamiento sea posible: puede darse el

[252] Este es el ejemplo mencionado en el cuarto informe informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) (nota 203 *supra*), págs. 44 y 45, párr. 115 *a*.

[253] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 50, proyecto de artículo 15.

[254] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 139 y 147.

[255] Véanse además Simma, «Self-contained regimes» (nota 202 *supra*), págs. 118 a 135, y Alland (nota 251 *supra*), págs. 290 y 291. Aparentemente ello también se aplicaría a la falla del régimen especial de la Unión Europea. Véase también L. Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, París, Pedone, 1992, pág. 185.

[256] Comentario al artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párr. 2, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 150.

caso de que un régimen goce (o no) de fuerza jurídica vinculante («validez») únicamente por referencia a normas o principios (válidos y vinculantes) *ajenos a él*. En los debates que la Comisión ha mantenido sobre «regímenes autónomos», «regímenes» y «subsistemas» nunca se asumió que éstos estuvieran herméticamente aislados del derecho general. Es útil señalar que el artículo 42 de la Convención de Viena contiene una «disposición Münchausen» directamente pertinente a este respecto, ya que sitúa expresamente a cada régimen jurídico dentro de su contexto. Según esa disposición:

Validez y continuación en vigor de los tratados

1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.

194. Puede decirse que éste es el «nivel mínimo» de la regulación que la Convención de Viena establece en materia de creación y funcionamiento de los regímenes. A partir de él —y en virtud del razonamiento expuesto más arriba— todos los regímenes especiales se relacionan con el derecho internacional general de tres maneras:

a) Las condiciones de validez de un régimen especial, incluida la validez de su creación, están determinadas por los principios del derecho internacional general.

b) Dada la «especialidad» del régimen especial, éste no regula todas las circunstancias de su funcionamiento. El derecho general facilita recursos a este respecto. No se trata de que el derecho general se incorpore al régimen especial, sino que dicho fenómeno se desprende de la «generalidad» de ese derecho general —o, en otras palabras, de la naturaleza sistémica del derecho internacional—. El derecho internacional general influye en el funcionamiento de un régimen especial como el antes descrito de tres formas distintas:

i) el derecho internacional general (esto es, la costumbre general y los principios generales del derecho) colma las lagunas del régimen especial y facilita orientación interpretativa para su aplicación;

ii) la mayoría de las disposiciones de la Convención de Viena (especialmente los artículos 31 y 32) tienen carácter de derecho consuetudinario y son aplicables en el sentido descrito en el subapartado i);

iii) el derecho internacional general contiene principios de jerarquía que rigen el funcionamiento del régimen especial, principalmente en lo que respecta a la determinación de las normas imperativas del derecho internacional, pero también ofreciendo recursos para determinar qué régimen debe prevalecer en caso de conflicto o, cuanto menos, las consecuencias que se desprenden del incumplimiento de las normas que disponen que un régimen prevalezca sobre otro (normalmente la responsabilidad del Estado).

c) Por último, el derecho internacional general regula la situación que se produce cuando un régimen especial «falta». Sin embargo, los regímenes no siempre permiten determinar, desde dentro, cuándo se produce ese tipo de situación. La incapacidad de determinar de modo inequívoco cuándo se produce esa falta puede ser precisamente uno de los aspectos de ésta —por ejemplo, cuando un sistema especial para la solución de controversias deja de funcionar—.

D. Regionalismo

1. ¿Qué es el «regionalismo»?

195. El término «regionalismo» no aparece frecuentemente en los tratados de derecho internacional y, cuando aparece, rara vez figura como «norma» o «principio». Tampoco hace referencia a ninguna esfera sustantiva del derecho, como «derechos humanos» o «derecho mercantil». La cuestión del regionalismo por lo general se plantea al examinar el tema de la universalidad del derecho internacional, su evolución histórica o las distintas influencias que han configurado su contenido. En muy pocas ocasiones adopta un sentido claramente normativo, como una especie de *lex specialis* regional que tenga por objeto la aplicación o modificación de una norma general o, tal vez en particular, una excepción a esa norma.

196. El regionalismo es un tema frecuente en los debates sobre política exterior. Las deliberaciones acerca del mejor método de regular asuntos de política económica o de seguridad colectiva, por ejemplo, generalmente se desarrollan en marcos institucionales que ofrecen la ventaja de no llegar a tener un ámbito universal. Cuando las grandes Potencias debatieron el tema de las Naciones Unidas al final de la Segunda Guerra Mundial, la elección entre regionalismo y universalismo tuvo una gran influencia en la planificación del sistema de seguridad colectiva de la posguerra. Por ejemplo, Churchill empezó expresando su preferencia por un conjunto de sistemas nacionales —un «Consejo de Europa y un Consejo de Asia bajo el techo común de la organización mundial»[257]—. Cuando los debates se orientaron a favor de un sistema único bajo la supervisión del Consejo de Seguridad, se expresó preocupación en San Francisco por la posibilidad de que se abriera así la puerta a la intervención de Potencias extranjeras en la gestión de la seguridad regional (especialmente en América Latina)[258].

197. Algunas veces, determinadas orientaciones de la metodología jurídica —por ejemplo, un «enfoque anglonorteamericano»— o las políticas adoptadas o que suelen adoptar ciertos grupos de Estados —por ejemplo, «enfoques tercermundistas»— también dan lugar a cuestiones de regionalismo. Los debates sobre los derechos humanos y el relativismo cultural también ponen de manifiesto ocasionalmente esas tensiones. Esos debates se centran en la cuestión de si algunas normas o principios —incluido el concepto de derechos humanos— deben tener automáticamente una aplicación universal. ¿Qué posibilidades de variaciones regionales existen en un sistema que tiene vocación universal?

---

[257] W. G. Grewe, «The history of the United Nations», en B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pág. 7.

[258] Véase, por ejemplo, R. B. Russell y J. E. Muther, *A History of the United Nations Charter. The Role of the United States 1940-1945*, Washington D.C., Brookings, 1958, págs. 688 a 712. Véase también S. C. Schlesinger, *Act of Creation. The Founding of the United Nations*, Boulder, Westview, 2003, págs. 175 a 192.

198. Los diversos usos de la expresión «regionalismo» en la retórica jurídica y política requieren un análisis del impacto efectivo que ese concepto tiene en la cuestión de la fragmentación del derecho internacional que la Comisión está examinando. A esos efectos, se indica que hay por lo menos tres significados diferentes de «regionalismo» específicamente relacionados con el derecho internacional y que deben tenerse en cuenta.

2. El «regionalismo» como una serie de criterios y métodos para abordar el examen del derecho internacional

199. En su primera —y más general— acepción, ese término se utiliza para designar determinadas orientaciones del pensamiento jurídico y la cultura. Se dice algunas veces, por ejemplo, que existe una tradición «anglonorteamericana» o una tradición «continental» del derecho internacional —aunque a menudo se niegue la existencia de esas tradiciones—[259]. Más recientemente, ha sido frecuente afirmar la existencia de doctrinas «soviéticas» o «enfoques tercermundistas» del derecho internacional[260]. Ha arraigado en cierta medida la noción de distintas culturas jurídicas, por ejemplo, en el artículo 8 del estatuto de la propia Comisión de Derecho Internacional se requiere que «en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo». También se ha previsto que la composición de muchos otros órganos de derecho internacional respete este criterio, como lo demuestra la práctica —aunque por lo general oficiosa— que se sigue normalmente en las elecciones de las Naciones Unidas de aplicar el principio de una «distribución geográfica equitativa». La Asamblea General de las Naciones Unidas ha puesto de relieve, de tiempo en tiempo, la importancia de este principio —por ejemplo, en 2001, cuando alentó «a los Estados Partes en los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas a establecer sistemas de cuotas por regiones geográficas para la elección de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados»[261]—.

200. No hay duda de que siempre ha habido planteamientos regionales y locales o incluso «culturales» del derecho internacional, y en muchas de las publicaciones sobre este tema se examina su influencia en el derecho internacional general. Por ejemplo, vuelve a hablarse con frecuencia de la función desempeñada por una «tradición europea» del derecho internacional[262]. En algunos estudios históricos también se investiga la «tradición norteamericana del derecho internacional»[263] y se examina el papel de África o Asia en el desarrollo del derecho[264]. A partir del siglo XIX, a menudo se ha destacado la influencia especial que ha ejercido América Latina[265].

201. Indudablemente es posible indagar la influencia sociológica, cultural y política que determinadas regiones han ejercido sobre el derecho internacional. Sin embargo, tales estudios no versan realmente sobre la cuestión de la fragmentación. No sostienen que ciertas normas deban considerarse o utilizarse de manera especial porque hayan surgido como resultado de una inspiración «regional». Por el contrario, esas influencias regionales parecen importantes precisamente porque han perdido su carácter geográfico originalmente limitado y han acabado contribuyendo al desarrollo del derecho internacional universal. Siguen siendo fuentes históricas y culturales o influencias políticas más o menos persistentes que constituyen el trasfondo del derecho internacional.

202. Hay una muy fuerte presunción entre los juristas internacionales de que, a pesar de esas influencias, el propio derecho debe considerarse desde un punto de vista universal. Como señaló Sir Robert Jennings en 1987:

> … el principio más general y fundamental del derecho internacional público es su universalidad; es decir, que se le reconozca como válido y aplicable en *todos* los países, independientemente de sus historias y tradiciones culturales, económicas, sociopolíticas o religiosas[266].

203. Sin embargo, como el propio Jennings señala:

> … esto no quiere decir, por supuesto, que no haya posibilidades de variaciones regionales, tal vez incluso en cuestiones de principio. […] Universalidad no quiere decir uniformidad. Significa, no obstante, que el derecho internacional regional, aunque constituye una variante, es parte del sistema en su conjunto, y no un sistema separado, que deriva su validez en último término del sistema en su conjunto[267].

---

[259] Véase, en especial, H. Lauterpacht, «The so-called anglo-american and continental schools of thought in international law», *British Year Book of International Law 1931*, vol. 12, págs. 31 a 62. Véase también, por ejemplo, E. D. Dickinson, «L'interprétation et l'application du droit international dans les pays anglo-américains», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1932-II*, vol. 40, págs. 305 a 395.

[260] A. Anghie y B. S. Chimni, «Third World approaches to international law and individual responsibility in internal conflict», en S. R. Ratner y A.-M. Slaughter, *The Methods of International Law*, Washington D.C., American Society of International Law, 2004, págs. 185 a 210. Con respecto a las doctrinas «soviética» y «rusa», véanse K. Grzybowski, *Soviet Public International law: Doctrines and Diplomatic Practice*, Leiden, Sijthoff, 1970; T. Långström, *Transformation in Russia and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2003.

[261] Resolución 56/146 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2001, párr. 1.

[262] Véase, en especial, la serie de simposios sobre la «Tradición europea en el derecho internacional», en EJIL,a partir de 1990.

[263] Véase, por ejemplo, M. W. Janis, *The American Tradition of International Law. Great Expectations 1789-1914*, Oxford, Clarendon Press, 2004.

[264] Véanse T. O. Elias, *Africa and the Development of International Law*, Leiden, Sijthoff, 1972; R. P. Anand, «The role of asian States in the development of international law», en R.-J. Dupuy (ed.), *The Future of International Law in a Multicultural World*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, pág. 105. En muchos artículos aparecidos en el *Journal of the History of International Law* a partir de 1999 se examinan las influencias y los acontecimientos regionales desde una perspectiva histórica.

[265] Véase el caso *Colombian-Peruvian asylum*, fallo de 20 de noviembre de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 266 y ss., en especial págs. 293 y 294 (opinión discrepante del Magistrado Álvarez). Para una panorámica general de los debates durante el siglo XIX, véase H. Gros Espiell, «La doctrine du droit international en Amérique Latine avant la première conférence panaméricaine (Washington, 1889)», *Journal of the History of International Law*, vol. 3 (2001), págs. 1 a 17. Véase también L. Obregón, *Completing Civilization: Nineteenth Century Criollo Interventions in International Law*, tesis doctoral inédita, Universidad de Harvard, 2002. El principal defensor de esta idea en el siglo XX fue sin duda Alejandro Álvarez. Véase, por ejemplo, su «Latin America and international law», AJIL, vol. 3, núm. 2 (abril de 1909), págs. 269 a 353.

[266] R. Y. Jennings, «Universal international law in a multicultural World», en M. Bos e I. Brownlie (eds.), *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, págs. 40 y 41; publicado también en *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, vol. 1, La Haya, Kluwer Law International, 1998, pág. 341.

[267] Jennings, «Universal international law in a multicultural World», *Liber Amicorum…* (véase la nota 266 *supra*), pág. 41; véase también *Collected Writings…*, pág. 342.

204. Si bien el regionalismo en sí mismo no tiene automáticamente, por tanto, un alcance normativo, su importancia queda de manifiesto porque suele ir unido a una diferenciación funcional. Es decir, aunque las fuerzas impulsoras del derecho internacional pueden haber sido en otros tiempos las regiones geográficas, actualmente esas fuerzas a menudo son intereses particulares diversificados en el plano mundial: intereses comerciales, grupos de presión a favor de la mundialización, grupos ambientalistas o de derechos humanos, etc. La expresión «Tercer Mundo» ya reflejaba este cambio. Aunque a los Estados que integran este grupo algunas veces se les identifica en términos geográficos —por ejemplo, «el Sur»—, no se pretende hacer con ello referencia a una característica geográfica especial (el clima, por ejemplo) compartida, sino a una cierta homogeneidad basada en la convergencia de intereses, valores u objetivos políticos. La diferenciación funcional —el surgimiento de tipos especiales de derecho que tratan de responder a tipos especiales («funcionales») de interés, como la «normativa sobre los derechos humanos» o el «derecho ambiental», etc.— es sin duda la raíz (sociológica) del fenómeno de la fragmentación y la diversificación del derecho internacional. Sin embargo, esta cuestión se aborda en otras partes del presente informe, y no es necesario examinarlo concretamente ahora.

3. El «regionalismo» como técnica de creación de derecho internacional

205. Un segundo sentido del regionalismo es el de un foro privilegiado para la creación de derecho internacional. A menudo se sostiene que el derecho internacional se elabora o debe elaborarse en un contexto regional porque la homogeneidad relativa de los intereses o las perspectivas de los agentes garantizará una aplicación más efectiva o equitativa de las normas pertinentes. La existencia de una comunidad cultural coherente da más legitimidad a la normativa y propicia su comprensión y aplicación coherentes. Probablemente esta sea la razón por la que siempre se han gestado en un contexto regional los regímenes de derechos humanos y de libre comercio —a pesar de los presupuestos universalistas relativos a los derechos humanos o los mercados de productos básicos—.

206. Es este un aspecto del argumento general en favor de la contextualización que ya se ha examinado más arriba, en la sección sobre *lex specialis*: la proximidad del contexto permite reflejar mejor los intereses y lograr el consentimiento de las partes interesadas. Como cuestión de política jurídica, frecuentemente puede resultar más eficaz empezar por adoptar un enfoque regional[268]. Los derechos humanos y la integración económica son ejemplos de este tipo de razonamiento. En términos más generales, el regionalismo se plantea algunas veces en relación con teorías sociológicas del derecho internacional, en particular con puntos de vista que hacen hincapié en una tendencia natural del desarrollo a pasar del nivel de los Estados a unidades más amplias de gobierno internacional.

207. De acuerdo con la teoría sociológica («objetivista») del derecho internacional elaborada por Georges Scelle, por ejemplo, el regionalismo aparece como un accidente de lo que denomina el «fenómeno federal», un proceso que se inicia en el Estado individual para evolucionar gradualmente y en etapas sucesivas hacia unidades normativas de mayor tamaño como consecuencia de la expansión de círculos de «solidaridad». Según el autor, ello puede deberse a afinidades naturales entre Estados vecinos (comunidad de historia, idioma, religión, etc.), pero también por la necesidad de la división del trabajo (como ocurre en la integración económica regional) o en respuesta a una amenaza común (por ejemplo, el establecimiento de sistemas de seguridad regional)[269]. Más recientemente, las teorías de la interdependencia y de los regímenes internacionales desarrolladas en estudios sobre las relaciones internacionales y la sociología de la globalización subrayan las ventajas que ofrece un régimen de gobierno ejercido en el marco de unidades mayores que los Estados, incluidas las regionales.

208. Esos estudios han dado lugar a diversas evaluaciones políticas. Hedley Bull, por ejemplo, destaca el atractivo que despierta el regionalismo en el tercer mundo: ofrece las ventajas de la funcionalidad y la solidaridad en Estados débiles y puede servir para eludir el peligro de la dominación por las grandes Potencias que podría derivarse de su participación en ámbitos de cooperación mundial o simplemente más amplias[270]. Otros teóricos, por su parte, han adoptado el criterio exactamente opuesto y consideran el regionalismo un instrumento de hegemonía. Con arreglo a ese punto de vista, el regionalismo a menudo significaría la creación de grandes espacios o «bloques» hegemónicos —la doctrina Monroe podría tal vez servir de ejemplo— por una gran Potencia para garantizar su supremacía o restablecer el equilibrio de poder trastocado por las actividades de otra Potencia en otra parte del mundo[271].

209. Por supuesto, existe una enorme cantidad de publicaciones sobre la naturaleza, las ventajas y las desventajas del regionalismo como instrumento de la política de cooperación y hegemonía[272]. Sin embargo, no es seguro que esas consideraciones sociológicas y especulaciones históricas —cualesquiera que fueren su valor— tengan mucho que aportar a un examen de la fragmentación del derecho internacional. Todas ellas tienden también a

[268] Para un examen general bastante a fondo de la cooperación regional entre los Estados de África, América, Europa occidental y los antiguos Estados socialistas, junto con un examen de las comisiones regionales de las Naciones Unidas y los bancos regionales de desarrollo, véase Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (nota 130 *supra*), págs. 100 a 161.

[269] Scelle (nota 70 *supra*), pág. 253.

[270] H. Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Londres, Macmillan, 1977, págs. 305 y 306. Para un examen de las ventajas y desventajas de los «complejos» de seguridad regional, que se encuentran a un nivel intermedio entre los Estados y los sistemas de seguridad mundial, véase, por ejemplo, B. Buzan, *People, States and Fear. An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*, 2ª ed., Nueva York, Harvester, 1991, págs. 186 a 229. Con respecto a las fuerzas concertadas de la mundialización y la regionalización económicas, que también representan un reto, véase, por ejemplo, C. Oman, «Globalization, regionalization, and inequality», en A. Hurrell y N. Woods (eds.), *Inequality, Globalization, and World Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1999, págs. 36 a 65.

[271] Véase, en particular, C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Colonia, Greven, 1950. Del mismo tenor, véase W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlín, Walter de Gruyter, 2000, págs. 458 y ss.

[272] Véanse, por ejemplo, R. A. Falk y S. H. Mendlowitz (eds.), *Regional Politics and World Order*, San Francisco, Freeman, 1973; W. Lang, *Der internationale Regionalismus. Integration und Desintegration von Staatenbeziehungen in weltweiter Verflechtung*, Springer, Viena, 1982, y los ensayos reunidos en J. S. Nye, *International Regionalism. Readings*, Boston, Little and Brown, 1968.

considerar la cooperación regional desde una perspectiva funcional, como una manifestación particular de la necesidad más general de los Estados de colaborar para alcanzar objetivos comunes o a asociar a otros en la creación, mantenimiento o lucha contra la hegemonía. En cuanto accidente de las teorías sobre la lógica de la cooperación y la capacidad de decisión racional, el regionalismo deja de ser un problema específico y debe abordarse más bien en relación con la diversificación funcional de la sociedad internacional general, concretamente el problema de los regímenes especiales, que se examinó en la sección anterior del presente informe.

210. Sin embargo, cabe mencionar un aspecto, a saber, el del regionalismo en relación con el derecho mercantil. A pesar del fuerte impulso dado al régimen del comercio mundial en el sistema GATT/OMC, no han dejado de celebrarse acuerdos comerciales regionales (ACR), muy al contrario. Durante las últimas etapas de la Ronda Uruguay, que tuvo lugar de 1990 a 1994, por ejemplo, se notificaron 33 ACR a la secretaría del GATT, mientras que durante el período comprendido entre enero de 2004 y febrero de 2005, se notificaron nada menos que 43 ACR —«haciendo de ese período el más prolífico en ACR de toda la historia»[273]—. Desde un punto de vista técnico, esos acuerdos liberalizan sin duda el comercio entre las partes, pero también lo limitan con el mundo exterior. La justificación concreta de los ACR figura en el artículo XXIV del GATT y, aunque existe una controversia histórica acerca del alcance de esa disposición, la opinión (comprensible) en el sistema de la OMC, articulada por el Órgano de Apelación, ha sido interpretarla de manera restrictiva[274]. Sin embargo, habida cuenta de las dificultades y las controversias que se han registrado durante el desarrollo del sistema de comercio universal, actualmente no parece estar próxima la conclusión de los ACR.

4. El «regionalismo» como búsqueda de excepciones geográficas a las normas universales de derecho internacional

211. Pero el regionalismo puede tener un sentido más fuerte si con él se pretende denotar una norma o principio con una esfera de validez regional o una *limitación* regional a la esfera de validez de una norma o principio universales. En el primer sentido (positivo), la norma o principio serían solamente vinculantes para los Estados identificados como miembros de una determinada región[275]. En el segundo sentido (negativo), el regionalismo eximiría a los Estados de una determinada zona geográfica de la fuerza vinculante de lo que por lo demás sería un principio o norma universal.

212. Estas ideas plantean muchos problemas, el menor de los cuales no es la identificación de la «región» pertinente y en especial la imposición de esa identificación a un Estado que no la comparta. Porque el regionalismo *normativo* debe distinguirse claramente del caso ordinario de un tratado multilateral entre Estados en una región o de un conjunto de prácticas convergentes entre Estados que constituyan una costumbre regional. En los dos últimos casos la norma convencional o consuetudinaria resulta vinculante para los Estados pertinentes sobre la base de su consentimiento en ella. El hecho de que los Estados procedan de la misma región es solo un ingrediente de hecho de su relación y no tiene más importancia para la fuerza vinculante o la interpretación de esa norma que su composición étnica o su sistema económico[276]. En vez de constituir un ejemplo del poder normativo independiente de las asociaciones regionales, estos casos caen dentro del examen de la *lex specialis* efectuado anteriormente[277].

213. Un caso separado, mucho más difícil, es el que se produce cuando se alega que una norma regional (ya sea sobre la base de la práctica de los tratados o de la costumbre) vincula a un Estado aun cuando el Estado no la haya adoptado o aceptado específicamente. Esta es la pretensión examinada (aunque de forma no concluyente) por la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo al *Derecho de Asilo* (1950) y el asunto *Haya de la Torre* (1951). En estos casos, Colombia arguyó, entre otras cosas, que había surgido un derecho «americano» o «latinoamericano» relativo a la materia del asilo diplomático[278]. Según el Magistrado Álvarez, este derecho se había basado en el «deseo» de los Estados latinoamericanos «desde su independencia» de «modificar el derecho para ponerlo en armonía con los intereses y las aspiraciones de su continente»[279]. Aquí se esbozan claramente tanto el propósito como la justificación del regionalismo: el propósito es apartarse del derecho general en tanto que la justificación proviene en parte del consentimiento («deseo») y en parte de un argumento sociológico sobre la adecuación regional. La fuerza normativa de este derecho era tan evidente para Colombia como para el Magistrado Álvarez. A juicio de Colombia, un derecho regional era aplicable incluso a los Estados de la región que no lo aceptaran[280]. Álvarez, además, arguyó que no solo era «vinculante para todos los Estados del nuevo mundo» así

[273] F. Weiss, «Coalitions of the willing: the case for multilateralism vs. regional and bilateral arrangements in World trade», en C. Calliess, G. Nolte y P-T. Stoll (eds.), *Coalitions of the Willing. Avantgarde or Threat*?, Colonia, Carl Heymanns, 2007, pág. 65, de próxima publicación. Véase también el capítulo III, secc. D.1 a), *infra*.

[274] Véase *Turquía – Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido* (nota 88 *supra*), párr. 9.92.

[275] Esto es lo que se entiende, por ejemplo, en D. Schindler, «Regional international law», en Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (nota 130 *supra*), págs. 161 a 165.

[276] Naturalmente esto no significa que no tenga importancia en absoluto. En el asunto *Haya de la Torre*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia se consideró autorizada a interpretar el artículo 2 de la Convención Fijando las Reglas que Deben Observarse para la Concesión del Asilo «de conformidad con la tradición latinoamericana respecto del asilo» (*Haya de la Torre*, fallo de 13 de junio de 1951, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 71 y ss., en especial pág. 81).

[277] Muchas organizaciones regionales son de esta naturaleza. Su carácter «regional» no las distingue de otras organizaciones multilaterales. Esto significa, por ejemplo, que no todos los Estados de la región pertinente participan siempre en ellas y que su competencia ni siquiera en ese caso se extiende a los Estados no participantes. Véase Schindler (nota 275 *supra*), pág. 161.

[278] Véase, en especial, *Colombian-Peruvian asylum*, «Réplique du Gouvernement de la République de Colombie (20 IV 50): Observations sur l'existence du droit international américain», *I.C.J. Pleadings 1950*, vol. I, págs. 330 a 334, párrs. 25 a 32.

[279] *Colombian-Peruvian asylum*, fallo de 20 de noviembre de 1950 (véase la nota 265 *supra*), pág. 293 (opinión discrepante del Magistrado Álvarez). Análogamente, el Magistrado Read señaló en su opinión discrepante la existencia de un «cuerpo de derecho convencional y consuetudinario, complementario del derecho internacional universal, y que rige las relaciones interestatales del mundo panamericano» (ibíd., pág. 316).

[280] *Haya de la Torre*, «Mémoire présenté au nom du Gouvernement de la République de Colombie (7 II 51)», *I.C.J. Pleadings 1951*, págs. 25 a 27.

como para todos los demás Estados «en las cuestiones que afectan a América»[281], sino también que era «vinculante para todos los Estados del nuevo mundo», aunque «no tenía que ser aceptado por todos ellos»[282].

214. La cuestión del regionalismo ha surgido frecuentemente en relación con normas que presuntamente tienen un origen o esfera de aplicabilidad específicamente sudamericano, como las famosas doctrinas Calvo, Drago y Tobar[283]. No obstante, ninguna de estas doctrinas ha recibido nunca respaldo general y su importancia actual parece dudosa. En el asunto relativo al *Derecho de Asilo*, la Corte no se pronunció específicamente sobre la posibilidad teórica de que hubiera normas específicamente regionales de derecho internacional en el sentido fuerte (es decir, normas que vinculen automáticamente los Estados de una región y vinculen a otros Estados en su relación con los primeros)[284]. Simplemente declaró que los casos citados por Colombia a favor de la existencia de una norma regional de asilo diplomático podían haber sido inspirados por consideraciones de conveniencia o interés político. No se han presentado pruebas de que hayan surgido de una idea de obligación jurídica[285]. El aspecto más importante, sin embargo, es quizás que la Corte consideró la pretensión colombiana como una pretensión sobre el derecho consuetudinario y la desestimó en vista de que Colombia no presentó la prueba requerida. Es decir, en la sentencia no se trató expresamente el «regionalismo» y mucho menos se respaldó el regionalismo en el sentido fuerte que se ha expuesto antes.

215. En efecto, tiene muy poco apoyo la noción de que el regionalismo tendría una base normativa para nada que no sea la conducta consuetudinaria regional, acompañada naturalmente, de la requerida *opinio juris* por parte de los Estados correspondientes. En ese caso, los Estados de fuera de la región no estarían automáticamente obligados por la costumbre regional pertinente a menos que se indicara específicamente que la han aceptado de manera expresa o tácita (o quizás por medio de la ausencia de protesta). Esto también haría superfluo todo debate normativo específico sobre el regionalismo (a diferencia del debate histórico, sociológico o tecnicolegislativo). No obstante, aún quedan por señalar dos cuestiones específicas.

216. La primera es la cuestión del dilema universalismo frente a regionalismo en la normativa de los derechos humanos. Aunque esto concierna a la cuestión filosófica del relativismo cultural, y en cuanto tal quede fuera del proyecto de la Comisión sobre la fragmentación, cabe señalar un planteamiento de dicha cuestión. Consiste en abordar «los problemas regionalistas» no en términos de excepciones a normas universales sino, como ha dicho Andrew Hurrell, «principalmente en términos de aplicación»[286]. Esto significaría comprender la variedad regional no como excepciones sino en términos de la ejecución y aplicación de normas compartidas de forma diversa en función del contexto. En este caso, esta cuestión también caería dentro de la cuestión más general de la relación entre el derecho general y el derecho especial, que no es diferente del problema general de la aplicabilidad y de los límites de la *lex specialis*.

217. La segunda se refiere a la cuestión de la relación entre el universalismo y el regionalismo en el sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas o, en otras palabras, las relaciones entre los Capítulos VII y VIII de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto, entre las cuestiones abiertas cabe recordar la definición de lo que pueden considerarse «acuerdos» u «organismos» regionales, así como la cuestión de que sean «susceptibles de acción regional» en virtud del párrafo 1 del Artículo 52. Sin embargo, la cuestión más importante parece referirse a la prioridad de la competencia entre los organismos y acuerdos regionales y el Consejo de Seguridad para adoptar medidas de ejecución[287]. En virtud del párrafo 2 del Artículo 52, los miembros de los organismos o acuerdos regionales harán todos los esfuerzos posibles para el arreglo de sus controversias antes de someterlas al Consejo de Seguridad. Cualesquiera que sean las discrepancias sobre la norma correcta al respecto, parece evidente que la acción de un organismo o acuerdo regional no puede considerarse una «excepción» a la competencia del Consejo de Seguridad que en todo momento puede ocuparse de una cuestión siempre que considere apropiado hacerlo porque, por ejemplo, la acción regional no ha sido o no es probable que sea apropiada o eficaz. A este respecto, el Capítulo VIII debe considerarse un conjunto de disposiciones funcionales que tratan de buscar el nivel más apropiado para tratar cuestiones particulares teniendo debidamente en cuenta las cuestiones de «subsidiariedad»[288].

---

[281] «El derecho internacional universal se encuentra hoy en el marco del derecho continental y regional, y todos estos sistemas adoptan nuevas tendencias de conformidad con las indicadas en el Preámbulo y el Capítulo I de la Carta de las Naciones Unidas; esas tendencias reflejan totalmente el espíritu americano internacional», *Colombian-Peruvian asylum*, fallo de 20 de noviembre de 1950 (véase la nota 265 *supra*), pág. 294 (opinión discrepante del Magistrado Álvarez).

[282] Ibíd.

[283] Según una versión de la doctrina Calvo, se excluye la responsabilidad internacional respecto de contratos celebrados por el Estado parte con contratantes privados extranjeros. Otra versión la describe como la estipulación en un contrato en la que «un extranjero se compromete a no recurrir al Estado de su nacionalidad en ninguna cuestión que se plantee respecto del contrato». Esta formulación solía insertarse (o proponerse) como cláusula en los contratos de inversión, pero también se ha invocado como norma específica del derecho regional sudamericano. Véanse, por ejemplo, O'Connell, *International Law* (nota 78 *supra*), vol. II, págs. 1059 a 1066, y E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, págs. 590 a 593. En cuanto a su (discutida) relevancia hoy, véase C. K. Dalrymple, «Politics and foreign direct investment: the Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo clause», *Cornell International Law Journal*, vol. 29, núm. 1 (1996), pág. 161, y D. Manning-Cabrol, «The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors», *Law and Policy in International Business*, vol. 26 (1995), pág. 1169. La doctrina Drago trataba de eximir los empréstitos estatales de las normas generales de la responsabilidad del Estado, O'Connell, *International Law* (nota 78 *supra*), vol. II, pág. 1003 y 1004. La doctrina Tobar, por su parte, tiene que ver con el presunto deber de no reconocimiento de los gobiernos que han llegado al poder por medios no constitucionales, ibíd., vol. I, pág. 137.

[284] Aunque apuntó en esta dirección refiriéndose a «una de las más firmes tradiciones establecidas de América Latina, a saber, la no intervención» (*Colombian-Peruvian asylum*, fallo de 20 de noviembre de 1950 (véase la nota 265 *supra*), pág. 285).

[285] Ibíd., págs. 276 y 277.

[286] A. Hurrell, «Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided World», en T. Dunne y N. J. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, págs. 294 a 297.

[287] Una sinopsis útil puede verse en W. Hummer y M. Schweitzer, «Article 52», en Simma (ed.), *The Charter of the United Nations…* (nota 257 *supra*), págs. 683 a 722.

[288] Ibíd., págs. 709 y 710.

5. Integración europea

218. Por último debe mencionarse brevemente la Unión Europea. Como es bien sabido, la Unión Europea comenzó como una unión aduanera con la conclusión en 1957 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Desde entonces, se han enmendado varias veces los Tratados fundacionales de manera que el instrumento actualmente vigente —del Tratado de la Unión Europea (hecho en Maastricht en 1992 y modificado en Ámsterdam en 1997 y en Niza en 2001)—, va mucho más allá de un acuerdo económico. Las actividades de la Unión se dice que consisten en tres «pilares», uno que trata de las normas más resueltamente supranacionales sobre las actividades «de la Comunidad», y los otros dos sobre los ámbitos «más intergubernamentales» de la política común exterior y la política común de seguridad y la cooperación en la justicia y los asuntos internos. La integración europea ha transformado profundamente el carácter de las relaciones jurídicas entre los Estados miembros de la Unión. Como señaló el Tribunal de Justicia europeo en un caso célebre, los tratados fundadores más que acuerdos internacionales son una especie de «carta constitucional» de la Unión Europea[289]. Han establecido un tipo especial de ordenamiento jurídico entre los Estados miembros y, por tanto, se interpretan y aplican de una manera que no coincide necesariamente con la forma en que se interpretan y aplican los acuerdos «ordinarios».

219. No hay razón para insistir en el carácter especial de las relaciones entre los miembros de la Unión Europea. Un fenómeno que contribuye a la fragmentación es la manera en que la Unión, como actor internacional, está presente en diversos papeles diferentes en la escena internacional. En primer lugar, la Comunidad Europea, actuando dentro del «primer pilar» de las competencias de la Unión Europea, es sujeto de derecho internacional y, a efectos prácticos, puede considerarse respecto del mundo exterior, como una organización intergubernamental, con aquellas modificaciones que su naturaleza específica aporte a esta calificación[290]. Al mismo tiempo, especialmente al tratar cuestiones de política exterior, así como la cooperación en cuestiones de justicia interior, u orden público, la Comunidad Europea actúa al lado de sus Estados miembros. La distinción entre cuestiones de la competencia exclusiva de la Comunidad Europea y las competencias compartidas entre la Unión Europea y los Estados miembros es una parte intrincada del derecho de la Comunidad Europea que a veces resulta difícil de comprender. Esto sucede en particular respecto de los «acuerdos mixtos» en los que tanto la Comunidad como los Estados miembros son partes, pero en los que las competencias respectivas se desenvuelven en función del desarrollo del derecho (interno) de la Comunidad Europea[291]. Naturalmente se ha destacado por parte de la Unión Europea que nada de esto tendrá efecto alguno sobre los derechos de terceros Estados y, en efecto, ningún efecto de esa naturaleza puede derivarse de las derivaciones jurídicas que, desde la perspectiva de estos últimos, son estrictamente *res inter alios acta*. No obstante, la cuestión de la división de competencias sigue siendo motivo de preocupación desde la perspectiva de la coherencia de los derechos y obligaciones de los tratados, en particular la responsabilidad por cualquier infracción que pueda producirse. Un aspecto particular de la acción de la Comunidad Europea, las denominadas «cláusula de desconexión» incide directamente en la Convención de Viena de 1969 y, por tanto, se examinará por separado en el capítulo III *infra*.

E. Conclusión sobre los conflictos entre derecho especial y derecho general

220. Todos los sistemas jurídicos están compuestos por normas y principios de mayor o menor grado de generalidad y de especialidad respecto de su materia y ámbito de aplicación. A veces apuntan en dirección diferente y, si lo hacen, la tarea de razonamiento jurídico consiste en establecer relaciones significativas entre ellos a fin de determinar si pueden aplicarse de una forma mutuamente corroborante o si una norma o principio debe tener una prioridad definida sobre el otro. Esto es lo que en el capítulo V *infra* se denominará «integración sistémica».

221. Muchos sistemas de normas contienen, además de las normas primarias especiales, normas secundarias especiales que tienen que ver con la responsabilidad o el arreglo de controversias. Aunque estas instituciones se denominan a veces «autónomas» (*self-contained*), nunca están «clínicamente aisladas» del resto del derecho. En efecto, como hemos visto, deben su validez, reciben sus límites y son constantemente complementadas por normas y principios jurídicos que ni están establecidos ni constituidos por actos específicos. El fenómeno sociológico del «regionalismo» tampoco ha significado la aparición de sistemas jurídicos aislados de carácter regional. La función que corresponde a los complejos de normas regionales o especializados es una cuestión histórica y de hecho solo puede determinarse caso por caso, teniendo siempre presente la naturaleza «sistémica» del derecho del que todos forman parte.

222. Esta sección ha destacado el carácter pragmático de las reglas de la «especialidad» y la «generalidad» de las reglas normativas en el proceso del razonamiento jurídico. Ha destacado el carácter *de relación* de estos atributos y la forma en que su aplicación específica depende siempre del contexto en que se aplican. *Invocar o defender una pretensión de «especialidad» solo es posible en términos «generales»*. A este respecto, la fragmentación de la materia del derecho internacional —que es el objeto de este estudio— no plantea ningún verdadero peligro para la práctica jurídica. Forma parte normal del razonamiento jurídico enlazar normas y sistemas de normas entre sí, así como separarlos y establecer relaciones de prioridad y jerarquía entre ellos. La aparición de nuevas «ramas» del derecho, nuevos tipos de tratados o grupos de tratados es un rasgo de la complejidad social de un mundo que se globaliza. Si los juristas se sienten incapaces de ocuparse de esta complejidad no es por la falta de instrumentos en su «repertorio de técnicas» sino de su imaginación para usarlas.

---

[289] Asunto 294/83, *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlamento Europeo*, sentencia de 23 de abril de 1986, *Recopilación de Jurisprudencia 1986*, págs. 1339 y ss., en especial pág. 1365, párr. 23.

[290] Véase J. Klabbers, «Presumptive personality: the European Union in international law», en M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, págs. 231 a 254.

[291] Un análisis útil de la cuestión puede verse en J. Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, La Haya, Kluwer Law International, 2001.

CAPÍTULO III

Conflictos entre normas sucesivas

223. La relación entre derecho especial y derecho general suele estar influenciada por otra relación, a saber: la relación entre el derecho anterior y el derecho posterior, y en esos casos puede ser difícil de decir si esto modifica el funcionamiento del principio *lex specialis* en alguna de sus múltiples variaciones. En términos generales, suele suceder que, cuando los Estados promulgan una ley general posterior, esto tiene por objeto dejar de lado la ley anterior aun cuando esta última en cierto sentido fuera más «especial». Por tanto, no parece aconsejable establecer ninguna norma general respecto de cómo tratar los dos tipos de relación.

224. El caso más elemental es la adopción de un tratado en un ámbito anteriormente regulado por el derecho consuetudinario: «habitualmente se considera que, en la práctica, las normas de derecho internacional [general], pueden, por acuerdo, ser derogadas en casos particulares o entre partes particulares»[292]. No obstante, como se ha explicado en el capítulo II *supra*, esto no significa automáticamente la plena extinción del derecho consuetudinario anterior[293]. Normalmente seguirá siendo válido para aquellos Estados que no han pasado a ser partes en el tratado (de codificación) y puede también ser ocasionalmente aplicable entre partes en un tratado si, por una u otra razón, el tratado sigue siendo inaplicable o trata la materia solo parcialmente[294]. Tampoco el hecho de que los acuerdos frecuentemente dejen de lado el derecho consuetudinario anterior se convierte en una presunción automática a favor del derecho posterior. En efecto, se había equivocado suponer que hay una fuerte oposición entre costumbre y tratado. Por una parte, los tratados pueden ser parte del proceso de creación del derecho consuetudinario[295]. Por otra parte, la conducta consuetudinaria indudablemente afecta a la interpretación y la aplicación de los tratados y en algunos casos puede modificar el derecho de los tratados[296]. Porque, como ya se ha explicado, como no hay jerarquía general de fuentes en el derecho internacional, la relación entre un tratado determinado y una norma consuetudinaria determinada tendrá siempre que decidirse caso por caso[297].

225. No obstante, junto con la máxima de la *lex specialis*, el principio de que «el derecho posterior sustituye al derecho anterior» o *lex posterior derogat legi priori* se ha citado frecuentemente como principio de interpretación o de solución de conflictos en derecho internacional[298]. La máxima tiene sus raíces en el derecho romano y la reconocen varios de los primeros tratistas (por ejemplo, Grocio y De Vattel)[299]. A veces se ha considerado un «principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas» de conformidad con el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[300], a veces como principio de derecho, como principio de interpretación de derecho consuetudinario[301]. A veces se ha considerado como una técnica a la que recurre el pensamiento jurídico para buscar analogías nacionales en el procedimiento jurídico[302]. Y sin embargo frecuentemente, como *lex specialis*, se han advertido frente a toda noción de que pueda aplicarse automáticamente. Schwarzenberger la califica de «máxima» no normativa que apunta a un resultado logrado mediante la interpretación normal de dos tratados —en particular que el tratado subsiguiente (o anterior) se considera que prevalece sobre su rival porque es lo que las partes han pretendido—[303].

226. Como sucede con la *lex specialis*, no es fácil aceptar la justificación pragmática de la *lex posterior*, cualquiera que sea su posición jurídica no oficial. Preferir lo

[292] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 95 *supra*), pág. 42, párr. 72. Véase también *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* (nota 97 *supra*), pág. 38, párr. 24.

[293] Véase en especial H. Thirlway, *International Customary Law and Codification. An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*, Leiden, Sijthoff, 1972, págs. 95 a 108. Véase también Zemanek, «The legal foundations of the international system…» (nota 31 *supra*), págs. 220 y 221.

[294] En palabras de la Corte Internacional de Justicia, «el derecho internacional consuetudinario sigue existiendo y siendo aplicable independientemente del derecho internacional de los tratados, aun cuando las dos categorías de derecho tengan idéntico contenido» (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo de 27 de junio de 1986 (véase la nota 51 *supra*), pág. 96, párr. 179). Esta situación la presupone también el artículo 43 de la Convención de Viena de 1969 que dispone que la denuncia del tratado no menoscaba la obligación a la que esté sometido el Estado (independientemente de ese tratado). Por tanto, es peligroso generalizar. Esta situación no puede excluirse *a priori* cuando la intención de las partes en una convención consiste específicamente en derogar la costumbre anterior en las relaciones *inter se*.

[295] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 95 *supra*), pág. 41, párr. 71.

[296] Este caso lo presume en términos mínimos el apartado *b* del párrafo 3 del artículo 31 que obliga al intérprete a tener en cuenta la práctica subsiguiente de las partes en el tratado. Otro caso es el derecho intertemporal (véase el capítulo V, secc. D.3, *infra*) en el que la costumbre posterior afecta a la interpretación de los términos de carácter abierto o «móviles» del tratado. Véanse también M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, págs. 172 a 180; Villiger (nota 77 *supra*), págs. 295 a 297.

[297] Esto significa, entre otras cosas, que aun cuando tratado y costumbre pueden a veces relacionarse como derecho «especial» y derecho «general», esto no siempre es así. Una norma particular (bilateral) puede naturalmente ser *a ese respecto* más particular que un tratado multilateral. Véase M. Akehurst, «The hierarchy of the sources of international law», *British Year Book of International Law 1974-1975*, vol. 47, núm. 1, pág. 275.

[298] Q. Wright, «Conflicts between international law and treaties», AJIL, vol. 11, núm. 3 (julio de 1917), pág. 579; Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), pág. 150; Jenks (nota 8 *supra*), págs. 445 y 446; Akehurst (nota 297 *supra*), pág. 273; Czapliński y Danilenko (nota 74 *supra*), págs. 19 a 22; Sinclair (nota 63 *supra*), pág. 98; Karl (nota 130 *supra*), págs. 937 a 938; Aust, *Modern Treaty Law…* (nota 74 *supra*), pág. 201; Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), págs. 335 a 363; Daillier y Pellet, *Droit international public* (nota 74 *supra*), pág. 270; Wolfrum y Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (nota 22 *supra*), págs. 152 a 158.

[299] Papiniano, Dig. 50, 17, 80; Paul, Dig. 32, 66, 5 y Dig. 1, 4, 1, *The Digest of Justinian*, vol. IV (véase la nota 58 *supra*); Grotius (nota 64 *supra*), libro II, cap. XVI, secc. XXIX, pág. 428; De Vattel (nota 67 *supra*), libro II, cap. XVII, párr. 315.

[300] Véase, por ejemplo, Aufricht (nota 118 *supra*), pág. 655.

[301] Fitzmaurice y Elias, *Contemporary Issues…* (nota 74 *supra*), pág. 322.

[302] Esta analogía interna se traza expresamente, por ejemplo, en S. Bastid, *Les traités dans la vie internationale. Conclusion et effets*, París, Économica, 1985, pág. 161. Igualmente, Czapliński y Danilenko (nota 74 *supra*), pág. 21.

[303] Schwarzenberger (nota 80 *supra*), pág. 473.

de hoy a lo de ayer, refleja más completamente las circunstancias presentes y la voluntad presente de los actores. Y, sin embargo, naturalmente no puede reclamar prioridad absoluta. Pese a cualquier cuestión de *jus cogens*, a veces puede parecer aceptable permitir que compromisos posteriores anulen los anteriores, especialmente si estos compromisos posteriores son partes diferentes o tienen beneficiarios diferentes de los compromisos anteriores[304]. En este caso, como en otros, la tendencia al pragmatismo, las decisiones *ad hoc* y la armonización se impone[305].

227. Quizás esta es la razón por la cual los análisis teóricos o deducciones de los tratados sucesivos tienden a considerar la cuestión «un aspecto particularmente oscuro del derecho de los tratados»[306]. Los problemas no disminuyen por la escasez de práctica judicial o arbitral ni por la tendencia a resolver los conflictos en materia de tratados mediante negociaciones diplomáticas[307]. Las dudas se refieren tanto al alcance normativo del principio —¿cuán poderoso es?— como a sus consecuencias —¿qué sucede cuando tiende a anular otra norma? A veces puede claramente ser anulado por su contrario, la *lex prior*. Como se verá más tarde, estas dudas no desaparecieron con la adopción del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969. Es importante tratar de aclarar la cuestión, ya que los conflictos entre tratados anteriores y posteriores adquieren más importancia con el constante aumento del derecho convencional multilateral que a veces tiene carácter cuasi legislativo, por ejemplo, en la esfera ambiental[308].

A. El derecho general sobre los conflictos entre tratados anteriores y tratados posteriores

228. La cuestión de los conflictos entre tratados anteriores y tratados posteriores está actualmente regulada por los artículos 30 y 41 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, como se verá más tarde, la Convención de Viena deja muchas cuestiones abiertas y frecuentemente solo se refiere al derecho general. En cualquier caso, las normas actualmente plasmadas en la Convención de Viena codifican en general los planteamientos de derecho general que existían con anterioridad a la Convención y que continúan aportando la justificación y la perspectiva desde la que se aplican esas disposiciones convencionales. Por tanto, conviene tratar por separado el derecho general de los conflictos entre tratados anteriores y tratados posteriores. A este respecto cabe distinguir dos situaciones básicas: cuando se trata de partes idénticas en los dos tratados y cuando las partes no son idénticas.

1. Conflicto respecto de tratados entre partes idénticas

229. Cuando dos Estados han concluido dos tratados sobre la misma materia, pero no han dicho nada de su relación mutua, lo habitual es tratar de interpretarlos como tratados compatibles (el principio de armonización)[309]. Esto suele realizarse mediante un simple examen de la intención de las partes, deducida de las diversas interpretaciones disponibles del texto del tratado[310].

230. En caso de que ese intento de armonización no pueda obtenerse de los textos, la máxima de la *lex posterior* puede convertirse en la presunción de la intención de derogar el acuerdo anterior[311]. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando los tratados tratan temas totalmente diferentes y fueron negociados por oficiales de gobiernos diferentes[312]. No obstante, la presunción es rebatible de forma de que si la interpretación indica realmente que las partes no desean derogar el acuerdo anterior, esa intención debe prevalecer sobre la máxima. En el examen de la cuestión por la Comisión en el marco de los debates sobre el derecho de los tratados, por ejemplo, quedó claro que, en ausencia de una cláusula sobre conflictos, la cuestión de la prioridad había de resolverse interpretando la voluntad de las partes: ¿habían tenido el propósito de que el tratado posterior complementara el anterior o de que lo derogara?[313]

231. Las mismas consideraciones se aplican también a la relación entre los tratados multilaterales entre partes idénticas. Es decir, hay un esfuerzo de armonización por medio de la interpretación a menos que se vea que las partes han querido sustituir el tratado anterior por el posterior. El artículo 59 de la Convención de Viena de 1969 dispone expresamente que:

> Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:
>
> *a*) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o
>
> *b*) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

232. No obstante, aunque el caso de los dos tratados entre partes idénticas es en principio fácil, puede haber complicaciones. Por ejemplo, se plantea la cuestión de cuál de los acuerdos es el anterior. Muchos autores, incluido el consultor experto en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Sir Humphrey Waldock, arguyen que la fecha crítica para determinar el momento (anterior/posterior) es el de la

---

[304] La validez pragmática concurrente de ambas máximas, la de la *lex posterior* y la *lex prior*, puede dimanar de la forma que ambas derivan de analogías internas diferentes. En tanto que la *lex posterior* proyecta normas internacionales, análogas a la legislación interna (en la que las leyes posteriores regularmente anulan las anteriores), la *lex prior* parece indicar una analogía con los contratos de derecho interno (como indica expresamente Lauterpacht). Véase también Borgen (nota 10 *supra*), págs. 620 a 639.

[305] Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), pág. 153.

[306] Sinclair (nota 63 *supra*), pág. 93.

[307] Binder (nota 145 *supra*), pág. 17; Borgen (nota 10 *supra*), pags. 591 a 600 y 609 a 620.

[308] Véanse especialmente Wolfrum y Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (nota 22 *supra*), págs. 1 a 13; Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge…* (nota 22 *supra*), págs. 53 a 73; Fitzmaurice y Elias, *Contemporary Issues…* (nota 74 *supra*), págs. 321 a 348.

[309] Czapliński y Danilenko (nota 74 *supra*), pág. 13; Schwarzenberger (nota 80 *supra*), págs. 474; Aust, *Modern Treaty Law…* (nota 74 *supra*), pág. 174; Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), págs. 240 a 244. Véase también Jenks (nota 8 *supra*), págs. 427 a 429.

[310] Véase también Borgen (nota 10 *supra*), pág. 583.

[311] Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), págs. 188 a 190; Aufricht (nota 118 *supra*), pág. 657; Mus (nota 21 *supra*), pág. 220; Aust, *Modern Treaty Law…* (nota 74 *supra*), pág. 174.

[312] Borgen (nota 10 *supra*), pág. 583.

[313] Véase el examen de la cuestión en Mus (nota 21 *supra*), págs. 217 y 218; Fitzmaurice y Elias, *Contemporary Issues…* (nota 74 *supra*), págs. 321 y 322.

fecha de adopción del tratado y no, por ejemplo, la de su ratificación o entrada en vigor, al menos si no se desprende otra cosa del contexto[314]. Una opinión minoritaria apoya la fecha de la entrada en vigor o la de determinar la intención de las partes[315]. Una complicación más causa la posibilidad de que la cuestión se resuelva de modo diferente respecto de Estados diferentes. Por ejemplo, el Estado A puede haber concluido el tratado X antes del tratado Y en tanto que el Estado B, por su parte, puede haber pasado a ser parte en el tratado Y solo después de haber ratificado el tratado X[316].

233. También se plantea la cuestión de la relación entre la *lex posterior* y la *lex specialis*. Jenks ha señalado que ninguno de estos principios puede considerarse de absoluta validez. Hay varios principios que deben ponderarse y armonizarse a la luz de las circunstancias del caso particular[317]. En el asunto *Concesiones Mavrommatis en Palestina* (1924) la Corte Permanente de Justicia Internacional aplicó juntas tanto la *lex specialis* como la *lex posterior* sin establecer jerarquía entre ellas. La cuestión en relación entre el mandato para Palestina de 1922 y el Protocolo XII del Tratado de Lausana de 1923, la Corte declaró simplemente que «en caso de duda, el Protocolo, por ser un acuerdo especial y más reciente, debe prevalecer»[318]. La cuestión se reduce a una evaluación de qué aspecto —«la especialidad» o la «temporalidad»— parece más importante a este respecto. A veces no parece en absoluto necesario adoptar una posición sobre la cuestión y los tribunales en ocasiones han ignorado ambos principios[319].

2. Conflicto respecto de tratados entre partes no idénticas

234. Este es el aspecto verdaderamente problemático de esta cuestión, y no menos porque a veces concierne a cuestiones de gran importancia como la ruptura de alianzas políticas o militares, la conclusión de tratados de paz separados, etc.[320]. Rousseau, por ejemplo, comienza su examen de 1932 del conflicto entre tratados señalando que no había una cuestión jurídica más urgente en ese momento. Rousseau pensaba en la relación entre el Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Tratado General de Renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional (Pacto Kellogg-Briand o Pacto de París) de 1928, los acuerdos de neutralidad de los miembros de la Sociedad de las Naciones, así como la reciente decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el polémico asunto de la *Unión Aduanera Austro-Alemana*, en la que la Corte por un estrecho margen llegó a la conclusión de que la unión proyectada era incompatible con las obligaciones que imponía a Austria el Protocolo de Ginebra de 1922[321]. El ejemplo académico examinado por los juristas clásicos (Gentili, Grocio, De Vattel) era el de una guerra entre dos partes en una alianza entre tres partes ¿a cuál de los dos beligerantes debería ayudar el tercero? Durante la guerra fría, los miembros de los dos bloques ocasionalmente se acusaron unos a otros de tales violaciones[322].

235. En fecha más reciente, la cuestión de la relación entre tratados anteriores y tratados posteriores se ha planteado en el contexto de lo que Sir Humphrey Waldock denominó «series de tratados multilaterales relativos al mismo objeto»[323]. El amplísimo ámbito de la actividad legislativa por parte de organizaciones mundiales y regionales ha conducido a la aparición de series de normas del derecho de los tratados sobre temas particulares con complejas relaciones entre tratados particulares dentro de sus grupos de tratados y más allá de esos grupos (o «regímenes»). Estas relaciones solo pueden tratarse con dificultad en términos de normas claras y tajantes. Por esta razón «el moderno derecho internacional […] no plantea el problema desde el punto de vista de la validez de los tratados»[324]. En vez de ello, como veremos, la cuestión se ha tratado desde la perspectiva de la «prioridad» relativa entre los tratados con la sanción de responsabilidad por toda obligación infringida.

a) *Lex prior*

236. No obstante, a veces se ha dicho que incluso sin entrar en la cuestión del *jus cogens*, o bien el tratado anterior o bien el tratado posterior pueden gozar de cierto tipo de superioridad general. La superioridad del tratado *anterior* fue propuesta frecuentemente por los primeros jusnaturalistas. Si se entendía que un tratado había enajenado el poder del Estado de disponer de algo, en ese caso el tratado posterior incompatible resultaba automáticamente nulo por falta de competencia. En la cuestión de las alianzas militares, Grocio, Puffendorf y De Vattel preferían dar precedencia al aliado más antiguo. Esto parece natural en un sistema en que ninguna obligación es «simplemente» una cuestión de voluntad recíproca sino que está sancionada por un sistema jurídico objetivo predominante[325].

237. En fecha más reciente, la Corte Internacional de Justicia apuntó a la superioridad *a priori* del tratado anterior en el asunto de las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (1951), ya que declaró que:

---

[314] Mus (nota 21 *supra*), págs. 220 a 222, Aust, *Modern Treaty Law…* (nota 74 *supra*), pág. 183; Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 75 a 78, y para casos especiales véanse también las páginas 78 a 82.

[315] Para la primera posición, véase M. Sørensen, «Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 55 (período de sesiones de Roma, 1973), pág. 54. Para la segunda posición, véase Czapliński y Danilenko (nota 74 *supra*), pág. 19.

[316] Vierdag (nota 20 *supra*), pág. 102; Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 75 a 82.

[317] Jenks (nota 8 *supra*), pág. 407; Sinclair (nota 63 *supra*), pág. 96.

[318] *Mavrommatis Palestine Concessions* (véase la nota 87 *supra*), pág. 31.

[319] Véase por ejemplo el examen del asunto de la reclamación *Gorham* (1930) de la Comisión General de Reclamaciones de Estados Unidos y México en Schwarzenberger (nota 80 *supra*), págs. 479 y 480. Véase también Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV (núm. de venta: 1951.V.1), págs. 640 y ss.

[320] Esta es la perspectiva en Binder (nota 145 *supra*).

[321] Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), págs. 133 y 134 y 178 a 187. Véase también *Customs régime between Germany and Austria* (nota 39 *supra*), pág. 36.

[322] Véase en particular Binder (nota 145 *supra*), págs. 24 y 25 y 40 a 42. Véanse también ejemplos en Bastid (nota 302 *supra*), págs. 162 y 164.

[323] 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. 42, comentario del proyecto de artículo 65, párr. 32.

[324] Czapliński y Danilenko (nota 74 *supra*), pág. 20.

[325] Véase Binder (nota 145 *supra*), págs. 40 a 42.

Es un principio generalmente reconocido que una convención multilateral es el resultado de un acuerdo libremente concluido respecto de sus cláusulas y que, por consiguiente, ninguna de las partes contratantes tiene derecho a frustrar o menoscabar, por medio de decisiones unilaterales o de acuerdos particulares, el propósito y la razón de ser de la convención[326].

238. Es un poco difícil interpretar el significado de este pasaje. En la medida en que trata de la permisibilidad de los acuerdos *inter se*, la cuestión se examinará en la sección D *infra*. En términos generales, parece indicar nada más que la evidencia expresada por la fórmula *pacta sunt servanda*. Ciertamente no significa nada acerca de la validez ni de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ni de los «acuerdos particulares» incompatibles. A este respecto quizá puedan hacerse dos consideraciones. Primera, la declaración puede simplemente recordar a las partes que la infracción acarreará la responsabilidad del Estado. Segunda, especialmente en el contexto en el que se hizo, puede pretender subrayar la excepcional importancia de la materia de la Convención y la importancia del deber de cumplirla[327]. En ese caso, el argumento parecería indicar la naturaleza de *jus cogens* o por lo demás «objetiva» de la Convención.

239. Los casos frecuentemente mencionados en apoyo de la *lex prior* proceden de principios del siglo XX y de la Corte Centroamericana de Justicia. Costa Rica y El Salvador se quejaron de que Nicaragua, al concluir con los Estados Unidos un tratado relativo al Canal de Panamá, había violado tratados que había concluido anteriormente con ellos sobre el mismo tema. La Corte señaló la incompatibilidad de los tratados y la violación de sus obligaciones por parte de Nicaragua, pero se abstuvo de declarar nulo su posterior tratado con los Estados Unidos porque los Estados Unidos no eran parte en los casos que le habían sido sometidos y no podía pronunciarse sobre sus derechos[328].

240. Otro caso de aparente aplicación de la *lex prior* puede referirse a los regímenes territoriales objetivos. Esto lo indica, por ejemplo, el examen que la Corte Permanente de Justicia Internacional hizo del asunto de la *Unión Aduanera Austro-Alemana* (1931) en el que la Corte declaró, por ocho votos contra siete, que el tratado previsto de unión aduanera habría sido incompatible con la obligación de Austria, en virtud de los Tratados de Versalles y de Saint-Germain de 1919, así como del Protocolo conexo de 1922, «de abstenerse de todo acto que pudiera directa o indirectamente o por cualquier medio que fuera comprometer su independencia»[329]. No obstante, la Corte no especificó las consecuencias que se habrían seguido de la conclusión de la proyectada unión aduanera. Otro caso a veces citado a este respecto es el asunto *Oscar Chinn* (1934) en el que dos jueces discrepantes (van Eysinga y Schücking) afirmaron que el Tratado de Paz de Saint-Germain de 1919 y el Protocolo de 1922 podían ser nulos en la medida en que algunas de sus disposiciones se apartaban del Acta General de la Conferencia de Berlín de 1885, ya que ésta había establecido algo parecido a un régimen objetivo[330]. Ahora bien, esta fue una opinión minoritaria. La cuestión de la validez del Tratado de 1919 o del Protocolo de 1922 no fue planteada por las partes y, la Corte al guardar silencio sobre la cuestión, pareció aceptar que el Acta de Berlín podía estar sujeta a modificación *inter se*[331].

241. El principio de la *lex prior* viene apoyado especialmente por una analogía con el derecho interno de los contratos («la ilegalidad de un contrato para quebrantar un contrato»)[332]. Hersch Lauterpacht, en su primer informe sobre el derecho de los tratados, partió de esta posición. No obstante, aceptó que en algunos casos podría conducir a resultados absurdos, en particular cuando el derecho posterior perteneciera a la aplicación general[333]. Pero si la *lex prior* tiene aplicación general en el derecho de los contratos, la *lex posterior* la tiene en el derecho público y las disposiciones legislativas. Por tanto, la relación entre ambos incide en la manera en que se entiende la naturaleza de los tratados. No obstante, ambas analogías tienen sus problemas. Como se destaca frecuentemente en el curso de este informe, el hecho de que la Convención de Viena de 1969 trate por igual a todos los tratados oscurece las múltiples diferencias que tienen los tratados en la realidad[334].

242. Puede también haber casos en los que un tratado posterior afecte a las disposiciones de un tratado anterior aumentando los derechos o beneficios de una parte en el mismo, como sucede en el caso de la cláusula de la nación más favorecida. En el caso de tales cláusulas, los tratados posteriores en los que una parte promete un beneficio a la parte en ese tratado posterior que se extenderá también a la parte del tratado anterior[335].

---

[326] *Reservations to the Convention on Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 21.

[327] Véase también el análisis efectuado por Schwarzenberger (nota 80 *supra*), págs. 483 y 484.

[328] *Costa Rica c. Nicaragua*, decisión de la Corte Centroamericana de Justicia de 30 de septiembre de 1916, AJIL, vol. 11, núm. 1 (enero de 1917), págs. 181 y ss., en especial pág. 228 (o bien *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, tomo V, núms. 14 a 16 (junio de 1915 a noviembre de 1916), págs. 130 y ss.). Véase también *El Salvador c. Nicaragua*, decisión de la Corte Centroamericana de Justicia de 9 de marzo de 1917, AJIL, vol. 11, núm. 3 (julio de 1917), págs. 674 y ss. (o bien *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, tomo VI, núms. 16 a 18 (diciembre de 1916 a mayo de 1917), págs. 96 y ss.). Un análisis detallado puede verse, por ejemplo, en Borgen (nota 10 *supra*), págs. 591 a 594. Por lo que respecta al Tratado del Canal Interoceánico (Bryan-Chamorro), firmado en Washington D.C. el 5 de agosto de 1914 entre Nicaragua y los Estados Unidos, véase C. I. Bevans (ed.), Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949, vol. 10, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1972, pág. 379.

[329] *Customs régime between Germany and Austria* (véase la nota 39 *supra*), pág. 42, artículo 88 del Tratado de Paz de Saint-Germain.

[330] Véase Aufricht (nota 118 *supra*), pág. 672. Asunto *Oscar Chinn* (véase la nota 138 *supra*), voto particular del Magistrado van Eysinga, pág. 131, y voto particular del Magistrado Schücking, pág. 148.

[331] Asunto *Oscar Chinn* (véase la nota 138 *supra*). Véase también el análisis de la cuestión en Schwarzenberger (nota 80 *supra*), pág. 485, y en el segundo informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock, *Anuario… 1963*, vol. II, documento A/CN.4/156 y Add.1 a 3, págs. 65 y 66, comentario del proyecto de artículo 14, párr. 15. Véase también el asunto *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila* (nota 108 *supra*), pág. 23 (acuerdo *inter se*).

[332] Jenks (nota 8 *supra*), pág. 442.

[333] Primer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Hersch Lauterpacht (A/CN.4/63) (véase la nota 144 *supra*), págs. 156 a 159.

[334] Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), págs. 150 y 151; Borgen (nota 10 *supra*), pág. 599.

[335] Aufricht (nota 118 *supra*), págs. 679 a 682.

b) *Lex posterior*

243. Como se ha señalado antes, el principio según el cual *lex posterior derogat legi prior* está incorporado en la jurisprudencia interna y frecuentemente se cita también en el contexto del derecho internacional. No obstante, hay unos pocos casos en los que se había aplicado en cuanto tal. Frecuentemente puede ser más útil aludir directamente a la voluntad de las partes que al principio de la *lex posterior* al que, como también se ha señalado antes, simplemente da expresión. En la medida en que se trata de una cuestión de que las partes en el tratado posterior son *diferentes* de las partes en el tratado anterior, es dudoso si se deja alguna función significativa a *lex posterior*.

244. No obstante, puede haber raros casos en los que el tratado posterior, concluido por partes diferentes de las del tratado anterior, derogue ese tratado anterior. Naturalmente esto es una violación del principio según el cual los terceros Estados no resultan afectados por algo que sigue siendo *res inter alios acta*. Como se señala Aufricht, se trata de un caso de tratado desigual (posterior) en el que la desigualdad puede referirse, por ejemplo a la condición de gran potencia de la partes en el tratado posterior[336].

245. ¿Puede haber tratados legislativos de este tipo que anulen tratados anteriores independientemente de toda cuestión de *jus cogens*? La *lex posterior* es claramente aplicable en el caso de los instrumentos de revisión. Es también el caso de los acuerdos *inter se*, según lo previsto en el artículo 41 de la Convención de Viena de 1969 del que se hablará más en la sección D *infra*. Pero ¿qué sucede con el caso en que las partes de los dos tratados sean diferentes? Wilfred Jenks dice que «Puede haber ventajas en prever la plena aplicación del principio en algunas esferas de la acción legislativa confiriendo las atribuciones necesarias a los órganos internacionales competentes»[337].

246. Esta cuestión está también relacionada con el carácter especial de algunos tratados multilaterales. En un asunto importante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que el Convenio Europeo de Derechos Humanos regía el contenido y/o la aplicación de un tratado bilateral anterior, o por lo menos determinaba cómo había de interpretarse y aplicarse este último por las autoridades nacionales. La cuestión concernía la aplicación de un tratado ruso-letón de 1994 en lo relativo a la deportación de algunos antiguos miembros del ejército soviético y de sus familias de territorio letón. El tribunal examinó los derechos de los individuos afectados sobre la base del Convenio Europeo, al que Letonia se había adherido en una fecha posterior, y llegó a la conclusión de que:

> …el tratado [ruso-letón] no puede servir de base válida para privar al Tribunal de su facultad de examinar si hubo injerencia en los derechos y libertades del demandante y, en caso afirmativo, si esa interferencia estaba justificada[338].

247. Esta opinión se basaba en una decisión anterior sobre la admisibilidad en la que el Tribunal había declarado específicamente lo siguiente:

> Como no se desprende del texto del párrafo 1 del artículo 57 del Convenio [Europeo de Derechos Humanos], leído en conjunción con el artículo 1, que la ratificación del Convenio por un Estado presupone que todo derecho vigente en su territorio debe estar en consonancia con el Convenio.
>
> A juicio del Tribunal, los mismos principios deben aplicarse a cualquiera de las disposiciones de tratados internacionales que un Estado contratante haya concluido antes de la ratificación del Convenio y que puedan diferir de algunas de sus disposiciones[339].

248. Esta es una importante declaración de principio. Con arreglo a ella, parece difícil negar que si la *lex posterior* debe interpretarse a favor del Convenio Europeo de Derechos Humanos, también debe ser favorable a cualquiera de los demás tratados posteriores de derechos humanos, incluso a otros tratados legislativos multilaterales posteriores. Es decir, nos encontramos en presencia de una jerarquía que parece mejor comprenderse mediante la noción de obligaciones «integrales» especiales, tales como las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, que gozan de cierto tipo de precedencia sobre los instrumentos bilaterales simplemente convencionales. No obstante, es difícil de decir si se trata de un caso de *lex specialis*, *lex posterior* o *lex superior*, lo que también es en cierta medida irrelevante. Lo importante es que el tratado bilateral no tenía una vida que fuera independiente de su entorno normativo en el momento de su aplicación. La interpretación del tratado bilateral mediante referencia al tratado multilateral posterior era razonable y lo demás parece poco pertinente.

249. Sin embargo, es difícil de generalizar a partir de este asunto. Destaca la fuerza normativa de los tratados de derechos humanos (como tratados «integrales» o «absolutos») pero probablemente no resuelve la cuestión general de la primacía, y ciertamente no puede citarse como un respaldo global de la *lex posterior*. Además, el hecho de que el caso proceda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, creado específicamente para aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no es irrelevante, aun cuando pueda ser difícil de cuadrar con la voluntad del Tribunal de fallar al amparo de una norma consuetudinaria anterior de la inmunidad del Estado en el asunto *Al-Adsani*[340].

250. En efecto, con independencia del poder normativo de que goce la norma de la *lex posterior* (como se ha señalado anteriormente, ese poder es mucho mayor en un sistema legislativo que en un sistema contractual) no resulta aplicable por sí misma de una forma automática lo mismo que la *lex specialis*. Según el caso, otras muchas consideraciones pueden ser también pertinentes, en particular la aplicabilidad simultánea de la distinción «derecho especial»/«derecho general» y la distinción «derecho

[336] Ibíd., págs. 673 y 674.

[337] Jenks (nota 8 *supra*), pág. 446.

[338] *Slivenko v. Latvia* [GC], demanda núm. 48321/99, sentencia de 9 de octubre de 2003, ECHR 2003-X, pág. 265, párr. 120. El Tratado sobre la retirada de las fuerzas armadas de la Federación de Rusia del territorio de la República de Letonia fue firmado en Moscú el 30 de abril de 1994.

[339] *Slivenko and Others v. Latvia* (dec.) [GC], demanda núm. 48321/99, decisión sobre la admisibilidad de 23 de enero de 2002, ECHR 2002-II (extractos), págs. 482 y 483, párrs. 60 y 61. Un análisis crítico puede verse también en I. Ziemele, «Case-law of the European Court of Human Rights and integrity of international law», en Huesa Vinaixa y Wellens (dirs.) (nota 14 *supra*), págs. 201 a 210.

[340] *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 219 *supra*), pág. 79.

superior»/«derecho inferior». Pero esos problemas se examinan mejor en relación con los debates de la Comisión sobre el artículo 30 de la Convención de Viena de 1969.

B. Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: de la invalidez a la responsabilidad

251. Como ya hemos visto, en el conflicto entre tratados sucesivos la ley general no consigue aportar una solución clara a los problemas más importantes —por lo menos los problemas teóricos más importantes— cuando las partes en el tratado posterior no son absolutamente las mismas que las partes en el tratado anterior. Evidentemente, fue necesario abordar esta cuestión en la Convención de Viena de 1969. El asunto se trata en el artículo 30 de la Convención que, sin embargo, es solo residual[341].

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 solo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos 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.

252. Gran parte de este texto es relativamente poco polémica y capta la situación de la ley general antes indicada. Así sucede especialmente con la referencia al Artículo 103 de la Carta en el párrafo 1 y a las cláusulas sobre conflictos en el párrafo 2. El párrafo 3 «codifica efectivamente el principio de la *lex posterior*»[342]. Se trata de la situación en que las partes en los tratados anterior y posterior son las mismas o en que, además de todas las partes en el tratado anterior, hay en el tratado posterior algunas partes nuevas. Como en la norma tradicional, también en este caso la *lex posterior* se aplica solamente si la intención de las partes no indica otra cosa.

[341] Sinclair (nota 63 *supra*), pág. 97; Aust, *Modern Treaty Law…* (nota 74 *supra*), pág. 174.

[342] Borgen (nota 10 *supra*), pág. 603; y Mus (nota 21 *supra*), págs. 219 y 220.

1. La cuestión de «la misma materia»

253. El artículo 30 versa sobre la cuestión del conflicto entre dos tratados, uno anterior y otro posterior. Sin embargo, como muchos comentaristas han observado, no parece hacerlo con demasiado éxito[343]. Uno de los problemas es que el título del artículo (y su párrafo 1) parece limitar su alcance al conflicto entre tratados «concernientes a la misma materia». Si esta limitación se interpreta estrictamente, parece excluir la mayoría de los casos importantes —por ejemplo, los conflictos entre tratados comerciales y sobre medio ambiente o los conflictos entre tratados de derecho humanitario y derechos humanos—[344]. Sin embargo, como se señalaba en la anterior sección, ésta no es una interpretación necesaria ni razonable de la expresión «la misma materia».

254. Términos como «derecho en materia de derechos humanos», «derecho mercantil» o «derecho del medio ambiente», etc., son etiquetas arbitrarias sobre formas de especialización profesional. No existen normas sobre la manera de calificar el régimen de un tratado preciso y la mayoría de los regímenes se podrían incluir en varias de esas especialidades. Los tratados de derechos humanos, por ejemplo, se utilizan a menudo para promover objetivos relacionados con el medio ambiente y los regímenes comerciales presuponen la protección de los derechos humanos (en particular, el derecho a la propiedad) y se fundan en ella. Los calificativos no guardan relación con el *carácter del instrumento* sino con el *interés* desde cuya perspectiva el observador evalúa el instrumento. Limitar la aplicación del artículo 30 a los tratados «concernientes a la misma materia» permitiría a los Estados eludir sus obligaciones definiendo un tratado nuevo en función de una «materia» nueva. Podrían, por ejemplo, incumplir las obligaciones que han contraído en los instrumentos sobre refugiados elaborando un instrumento sobre el tema presuntamente nuevo del «derecho de los desplazamientos humanos»[345]. Como antes se dijo, la cuestión que si dos tratados versan sobre «la misma materia» se resuelve determinando si el cumplimiento de las obligaciones en virtud de un tratado tiene un efecto en el cumplimiento de las obligaciones en virtud de otro. Este «efecto» puede entonces consistir en impedir estrictamente el cumplimiento de la otra obligación o en menoscabar de una u otra manera su objeto y finalidad.

255. No obstante, más adelante se alegará que la cuestión de la relación entre los tratados no se puede resolver completamente haciendo abstracción de cualquier relación institucional entre ellos. La manera en que un tratado de la OMC está vinculado con un tratado de derechos humanos, por ejemplo, no es idéntica a la manera en que un tratado marco sobre una cuestión de medio ambiente enlaza con un instrumento de aplicación regional. Cabe que no sea posible determinar en abstracto cuando dos instrumentos versan sobre «la misma materia», pero ello no significa que

[343] Vierdag (nota 20 *supra*), págs. 92 a 108; Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 70 a 84; Borgen (nota 10 *supra*), pág. 603; Fitzmaurice y Elias, *Contemporary Issues…* (nota 74 *supra*), págs. 314 a 331; y Sinclair (nota 63 *supra*), pág. 98.

[344] Borgen (nota 10 *supra*) lo ha sugerido muy recientemente, págs. 611 a 615. Véase Sinclair (nota 63 *supra*), pág. 98.

[345] Un ejemplo de este problema se hallará en una parte del debate acerca de un nuevo «derecho en materia de terrorismo».

sea imposible establecer una conexión institucional entre «cadenas» o grupos de tratados que están institucionalmente vinculados y que los Estados partes consideran parte del mismo esfuerzo concertado. La importancia de identificar estos «regímenes de tratados» reside en la manera en que parece relativamente menos complicado establecer una relación entre dos instrumentos *dentro* de un régimen de esta clase, que entre dos instrumentos pertenecientes a *diferentes* regímenes. Por ejemplo, el argumento de la *lex posterior* o de la *lex specialis* parece claramente más sólido aplicado a tratados dentro de un régimen que a tratados de regímenes diferentes. En el primer caso, la analogía legislativa parece menos inadecuada que en el caso de dos tratados celebrados sin la idea consciente de que forman parte del «mismo proyecto».

256. La distinción entre tratados que versan sobre «la misma materia» y tratados dentro del mismo «régimen» puede parecer ligera, pero supone un cambio práctico e importante de la perspectiva. En el primer caso lo importante es el objeto regulado, mientras que en el segundo caso lo importante es el propósito de los Estados partes y de las instituciones que han establecido. El primero depende de la caracterización abstracta de una cuestión como una «cuestión de derechos humanos», un «problema ambiental» o una «cuestión comercial» y tropieza con la dificultad de que a menudo se pueden aplicar numerosas caracterizaciones a un solo problema y diferentes actores pueden tener interés en caracterizar el problema de diferentes maneras para cerciorarse de que se aplicarán los sistemas normativos que prefieren. En cambio, la noción de un «régimen» se aplica a los acuerdos institucionales que se puedan haber establecido para relacionar series de tratados entre sí. Los tratados pueden naturalmente entrar en conflicto con tratados del mismo régimen o de otro régimen. Hacer esta distinción equivale sencillamente a señalar que la tarea de resolver el conflicto —por ejemplo, buscando una «solución que refuerce la posición mutua»— puede ser mucho más fácil o sencilla en la primera situación que en la segunda, en la que se trata a menudo de un conflicto entre objetivos más amplios o valores subyacentes a los propios regímenes.

2. Los debates en la Comisión de Derecho Internacional

257. Si una gran parte del artículo 30 no suscitó polémica, el caso fue otro en relación con el párrafo 4, es decir, cuando se da la situación de que no son partes en el tratado posterior todos los Estados que eran partes en el tratado anterior. No es sorprendente que esto fuera el tema en que se centraron fundamentalmente los debates en la Comisión. Había dos cuestiones principales, a saber, si la relación entre tratados incompatibles se debería pensar en términos de «validez» o «prioridad» entre ellos y si había motivos para individualizar grupos especiales de tratados que recibiesen un trato independiente. Hubo acuerdo general (y por lo tanto menos debate) en que las disposiciones tendrían que reflejar la prioridad que se había de conceder al *jus cogens* y a la Carta de las Naciones Unidas, según se prevé en el Artículo 103 de la Carta[346]. Tampoco hubo desacuerdo en cuanto a que, en caso de tratados bilaterales o multilaterales subsiguientes entre los mismos Estados, el tratado posterior prevalecería en general, puesto que las partes tienen siempre derecho a dar por terminado el tratado anterior con uno posterior (aparte de la cuestión de las normas perentorias). La cuestión más importante es el trato que se debía dar a la situación cuando no todas las partes en el primer tratado fueran partes en el segundo tratado y cuando hubiese Estados que eran partes en el segundo pero no en el primero. El resumen de los debates se ha publicado frecuentemente, de modo que bastará con hacer una breve descripción[347].

258. El primer Relator Especial sobre el derecho de los tratados, Lauterpacht, concibió el conflicto entre tratados en términos de validez y propugnó la norma de la *lex prior*, es decir, la invalidez del tratado posterior[348], pero con dos condiciones. En primer lugar, solo existirá invalidez (del tratado posterior) «si la desviación de los términos del tratado anterior es tal que interfiere seriamente con los intereses de las demás partes en ese tratado o menoscaba seriamente la finalidad original del mismo»[349].

259. La segunda excepción se aplica a «tratados multilaterales, como la Carta de las Naciones Unidas, que comparten un grado de generalidad que les confiere el carácter de instrumentos legislativos que afectan debidamente a todos los miembros de la comunidad internacional o cuya conclusión es preciso entender en interés internacional»[350].

260. En este último caso, el tratado posterior invalidaría el tratado anterior. Estas disposiciones expresan el esfuerzo desplegado por Lauterpacht para pensar en los tratados como si se tratase de derecho interno y especialmente en los tratados multilaterales como equivalentes funcionales de la legislación interna dentro de un sólido sistema de legalidad internacional. Aunque consideraba ya la primera condición como *de lege lata*, tenía la impresión de que la segunda condición entrañaría una evolución progresiva[351].

261. El segundo Relator Especial sobre el derecho de los tratados, Fitzmaurice, rechazó la invalidez como consecuencia normal del conflicto entre tratados. Había tantos tratados y los Estados ignoraban en general hasta tal punto las obligaciones contraídas por otros que sería injusto para la parte inocente que un conflicto ocasionara

[346] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Gerald Fitzmaurice (A/CN.4/115) (véase la nota 139 *supra*), págs. 28 y 44, proyecto de artículo 18, párr.1, y comentario, párr. 77; y segundo informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/156 y Add.1 a 3) (véase la nota 331 *supra*), págs. 62, 70 y 71, proyecto de artículo 14, párrs. 3 y 4, y comentario, párrs. 32 a 35. En el capítulo IV *infra* se examinará la cuestión de si el conflicto con el *jus cogens* o con el Artículo 103 de la Carta conduce invariablemente a la invalidez de la norma que provoca el conflicto.

[347] Véanse, por ejemplo, Binder (nota 145 *supra*), págs. 49 a 65; y Mus (nota 21 *supra*), págs. 222 a 227.

[348] Véase el primer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Hersch Lauterpacht (A/CN.4/63) (nota 144 *supra*), págs. 156 a 159. De acuerdo con su aplicación sistemática de la analogía interna, el autor insiste en que los tribunales internacionales deben estar facultados para declarar la nulidad del tratado posterior y para prever daños y perjuicios por toda pérdida resultante para la parte en el tratado posterior que no tenía conocimiento de la existencia del tratado anterior, ibíd., pág. 156.

[349] Ibíd., proyecto de artículo 16, párr. 3.

[350] Ibíd., párr. 4.

[351] Ibíd., pág. 157, comentario del proyecto de artículo 16, párrs. 5 y 6.

la invalidez automática[352]. Además, Fitzmaurice sostenía que no había prácticamente nada en la práctica internacional que apoyase una consecuencia tan drástica. Por lo tanto, prefería la solución ya propuesta por Harvard Research on the Law of Treaties en 1935 que daría, como norma principal, la «prioridad» al primer tratado, posición que no invalidaría el tratado posterior, ni siquiera prohibiría concertar tratados incompatibles[353]. El problema práctico se resolvería con la responsabilidad frente a la parte inocente. Se mantenía la práctica (aunque Fitzmaurice estaba claramente insatisfecho con ello) de que el Estado que ha contraído las obligaciones incompatibles elige cuál de los acuerdos cumplirá[354].

262. Al igual que Lauterpacht, Fitzmaurice sintió la necesidad de hacer ciertas salvedades a la prioridad del tratado anterior, teniendo en cuenta el caso de los tratados que contienen un «tipo de obligación más absoluto» que los tratados ordinarios fundados en promesas recíprocas o ventajas para todas las partes y definió dos tipos de tratados de esta clase, a saber, los «integrales» y los «interdependientes». Son tratados del primer grupo aquellos en que el cumplimiento por una parte de la obligación es totalmente independiente de su cumplimiento por otras; a este grupo pertenecen las convenciones de derechos humanos o de derecho humanitario. En el segundo caso, típicamente los tratados sobre desarme, la obligación de cada parte depende «del cumplimiento correspondiente por las otras». La invalidez sancionaría los tratados que entrasen en conflicto con éstos. En otras palabras, Fitzmaurice conservó la solución de Lauterpacht para este tipo especial de tratados («objetivos» o «legislativos»)[355].

263. El tercer Relator Especial sobre el derecho de los tratados, Waldock, conservó y amplió la traslación de la invalidez a la prioridad. Waldock destacó la necesidad de tratar con suma prudencia las sugerencias de que los tratados entre Estados soberanos podrían exponerse a la sanción de invalidez. Era necesario abordar los posibles conflictos en primer lugar con la interpretación y tratar luego de conferirles coherencia. Si fuese imposible conciliar los tratados, los Estados tendrían entonces que ponerse de acuerdo sobre la prioridad, con responsabilidad frente a la parte inocente.

264. A diferencia de sus predecesores, Waldock no reservó un trato especial a los tratados legislativos u «objetivos». A su juicio, la práctica internacional no secundaba en absoluto este trato especial[356]. La naturaleza e importancia de las disposiciones de estos tratados son siempre tan heterogéneas que queda excluida una norma general. Cuando algunos tratados —como los relativos al derecho de la guerra— contienen disposiciones especialmente importantes, quedan protegidos por su carácter de *jus cogens*. Sin embargo, como los tratados preservan el derecho de la denuncia unilateral, parece ilógico excluir la posibilidad de dar efecto a tratados ulteriores que supongan de hecho tal denuncia[357].

265. La solución de Waldock consistía en relativizar el problema. Para los Estados que eran partes en el primer tratado pero no en el segundo, el primero gozaba de prioridad. Si todas las partes en el segundo eran también partes en el primero, se trataría entonces de un acuerdo *inter se* cuya admisibilidad habría que determinar interpretando el primer tratado[358].

266. En el curso del debate surgió una importante distinción entre dos tipos de casos cuando el grupo de partes en el tratado multilateral posterior no era idéntico al grupo de partes en el tratado anterior: *a*) el caso en que algunos Estados son partes en el tratado posterior pero no lo eran sido en el anterior y *b*) el caso en que todas las partes en el tratado posterior son también partes en el tratado anterior. Este último caso correspondía a lo que se llamó luego modificación *inter se* del tratado y se abordó separadamente en el artículo 41 (véase la sección D *infra*).

C. Cláusulas especiales

267. Como la ley general no es concluyente en lo que respecta a los conflictos entre normas sucesivas y dada la formulación generalmente indefinida del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969, parece importante que los Estados incluyan en los propios tratados instrucciones sobre qué se hará con los tratados anterior o posterior en conflicto. Las siguientes secciones contienen: *a*) una breve tipología de las cláusulas para la solución de conflictos; *b*) un examen de las cláusulas para resolver un conflicto entre tratados del mismo régimen y de regímenes diferentes; *c*) las cláusulas para la solución de conflictos, que existe en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea; y *d*) la práctica de la llamada «cláusula de desconexión».

1. Tipología de las cláusulas para la solución de conflictos

268. Entre las diferentes categorías de cláusulas para la solución de conflictos cabe distinguir por lo menos las siguientes[359]:

a) *Cláusulas que prohíben la celebración de tratados posteriores incompatibles*. Estas cláusulas constituyen una excepción expresa a la norma de la *lex posterior*, concebida para garantizar el poder normativo del tratado anterior. Por ejemplo, según el artículo 8 del Tratado del

[352] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Gerald Fitzmaurice (A/CN.4/115) (véase la nota 139 *supra*), pág. 45, párr. 83, comentario del proyecto de artículo 18.

[353] Proyecto de convención sobre el derecho de los tratados, Harvard Research in International Law, AJIL, vol. 29, suplemento (1935), págs. 1024 y 1025.

[354] Concedió sin embargo que, aunque no existía un «derecho de opción» había en cambio un «*poder* de opción» (tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Gerald Fitzmaurice (A/CN.4/115) (véase la nota 139 *supra*), pág. 46, párr. 85).

[355] Segundo informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Gerald Fitzmaurice, *Anuario… 1957*, vol. II, documento A/CN.4/107, págs. 58 y 59, párrs. 124 a 126; véase también ibíd., pág. 52, párr. 91.

[356] Segundo informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/156 y Add.1 a 3) (véase la nota 331 *supra*), pág. 67, comentario del proyecto de artículo 14, párr. 20.

[357] Ibíd., págs. 68 a 70, párrs. 25 a 30.

[358] Ibíd., pág. 70, párr. 31.

[359] Véanse Rousseau, «De la compatibilité des normes juridiques…» (nota 36 *supra*), págs. 154 a 164; Czapliński y Danilenko (nota 74 *supra*), pág. 14; Mus (nota 21 *supra*), págs. 214 a 217; Aust, *Modern Treaty Law…* (nota 74 *supra*), págs. 174 a 181; Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 86 a 97; Fitzmaurice y Elias, *Contemporary Issues…* (nota 74 *supra*), págs. 323 a 325; Daillier y Pellet, *Droit international public* (nota 74 *supra*), págs. 268 a 271; y Borgen (nota 10 *supra*), págs. 584 a 587.

Atlántico Norte: «Cada una de las partes declara que ninguno de los compromisos internacionales actualmente en vigor entre ella y cualquiera otra parte o cualquier Estado está en contradicción con las disposiciones de este Tratado, y se compromete a no contraer compromiso internacional alguno que se contraponga a lo convenido en este Tratado»[360].

b) *Cláusulas que autorizan expresamente la celebración de tratados posteriores «compatibles»*. Un ejemplo podría ser el párrafo 3 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en el que se prevé lo siguiente:

> Dos o más Estados Partes podrán celebrar acuerdos, aplicables únicamente en sus relaciones mutuas, por los que se modifiquen disposiciones de esta Convención o se suspenda su aplicación, siempre que tales acuerdos no se refieran a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva de su objeto y de su fin, y siempre que tales acuerdos no afecten a la aplicación de los principios básicos enunciados en la Convención y que las disposiciones de tales acuerdos no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados Partes correspondan en virtud de la Convención.

c) *Cláusulas en el tratado posterior en las que se prevé que éste «no afectará» al tratado precedente*. Un ejemplo sería el artículo 30 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 1958, en el que se prevé que:

> Las disposiciones de esta Convención no afectarán a las convenciones u otros acuerdos internacionales ya en vigor, en cuanto a las relaciones entre los Estados Partes en ellos.

Ello ofrece una presunción también refutable de armonía entre los tratados anterior y posterior[361].

d) *Cláusulas en el tratado posterior en las que se prevé que, entre las partes, éste prevalece sobre el tratado anterior*. Se trata realmente de un caso de «modificación» de un acuerdo mediante un acuerdo *inter se*, que se examinará con más detenimiento en la sección D *infra*.

e) *Cláusulas en el tratado posterior que derogan expresamente el tratado anterior*[362]. Un ejemplo sería el párrafo 1 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, según el cual, en las relaciones entre los Estados partes, esta Convención prevalecerá sobre las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958.

f) *Cláusulas en los tratados posteriores que mantienen expresamente tratados anteriores compatibles*. Un ejemplo sería el párrafo 2 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que dice así:

> Esta Convención no modificará los derechos ni las obligaciones de los Estados Partes dimanantes de otros acuerdos compatibles con ella y que no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados Partes correspondan en virtud de la Convención.

g) *Cláusulas en las que se promete la derogación en acuerdos futuros de los tratados anteriores*. Este es un tipo de *pactum de contrahendo*. Como ejemplo cabe citar el artículo 307 (antiguo artículo 234) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, según el cual las disposiciones del tratado no afectarán a los derechos y obligaciones de los miembros que resulten de convenios celebrados con anterioridad. Los miembros sin embargo se comprometen a tomar medidas para derogar esos tratados (véanse más detalles en la subsección C.3 *infra*).

269. Aunque estas cláusulas son indudablemente útiles, su eficacia tiene un límite. No pueden, por ejemplo, afectar a los derechos de terceras partes ni entorpecer la aplicación del *jus cogens* o de otros principios jerárquicos (como los relacionados con las obligaciones integrales o interdependientes)[363].

270. Sin embargo, incluso cuando existen cláusulas para regular los conflictos, su significado o efecto puede ser a veces oscuro. Un ejemplo es el artículo 22 del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992:

> 1. Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro.
>
> 2. Las Partes Contratantes aplicarán el presente Convenio con respecto al medio marino, de conformidad con los derechos y obligaciones de los Estados con arreglo al derecho del mar.

271. No parece claro en esta formulación qué exactamente prevale sobre qué. Por supuesto, la disposición se puede leer como una exhortación a considerar siempre los instrumentos pertinentes compatibles entre sí (es decir, el principio de la integración sistémica —véase el capítulo V *infra*—) dentro de la obligación general de cooperar[364]. A veces este objetivo está explícitamente inscrito en la cláusula correspondiente[365] pero, cuando una parte reivindica un derecho fundándose en el Convenio sobre la Diversidad Biológica o en algún otro tratado, parecería difícil *denegar* ese derecho por interpretación o «coordinación». Además, a veces las propias cláusulas pueden entrar en conflicto o anularse mutuamente[366]. En estos casos, será necesario recurrir a los principios generales de solución de conflictos.

---

[360] Véase Aufricht (nota 118 *supra*), págs. 666 y 667.

[361] Véanse Borgen (nota 10 *supra*), pág. 586, y Aufricht (nota 118 *supra*), pág. 669.

[362] Aufricht (nota 118 *supra*), págs. 661 a 663.

[363] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (véase la nota 323 *supra*), pág. 37, comentario del proyecto de artículo 65, párr. 15.

[364] Como se sugiere en Wolfrum y Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (nota 22 *supra*), pág. 125; Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge…* (nota 22 *supra*), págs. 191 a 194 y ss.; y Fitzmaurice y Elias, *Contemporary Issues…* (nota 74 *supra*), pág. 333. Véase un examen útil de las ambigüedades de la cláusula relativa a los conflictos existente en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en S. Safrin, «Treaties in collision? The Biosafety Protocol and the World Trade Organization agreements», AJIL, vol. 96, núm. 3 (julio de 2002), págs. 606 a 628.

[365] Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 237 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se cede a tratados específicos sobre medio ambiente, siempre que éstos se cumplan «de manera compatible con los principios objetivos generales de [la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar]». Véase también Fitzmaurice y Elias, *Contemporary Issues…* (nota 74 *supra*), págs. 334 a 336.

[366] Así sucede en el caso del párrafo 3 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en el párrafo 1 del artículo 22 del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Véase un examen de la cuestión en Fitzmaurice y Elias, *Contemporary Issues…* (nota 74 *supra*), pág. 334.

2. Relaciones dentro del mismo régimen y entre diversos regímenes: tratados sobre el medio ambiente

272. Como demuestran las consideraciones precedentes, el artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 tiene sus límites. Funciona de un modo óptimo cuando se trata de una relación entre dos tratados entre partes idénticas sobre un tema conexo. En este caso se puede dar por sentado que el tratado posterior expresa una voluntad más reciente de las partes y se le debe pues aplicar. Cuando las partes en uno y otro no son las mismas, el artículo 30 autoriza al Estado que ha contraído obligaciones incompatibles a elegir cuáles de ellas cumplirá. En el caso de relaciones entre regímenes de tratados diferentes, como los que habitualmente se entiende que existen en derecho mercantil, el derecho aplicable a los derechos humanos, o el derecho del medio ambiente, el artículo 30 sigue siendo decepcionante. No se puede razonablemente dar por supuesto la existencia de una prioridad sencilla de un tratado sobre otro (es decir, en realidad, de un régimen sobre otro) por una razón simplemente cronológica. Hay que adoptar un criterio más matizado. No es probable, sin embargo, que sea posible hallar un criterio de esta clase en un proceso de solución de controversias que se limitará necesariamente a consideraciones *ad hoc*. La situación podría ser en cambio más fácil si se utilizasen cláusulas adecuadas para regular el conflicto. Cabe distinguir dos tipos de cláusulas de esta clase. El primer tipo podría ajustarse al artículo 30 de la Convención y buscar solución estableciendo una prioridad firme entre dos tratados. El segundo tipo, examinado en esta sección, evita una prioridad simple y busca en cambio coordinar en la mayor medida posible la aplicación simultánea de los dos tratados.

273. La relación entre tratados pertenecientes a diferentes regímenes es un problema general. Su manifestación más extrema se halla en las relaciones entre instrumentos que forman parte de regímenes comerciales y ambientales[367]. Aunque los negociadores parecen percatarse cada vez más del problema, la práctica ha evolucionado hasta la fecha incoherentemente. Por ejemplo, en las negociaciones acerca del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2000), la relación del Protocolo con las obligaciones contraídas por las partes en los acuerdos de la OMC se debatió largamente y, como consecuencia, el Protocolo contiene una disposición sobre su relación con los instrumentos comerciales, pero no aborda en cambio las relaciones con otros muchos tratados importantes. Entre ellas figura su relación con, por ejemplo, la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre Su Destrucción[368].

274. La redacción definitiva de los pasajes pertinentes del preámbulo del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica ilustra los problemas actuales:

> *Reconociendo* que los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible,
>
> *Destacando* que el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor,
>
> *En el entendimiento* de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales[369].

275. Los negociadores se resistieron a decidir cómo exactamente los acuerdos sobre medio ambiente y sobre comercio se debían relacionar entre sí o con otro acuerdo ulterior[370]. Lo único en que parecen haberse puesto de acuerdo es en que el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica no se debía considerar menos importante que cualquier otro acuerdo. En otros tratados se pueden encontrar cláusulas análogas. Por ejemplo, en el preámbulo al Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (2001) se dispone que el Tratado no se debe interpretar «en el sentido de que represente cualquier tipo de cambio en los derechos y obligaciones de las Partes Contratantes en virtud de otros acuerdos internacionales». Las partes contratantes entienden a continuación que este principio «no pretende crear una jerarquía entre el presente Tratado y otros acuerdos internacionales».

276. Esta formulación no significa que se tenga el deseo de reconocer la existencia de obligaciones convencionales paralelas y que podrían ser contradictorias, pero no acaba de indicar claramente qué se debe hacer si surge un conflicto. Se recurre en cambio a fórmulas de compromiso que relegan, por así decirlo, la solución de los problemas al futuro. Por ejemplo, en el preámbulo del

---

[367] Por ejemplo, Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 213 a 247, se ha ocupado de técnicas específicas de solución de conflictos entre diferentes tipos de tratados, por ejemplo, tratados de derechos humanos y el principio de la «disposición más favorable»; Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), págs. 345 a 361, se ha interesado en las cláusulas que regulan los conflictos en el tratado de la OMC; D. E. Siegel, «Legal aspects of the IMF/WTO relationship: the Fund's articles of agreement and the WTO agreements», AJIL, vol. 96, núm. 3 (julio de 2002), págs. 561 a 599; A. Lindroos, «Addressing norm conflicts in a fragmented legal system: the doctrine of *lex specialis*», *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, núm. 1 (2005), págs. 30 a 34 y 60 a 64; Wolfrum y Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (nota 22 *supra*), han examinado extensamente los conflictos entre los tratados sobre medio ambiente y otros tratados. Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge…* (nota 22 *supra*), págs. 53 a 73, destaca que los tratados sobre medio ambiente tienen posibilidades especialmente grandes de entrar en conflicto con otros tratados, porque casi todo guarda relación con el medio ambiente. La Organización Mundial de la Salud ha examinado la cuestión en el contexto del Reglamento Sanitario Internacional en «Revisión y aprobación de propuestas de enmienda del Reglamento Sanitario Internacional: relaciones con otros instrumentos internacionales» (A/IHR/IGWG/INF.DOC./1), 30 de septiembre de 2004.

[368] Safrin (nota 364 *supra*), pág. 617.

[369] Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, notificación al depositario C.N.251.2000.TREATIES-1 de 27 de abril de 2000; C.N. 1471.2003. TREATIES-41 de 22 de diciembre de 2003 (propuesta de corrección del texto del Protocolo en árabe) y C.N.291.2004.TREATIES-11 de 26 de marzo de 2004 (rectificación del texto del Protocolo en árabe y transmisión del acta correspondiente). Véase también ILM, vol. 39, núm. 5 (septiembre de 2000), pág. 1027.

[370] Safrin (nota 364 *supra*), págs. 618 a 621, y Borgen (nota 10 *supra*), pág. 614.

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica se dice que «los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible». Se da por supuesto que los conflictos se pueden y deben resolver entre las partes en los tratados cuando esos conflictos surgen y con objeto de llegar a un acuerdo mutuo[371]. De igual modo, en el mencionado Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura se reconoce que «el presente Tratado y otros acuerdos internacionales pertinentes deben respaldarse mutuamente con vistas a conseguir una agricultura y una seguridad alimentaria sostenibles». Otros tratados contienen cláusulas condicionales, que dejan también amplio margen a la apreciación y a la negociación. Por ejemplo, en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (1989) se admite que las partes celebren otros acuerdos «siempre que dichos acuerdos o arreglos no menoscaben el manejo ambientalmente racional de los desechos peligrosos y otros desechos que estipula el presente Convenio»[372] y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica se dice que «las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro»[373].

277. Con estas cláusulas se reconoce el hecho de que parece desaconsejable producir una norma general sobre la prioridad de los tratados. Los tratados y las situaciones que se pueden plantear son demasiado heterogéneas para ello. En cambio, las partes apelan al espíritu de conciliación y a la voluntad de todas las demás de prever para sus instrumentos una función «que se refuerce mutuamente». Es sencillamente otra manera de destacar la importancia de armonizar la interpretación. Ello puede funcionar bien entre tratados que pertenecen al mismo régimen y comparten un objeto y un fin semejantes o cuyo espíritu es paralelo, por ejemplo, entre varios instrumentos *inter se* sobre medio ambiente o comercio. Sin embargo, no cabe dar por supuesto *a priori* que exista una buena disposición análoga entre las partes en tratados pertenecientes a regímenes diferentes que traten de alcanzar soluciones materialmente incompatibles o que persigan objetivos muy distintos (quizás contrapuestos) en situaciones que se viven como juegos de suma cero. En estos casos, habrá que preferir, al fin y al cabo, un tratado al otro. En este punto, el centro de atención se desplaza de la coordinación hacia los derechos y las obligaciones. Unas disposiciones amplias o programáticas permiten fácilmente la conciliación, pero no cabe decir lo mismo de disposiciones que describen obligaciones o derechos (subjetivos). Para dar efecto a estas disposiciones, sigue siendo importante que se prevea la posibilidad de recurrir a un sistema de solución de diferencias independiente del régimen.

278. La conciliación mutua es más fácil en el caso de dos instrumentos que pertenecen al mismo régimen, especialmente entre un acuerdo marco y un acuerdo más específico (de aplicación)[374]. Por ejemplo, muchas de las cláusulas relativas a los conflictos existentes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar son muy inespecíficas y se abstienen de establecer prioridades claras. Ello es comprensible porque a menudo hay razones para favorecer una regulación específica ulterior. El acuerdo de aplicación prevalecerá entonces como *lex specialis*, mientras que el instrumento marco permanece «en el trasfondo» como *lex generalis*, según se indica en el capítulo II *supra*. En el párrafo 3 del artículo 311 de la Convención de las Naciones sobre el Derecho del Mar se admite que los Estados celebren acuerdos por los que se modifiquen disposiciones de la Convención:

> … siempre que tales acuerdos no se refieran a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva de su objeto y de su fin, y siempre que tales acuerdos no afecten a la aplicación de los principios básicos enunciados en la Convención y que las disposiciones de tales acuerdos no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados Partes correspondan en virtud de la Convención.

279. En este caso, la «compatibilidad» se formula de un modo bastante impreciso. Se da a las partes una gran latitud para celebrar acuerdos sobre temas tratados por la Convención, con la única salvedad de que ello no «afecte a la aplicación de los principios básicos» ni a los «derechos» y «obligaciones» de las partes. Aunque hay margen para interpretar las expresiones «derechos» y «obligaciones» de un modo más o menos estricto, la idea central de la disposición es la búsqueda de un acuerdo razonable. Al igual que los tratados sobre medio ambiente antes examinados, se trata al parecer de hallar una función «de apoyo mutuo» para esta Convención y para esos instrumentos precisos. Sigue sin estar claro qué sucederá si un acuerdo parece entrar en conflicto abierto con la Convención[375].

280. El defecto de la estrategia consistente en buscar una interpretación de «apoyo mutuo» reside en que deja la puerta abierta. Al insertar este tipo de cláusula, los Estados partes transfieren su competencia para decidir qué se deberá hacer en caso de conflicto a quien aplica la ley. Ello puede surtir buenos efectos si los dos tratados pertenecen al mismo régimen, pero si el conflicto se produce entre tratados de dos regímenes distintos, la solución solo servirá si quien aplica la ley es un tercero imparcial que aborda los instrumentos contradictorios desde fuera de los regímenes a que pertenecen los tratados. Puede suceder, sin embargo, que quien aplique la ley sea un órgano o un administrador estrechamente vinculado con uno u otro de los regímenes (en conflicto). En ese caso, una cláusula de tipo abierto acabará favoreciendo la primacía del tratado que forme parte del régimen de quien aplica la ley.

---

[371] El contenido y la forma de esta «obligación de coordinar» se examina largamente en Matz, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge…* (nota 22 *supra*), págs. 233 a 390.

[372] Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, art. 11, párr. 1.

[373] Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 22, párr. 1.

[374] Wolfrum y Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (nota 22 *supra*), pág. 121. La relación entre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar como convención marco con un acuerdo de aplicación en relación con el sistema de solución de diferencias se suscitó en el caso *Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan* (véase la nota 26 *supra*), págs. 1 a 57.

[375] Fitzmaurice y Elias, *Contemporary Issues…* (nota 74 *supra*), pág. 335, y Wolfrum y Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (nota 22 *supra*), págs. 15 a 31.

281. Las cláusulas en que se hace referencia a la finalidad fundamental del tratado corresponden a la terminología utilizada en el apartado *b* ii) del párrafo 1 del artículo 41 de la Convención de Viena de 1969, según el cual los acuerdos *inter se* no deben frustrar el objeto y el fin del tratado original. A menudo, las cláusulas apoyan también la idea de interpretar los tratados de un modo que preserve al máximo los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas en ambos tratados. El criterio armonizador («apoyo mutuo») es el que mejor corresponde al objetivo de una gestión eficaz.

282. Sin embargo, la libertad de interpretación consiguiente crea un peligro de «parcialidad estructural», es decir, que lo que se entiende por solución «de apoyo mutuo» viene determinado por las prioridades del órgano cuya tarea consiste en interpretar dicha cláusula. Para evitar que esto suceda, sigue siendo aconsejable redactar las disposiciones fundamentales de los tratados multilaterales —y especialmente las disposiciones que tienen que ver con los derechos y obligaciones de fondo de las partes— con claridad suficiente para que no se corra ningún riesgo en la fase de aplicación.

3. Cláusula relativa a los conflictos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

283. Los acuerdos por los que se establecen organizaciones internacionales contienen a menudo una cláusula relativa a los conflictos. El ejemplo mejor conocido es el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas (véase más adelante el capítulo IV). De igual modo, el artículo 307 (antiguo artículo 234) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea contiene una norma para resolver los conflictos con los acuerdos celebrados entre los Estados miembros y terceras partes[376]. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea prevalece absolutamente sobre los acuerdos que los Estados miembros hayan concluido entre sí, pero en el artículo 307 se estipula que, en relación con terceros Estados:

> Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.
>
> En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.
>
> En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros.

284. En este artículo se da prioridad a los tratados que un Estado miembro ha celebrado con terceros Estados antes de la entrada en vigor para él de los tratados de la Comunidad Europea[377]. El Tribunal de Justicia europeo ha aclarado con frecuencia el alcance del artículo 307[378]. En el caso *Burgoa*, el Tribunal de Justicia europeo confirmó que el artículo 307 tiene un alcance general y se aplica a todo acuerdo internacional, independientemente de la materia, que pueda afectar a la aplicación del tratado[379]. Ni el texto del artículo ni la jurisprudencia ulterior permiten extenderlo a los acuerdos celebrados por los Estados miembros después de la adhesión[380]. Con arreglo a esta causa que sentó jurisprudencia, la disposición abarca los derechos de las terceras partes y las obligaciones de los Estados miembros:

> … la demandante responde que los términos «derechos y obligaciones» del artículo 234 se refieren, en lo que respecta a los «derechos», a los derechos de terceros países y, en lo que respecta a las «obligaciones», a las obligaciones de los Estados miembros, y que, en virtud de los principios del derecho internacional, un Estado que asume una obligación nueva incompatible con los derechos que le reconoce un tratado anterior renuncia *ipso facto* al ejercicio de esos derechos en la medida necesaria para el cumplimiento de sus nuevas obligaciones[381].
>
> […] la interpretación de la demandante está bien fundada y se deben desestimar las objeciones formuladas por la defensa[382].

285. La distinción entre los *derechos* de terceros Estados y las *obligaciones* de los Estados miembros guarda relación con la cuestión de si un Estado miembro puede pretender que le es imposible cumplir las obligaciones hacia otros Estados miembros que le impone el derecho comunitario a causa de un tratado que ha celebrado con terceros Estados. En el caso citado, el Gobierno italiano argumentaba que no podía cumplir sus obligaciones en materia de comercio dentro de la Comunidad a causa de las obligaciones que había contraído en el GATT. El Tribunal refutó rápidamente el argumento: «En los asuntos que se rigen por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, este Tratado prima sobre cualquier otro acuerdo celebrado entre Estados miembros antes de su entrada en vigor, incluidos los acuerdos concertados en

---

[376] I. MacLeod, I. D. Hendry y S. Hyett, *The External Relations of the European Communities. A Manual of Law and Practice*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 229, y P. Eeckhout, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pág. 334. Véanse también, por ejemplo, J. Klabbers, «Re-inventing the law of treaties: the contribution of the EC courts», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 30 (1999), págs. 45 a 74; J. Klabbers, «Moribund on the fourth of July? the Court of Justice on prior agreements of the member States», *European Law Review*, vol. 26 (2001), págs. 187 a 197; C. N. K. Franklin, «Flexibility vs. legal certainty. Article 307 EC and other issues in the aftermath of the Open Skies cases», *European Foreign Affairs Review*, vol. 10 (2005), págs. 79 a 115; P. J. Kuijper, «The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969», *Legal Issues of European Integration*, vol. 25, núm. 1 (1998), págs. 1 a 23; y F. E. Dowrick, «Overlapping european laws», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 27, núm. 3 (julio de 1978), págs. 629 a 660.

[377] Klabbers, «Moribund on the fourth of July?…» (nota 376 *supra*), págs. 187 y 188.

[378] Eeckhout (nota 376 *supra*), pág. 334.

[379] Asunto 812/79, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, sentencia de 14 de octubre de 1980, *Recopilación de Jurisprudencia 1980*, edición especial en español, págs. 919 y ss., en especial pág. 924, párr. 6.

[380] Eeckhout (nota 376 *supra*), pág. 335.

[381] Asunto 10/61, *Comisión de la Comunidad Económica Europea c. Gobierno de la República Italiana*, sentencia de 27 de febrero de 1962, *Recopilación de Jurisprudencia 1962*, edición especial en español, págs. 127 y ss., en especial pág. 132. Véanse también MacLeod, Hendry e Hyett (nota 376 *supra*), pág. 230, y Eeckhout (nota 376 *supra*), págs. 337 y 338.

[382] *Comisión de la Comunidad Económica Europea c. Gobierno de la República Italiana* (véase la nota 381 *supra*), pág. 132.

el marco del GATT»[383]. Por lo tanto, no es posible apoyarse en el artículo 307 en las relaciones de los miembros para justificar las restricciones comerciales en el seno de la Comunidad Europea[384]. Sin embargo, la diferenciación de los derechos y las obligaciones no deja de plantear problemas[385]. Como señalaba Klabbers, el artículo 307 es claramente aplicable a los tratados bilaterales, al igual que a los tratados multilaterales «bilateralizables». En relación con otros tipos de tratados multilaterales, la aplicabilidad del artículo 307 es solamente limitada[386].

286. El artículo 307 no impone obligaciones a la Comunidad Europea propiamente dicha. Sin embargo, según dijo el Tribunal de Justicia europeo en el caso *Burgoa*:

> Aunque el primer párrafo del artículo 234 menciona solamente las obligaciones de los Estados miembros, no alcanzaría su objetivo si no entrañase un deber para las instituciones de la Comunidad de no obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros nacidas de un acuerdo precedente. Sin embargo, ese deber de las instituciones de la Comunidad tiene solo por objeto permitir al Estado miembro interesado que cumpla sus obligaciones nacidas del acuerdo precedente y no vincula a la Comunidad en relación con el tercer país en cuestión[387].

287. En virtud del artículo 307 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Estados miembros pueden cumplir los acuerdos precedentes que hayan celebrado con terceros Estados y la Comunidad Europea tiene la obligación de no obstaculizar dicho cumplimiento. Sin embargo, los Estados miembros están también obligados a tomar todas las medidas adecuadas para eliminar las incompatibilidades entre sus obligaciones nacidas de la Comunidad Europea y esos tratados precedentes[388]. Como ha señalado el Tribunal de Justicia europeo, ello entraña el deber de tomar disposiciones activas para armonizar las obligaciones en virtud de otros tratados con las obligaciones dentro de la Comunidad Europea:

> … si bien los Estados miembros tienen, en el marco del artículo 234 del Tratado, la posibilidad de elegir las medidas apropiadas, también tienen la obligación de eliminar las incompatibilidades que existan entre un convenio precomunitario y el Tratado CE. […] cuando un Estado miembro se encuentre con dificultades que hacen imposible la modificación de un Acuerdo, le incumbe denunciarlo[389].
>
> En cuanto al argumento según el cual semejante denuncia supone excluir de un modo desproporcionado los intereses vinculados a la política exterior […] en relación con el interés comunitario, es preciso indicar que el equilibrio entre los intereses vinculados a la política exterior de un Estado miembro y el interés comunitario se plasma ya en el artículo 234 del Tratado, en la medida en que esta disposición permite que un Estado miembro deje de aplicar una norma comunitaria a fin de respetar los derechos de países terceros derivados de un convenio anterior y de cumplir sus correspondientes obligaciones. Este artículo confiere también a los Estados miembros la posibilidad de elegir los medios apropiados para hacer que el acuerdo de que se trate sea compatible con el Derecho comunitario[390].

288. La posición del Tribunal de Justicia europeo es que la condición que se impone en el artículo 307 de «eliminar las incompatibilidades» es más bien estricta[391]. El Tribunal parece dispuesto a aceptar que un Estado miembro pueda tropezar con dificultades para armonizar sus obligaciones externas con el derecho de la Comunidad Europea y ello puede a veces entrañar la obligación de denunciar esas obligaciones. En otras palabras, como señala Eeckhout, los intereses de política exterior de los Estados miembros no pueden prevalecer sobre esa obligación y un Estado miembro no puede en principio alegar que la denuncia iría en detrimento de esos intereses[392]. Según el mismo autor, nada indica que puedan siquiera existir casos en que la propia Comunidad Europea deba hacer algo para suprimir las incompatibilidades, por ejemplo, modificar el derecho comunitario[393].

4. Cláusulas de desconexión

289. Una práctica que podría ser adecuado examinar aquí es la expansión de la llamada «cláusula de desconexión» en los acuerdos multilaterales en que es parte la Comunidad Europea. Actualmente existen por lo menos 17 tratados multilaterales en los que son partes países miembros y países que no son miembros de la Comunidad Europea (en algunos casos incluso la Comunidad Europea propiamente dicha) que contienen esta cláusula[394]. La finalidad de la cláusula es, según la Comisión Europea, velar por la aplicación constante del derecho comunitario

---

[383] Ibíd.

[384] MacLeod, Hendry e Hyett (nota 376 *supra*), pág. 230. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 121/85, *Conegate Limited v. HM Customs & Excise*, sentencia de 11 de marzo de 1986, *Recopilación de Jurisprudencia 1986*, págs. 1017 y ss., en especial pág. 1024.

[385] Klabbers, «Re-inventing the law of treaties…» (nota 376 *supra*), pág. 63.

[386] Ibíd., págs. 64 y 65.

[387] *Attorney General c. Juan C. Burgoa* (véase la nota 379 *supra*), pág. 924, párr. 9.

[388] Ibíd., págs. 928 y 929, párrs. 23 a 26, y Klabbers, «Moribund on the fourth of July?…» (nota 376 *supra*), págs. 188 y 189.

[389] Asunto C-62/98, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Portuguesa*, sentencia de 4 de julio de 2000, *Recopilación de Jurisprudencia 2000*, págs. 5171 y ss., en especial págs. 5211 y 5212, párr. 49.

[390] Ibíd., pág. 5212, párr. 50.

[391] Klabbers, «Moribund on the fourth of July?…» (nota 376 *supra*), págs. 195 y 196.

[392] Eeckhout (nota 376 *supra*), pág. 342.

[393] Ibíd.

[394] Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo, de 2005, art. 52, párr. 4; Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, de 2005, art. 40, párr. 3; Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo, de 2005, art. 26, párr. 3; Convenio sobre los Contactos relativos a la Infancia, de 2003, art. 20, párr. 3; Protocolo sobre Responsabilidad Civil e Indemnización de Daños Causados por los Efectos Transfronterizos de Accidentes Industriales sobre las Aguas Transfronterizas, de 2003, art. 20, párr. 2; Convenio Europeo para la Protección del Patrimonio Audiovisual, de 2001, art. 21; Convenio Europeo sobre la Protección Jurídica de los Servicios de Acceso Condicional o Basados en Dicho Acceso, de 2001, art. 11, párr. 4; Convenio Europeo sobre la Promoción de un Voluntariado Transnacional a Largo Plazo para los Jóvenes, de 2000, art. 19, párr. 2; Convenio de UNIDROIT sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilegalmente, de 1995, art. 13, párr. 3; Acuerdo relativo al Tráfico Ilícito por Mar, por el que se aplica el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1995, art. 30, párr. 3; Convenio Europeo sobre los Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Ámbito de la Radiodifusión Transfronteriza Vía Satélite; de 1994, art. 9, párr. 1; Convenio sobre la Responsabilidad Civil por Daños resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, de 1993, art. 25, párr. 2; Convenio Europeo sobre Ciertos Aspectos Internacionales de la Quiebra, de 1990, art. 38, párr. 2; Protocolo al Convenio sobre las Operaciones con Información Privilegiada y la Manipulación del Mercado, de 1989, art. 1; Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 1989, art. 27, párr. 1; Convenio Europeo sobre las Operaciones con Información Privilegiada y la Manipulación del Mercado, de 1989, art. 16 *bis*; Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, de 1988, art. 27, párr. 2.

entre los Estados miembros de la Comunidad Europea sin propósito alguno de influir en las obligaciones entre Estados miembros y otras partes en los tratados[395]. La formulación exacta de esta cláusula difiere según el convenio de que se trata, pero en el párrafo 2 del artículo 27 del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de 1988 se capta su esencia:

> No obstante las disposiciones del presente Convenio, las Partes en el mismo que son miembros de la Comunidad Económica Europea aplicarán en sus relaciones mutuas las normas comunes vigentes en esa comunidad.

290. Algunas cláusulas de desconexión son generales y abarcan la totalidad del tratado. Otras cláusulas son parciales o están condicionadas[396]. La cláusula que figura en el párrafo 2 del artículo 20 del Protocolo sobre Responsabilidad Civil e Indemnización de Daños Causados por los Efectos Transfronterizos de Accidentes Industriales sobre las Aguas Transfronterizas es un ejemplo de cláusula de desconexión parcial, con la que solo se pretende reemplazar algunos artículos del tratado original[397]. Como ejemplo de una cláusula de desconexión condicional cabe citar el párrafo 3 del artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo que remite a las normas de la Comunidad Europea «sin perjuicio del objeto y fin del presente Convenio y sin perjuicio de su aplicación plena en relación con las demás Partes». Otra condición, quizá igualmente ambigua, figura en el párrafo 3 del artículo 30 del Acuerdo sobre el Tráfico Ilícito por Mar, por el que se aplica el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, en el que se estipula que «si dos o más Partes han celebrado ya un acuerdo o tratado sobre una materia a que se refiera el presente Acuerdo o han establecido de otro modo relaciones propias en relación con esa materia, pueden acordar aplicar dicho acuerdo o tratado o regular sus relaciones en consecuencia, en lugar de aplicar el presente Acuerdo, si ello facilita la cooperación internacional»[398].

291. En todos estos casos, las disposiciones del tratado son sustituidas en todo o en parte en las relaciones entre los miembros de la Comunidad Europea por el derecho comunitario, pero las obligaciones entre miembros de la Comunidad Europea y otras partes en el tratado se siguen rigiendo enteramente por el tratado. La inclusión de cláusulas de esta clase en tratados multilaterales ha suscitado cierta inquietud. Parece difícil clasificarlas con referencia a una u otra disposición de la Convención de Viena de 1969 y el efecto de la proliferación de estas cláusulas en la coherencia del tratado original parece problemático[399].

292. En el párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de Viena se prevé que, «[c]uando 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». Esta formulación abarca también las cláusulas de desconexión. La mejor manera de analizarlas es pues considerar las cláusulas sobre conflictos que se añaden a los tratados con objeto de regular los posibles conflictos entre el derecho de la Comunidad y el tratado. Lo que puede parecer inquietante en esas cláusulas es que solo son aplicables a algunas partes en el tratado original y que el contenido del derecho comunitario a que se refieren puede ser incierto y susceptible de modificación. Sin embargo, ello no difiere gran cosa de las enmiendas normales *inter se*, que también se aplican entre algunas partes solamente y que pueden ser objeto de modificación en el futuro.

293. Cabe preguntarse en qué condiciones sería admisible este tipo de cláusula. El punto de partida es naturalmente que la cláusula sea aceptada por todas las partes, de modo que no se plantee la cuestión de la validez. Sin embargo, no se puede excluir que las demás partes puedan no conocer el verdadero alcance de la cláusula de desconexión, porque las normas a que se hace referencia en ellas (las normas pertinentes de la Comunidad Europea) eran oscuras, habían sido modificadas o son objeto de una nueva interpretación. En este caso, las normas de la Comunidad Europea empiezan a parecer un tratado nuevo y sucesivo, al que se aplicaría el párrafo 4 del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969. Según el párrafo 5 del artículo 30 de esta Convención «[e]l párrafo 4 [del artículo 30] se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41»[400]. Por este medio, una cláusula de desconexión abierta quedaría *también* condicionada por los requisitos del artículo 41. Durante los trabajos preparatorios de la Convención de Viena, Mustafa Kamil Yasseen confirmó que el derecho a una modificación *inter se* no debía ser ilimitado y que cualquier modificación que se

[395] La Comunidad Europea/Unión Europea y sus Estados miembros han incluido también la siguiente declaración en el informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo de 2005: «"la Comunidad Europea/Unión Europea y sus Estados miembros reafirman que el objetivo que persiguen cuando piden la inclusión de una 'cláusula de desconexión' es tener en cuenta el carácter institucional de la Unión cuando se adhiere a convenios internacionales, en particular en caso de transferencia del poder soberano de los Estados miembros a la Comunidad. Esta cláusula no tiene por objeto reducir los derechos ni aumentar las obligaciones de un Estado que no sea parte en la Unión Europea en relación con la Comunidad Europea/Unión Europea y sus Estados miembros, en la medida en que estos últimos son también partes en ese Convenio. La cláusula de desconexión es necesaria para las partes del Convenio que competen a la Comunidad/Unión, con objeto de indicar que los Estados miembros de la Unión Europea no pueden invocar y aplicar los derechos y obligaciones nacidos del Convenio directamente entre sí (o entre sí y la Comunidad/Unión Europea). Ello no impide que el Convenio se aplique plenamente entre la Comunidad/Unión Europea y sus Estados miembros por un lado y las demás partes en el Convenio por otra; la Comunidad y los Estados miembros de la Comunidad Europea estarán vinculados por el Convenio y lo aplicarán como cualquier parte en el mismo, en caso necesario, a través de la legislación de la Comunidad/Unión. Así garantizarán el respeto pleno de las disposiciones del Convenio frente a partes que no sean miembros de la Unión Europea". Como instrumento elaborado en relación con la celebración de un tratado en el sentido del apartado *b* del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esta declaración forma parte del "contexto" del Convenio» (Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 196, párr. 272); véanse también L. Azoulai, «The acquis of the European Union and international organizations», *European Law Journal*, vol. 11 (2005), especialmente pág. 211, y A. Schulz, «The relationship between the judgments project and other international instruments», documento preliminar núm. 24 de diciembre de 2003, Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, que puede consultarse en: https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_pd19e.pdf.

[396] Véase una tipología en C. P. Economides y A. G. Kolliopoulos, «La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire: une pratique critiquable», RGDIP, vol. 110 (2006), págs. 273 a 302.

[397] Ibíd.

[398] Ibíd.

[399] Ibíd.

[400] El proceso de redacción de los dos artículos coincidió en gran parte. Véanse la sección B.2 *supra* y la sección D.4 *infra* del presente capítulo.

desease introducir tendría que respetar el objeto y el fin del tratado[401]. Alain Pellet adoptó una posición análoga en el contexto de las reservas cuando explicó que una reserva inespecífica expresamente autorizada debe cumplir también el objeto y el fin del tratado[402]. Así, aunque el alcance y el contenido de la cláusula de desconexión quedan normalmente cubiertos por el consentimiento original, si la disposición mencionada en esa cláusula se modifica, esa modificación solo se podrá autorizar en la medida en que «[n]o afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones» y «[n]o se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto», según se estipula en el párrafo 1 *b* del artículo 41 de la Convención de Viena.

294. Al igual que la modificación *inter se*, la cláusula de desconexión permite que un grupo limitado de países eleven los objetivos del tratado tomando medidas que correspondan a sus circunstancias especiales. Sin embargo, igual que en los acuerdos *inter se*, esta práctica abre la posibilidad de menoscabar el régimen del tratado original. El efecto real de una cláusula de desconexión depende de su redacción precisa. El punto común, sin embargo, es que buscan reemplazar a un tratado en todo o en parte con un régimen diferente que solo será aplicable entre ciertas partes. El fondo efectivo de la cláusula no es aparente en la superficie, sino que reside en el régimen al que se hace referencia en la cláusula. La verdadera causa de inquietud está en la conformidad del fondo de ese régimen con el tratado propiamente dicho. Desde el punto de vista de las demás partes en el tratado, el empleo de la cláusula de desconexión podría crear una norma doble, ser políticamente incorrecta o incluso inducir a confusión[403]. Para disipar esta inquietud, algunas cláusulas de desconexión se redactan de modo que no vayan en «perjuicio del objeto y el fin de la presente Convención». No obstante, incluso si no contienen tal referencia, la condición de conformidad con el objeto y el fin derivaría, como antes se dijo, de la establecida para la modificación *inter se*. Al determinar esa conformidad, hay dos puntos que parecen pertinentes. En primer lugar, la cláusula de desconexión es aceptada por todas las partes en el tratado. En este caso, la práctica no parece problemática. La validez de una cláusula de desconexión dimana del consentimiento de las partes. Por otro lado, no es evidente que las partes estén siempre bien informadas del contenido del régimen a que se refiere la cláusula y ese régimen puede cambiar independientemente de la voluntad o incluso del conocimiento de las demás partes. En esos casos, el criterio relativo a la conformidad con el objeto y el fin aportará el medio pertinente para evaluar la práctica de las partes en el tratado. Como en otros casos, parece pertinente examinar si las disposiciones a que el tratado se refiere son lo que Fitzmaurice llamó disposiciones «integrales» o «interdependientes», que no son separables del tratado.

D. Acuerdos *inter se*

295. Como antes se dijo, durante los debates en la Comisión sobre el conflicto entre tratados se hizo constantemente una distinción entre los acuerdos ulteriores entre algunas de las partes en los tratados para *modificar* la aplicación del tratado en sus relaciones *inter se* y los tratados ulteriores en los que, además de las partes en el tratado anterior, participaban también otros Estados. La primera situación (acuerdos *inter se*) está ahora recogida en el artículo 41 de la Convención de Viena de 1969.

296. Los Relatores Especiales de la Comisión destacaron la importancia práctica de las modificaciones *inter se* a los tratados multilaterales. Lauterpacht señaló que estas modificaciones eran una práctica muy utilizada que permitía desarrollar los tratados para que se aplicasen mejor en las relaciones entre algunas partes y la única cuestión era si tal acuerdo podría afectar a los derechos de las otras partes en el tratado hasta el punto de invalidarlo[404]. Fitzmaurice describió el tratado *inter se* como «uno de los instrumentos principales, de uso cada vez más extendido en nuestros tiempos, para modificar una situación contractual dada en una forma conveniente y quizá necesaria»[405]. Waldock estaba de acuerdo en que la práctica confirmaba que los acuerdos *inter se* era «el procedimiento normal de revisar los tratados multilaterales generales»[406]. De este modo,

> [e]n 1906, el Convenio de Ginebra de 1864 para mejorar la situación de los heridos en los ejércitos en campaña fue revisado por un nuevo Convenio en el que se declara expresamente que éste, una vez ratificado debidamente, vendrá a sustituir al Convenio de 1864 en las relaciones entre los Estados contratantes pero que el Convenio de 1864 seguirá aplicándose a las relaciones entre las partes de este Convenio que no ratifiquen el nuevo Convenio. Una disposición similar figura en el Convenio de La Haya de 1907 sobre el derecho y los usos de la guerra terrestre, que revisó el anterior Convenio de 1899[407].

297. Ciertamente, la celebración de acuerdos entre un número limitado de partes en un tratado multilateral es una antigua práctica, a menudo prevista en las disposiciones finales del propio tratado[408]. Estos acuerdos *inter se*

[401] *Anuario… 1966*, vol. I (parte II), pág. 223, acta resumida de la 876ª sesión de la Comisión, celebrada el 23 de junio de 1966, párr. 4.

[402] Décimo informe sobre las reservas a los tratados del Relator Especial Alain Pellet, *Anuario… 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2, págs. 153 y ss.

[403] Véanse, por ejemplo: discurso de Serhiy Holovaty, Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, pronunciado el 7 de abril de 2005 en la 26ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia celebrada en Helsinki (puede consultarse en: www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/mju26-2005-helsinki); informe para debate en el Comité Permanente por el procedimiento de urgencia presentado por la Relatora Sra. Ruth-Gaby Vermot-Mangold, relativo al proyecto de convenio del Consejo de Europa para la acción contra la trata de seres humanos, 15 de marzo de 2005 (puede consultarse en: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10806&lang=EN); P. J. Kuijper, «The conclusion and implementation of the Uruguay Round results by the European Community», EJIL, vol. 6, (1995), págs. 223 y 224; interim Health Protection Agency operational statement on the International Health Regulations, 12 de mayo de 2004.

[404] Segundo informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Hersch Lauterpacht, *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, documento A/CN.4/87, pág. 136.

[405] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Gerald Fitzmaurice (A/CN.4/115) (véase la nota 139 *supra*), pág. 47, párr. 89 *b*, comentario sobre el párrafo 8 del proyecto de artículo 18.

[406] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (véase la nota 323 *supra*), pág. 47, párrafo 7 del comentario al proyecto de artículo 69.

[407] Ibíd.

[408] Véase un examen de los casos típicos en que se han actualizado y mejorado tratados multilaterales mediante acuerdos «especiales» (*inter se*) posteriores en Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 114 a 119.

no excluyen necesariamente las disposiciones del tratado. Sirven, por el contrario, para aplicar, actualizar y reforzar el tratado en las relaciones entre las partes en el tratado que lo modifica. No hay razón en esos casos para no autorizar su pleno efecto.

298. Por ejemplo, en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 permiten ambas celebrar acuerdos sobre sus respectivas materias que prevean un trato más favorable o confirmen, suplementen, extiendan o amplíen sus disposiciones pertinentes[409]. Un ejemplo relacionado con el segundo convenio sería el acuerdo celebrado entre Checoslovaquia y Austria en 1979 en el que los dos Estados están «deseosos de confirmar y de completar esa Convención [de Viena sobre Relaciones Consulares] de conformidad con el párrafo 2 de su artículo 73, contribuyendo de ese modo a la tarea de desarrollar las relaciones de amistad entre los dos países de acuerdo con las disposiciones del Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa»[410]. Otro ejemplo sería el Convenio Europeo sobre Funciones Consulares de 11 de diciembre de 1967, en el que los Estados miembros del Consejo de Europa, partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, extendieron los privilegios pertinentes más allá de lo previsto en la Convención de Viena y observaron que esas normas especiales se habían establecido gracias a la estrecha colaboración existente entre ellas[411].

299. Ejemplo de un tratado en el que se alienta expresamente a las partes a celebrar acuerdos que apliquen o extiendan su aplicación es el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares de 1 de julio de 1968, en cuyo artículo VII se dispone que «[n]inguna disposición de este Tratado menoscabará el derecho de cualquier grupo de Estados a concertar tratados regionales a fin de asegurar la ausencia total de armas nucleares en sus respectivos territorios». Como consecuencia, se celebraron efectivamente varios acuerdos regionales en los que se reforzaba la prohibición de las armas nucleares en el plano regional[412].

300. Aunque todos los Relatores Especiales estuvieron de acuerdo en que la facultad de celebrar acuerdos *inter se* no podía ser ilimitada, inicialmente se hizo hincapié en la necesidad de actuar de buena fe en consulta con otras partes[413]. La Comisión se centró en el proceso de notificación a las demás partes de un acuerdo *inter se* previsto[414]. Los debates de la Comisión dieron origen en 1964 a un proyecto distinto (proyecto de artículo 69) sobre esta cuestión[415]. El debate siguió girando en gran parte en torno a la notificación, aunque BartoŠ prestó atención al caso de los acuerdos *inter se*, «que puede[n] tener un efecto indirecto sobre los intereses de las partes en el tratado originario»[416]. En su sexto informe, Waldock presentó el proyecto de artículo 67 revisado que versaba sobre los acuerdos para modificar tratados multilaterales exclusivamente entre algunas de las partes[417]. El artículo fue generalmente aceptado por los gobiernos y en los debates habidos en la Comisión en 1966 Reuter observó que constituía una «transacción ingeniosa entre dos necesidades: la de reconocer los derechos de las partes en un tratado en la forma inicial en que éste fue concebido y la de permitir la modificación del tratado para tener en cuenta ciertos requisitos de orden internacional»[418]. Ese texto sirvió de base en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados para la redacción del texto que acabó constituyendo el artículo 41 de la Convención de Viena de 1969:

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

[409] Artículo 47 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y artículo 72 y párrafo 2 del artículo 73 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

[410] Acuerdo sobre Relaciones Consulares, firmado en Praga el 14 de marzo de 1979, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1224, núm. 19752, pág. 3. En este Acuerdo se añade, entre otras cosas, «miembros de la familia» a las categorías de personas definidas en el artículo 1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y se amplían las funciones consulares definidas en los párrafos del artículo 5 de la Convención.

[411] Preámbulo. Los Estados miembros del Consejo de Europa han celebrado múltiples acuerdos *inter se* con los que introducen en sus relaciones regímenes especiales más avanzados que los regímenes generales de los tratados multilaterales basados en el objetivo del Consejo de Europa de «realizar una unión más estrecha entre sus miembros […] [con el fin de] favorecer su progreso económico y social […] mediante […] la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo» (Estatuto del Consejo de Europa, art. 1). Véanse, por ejemplo, el Convenio Europeo sobre las Formalidades Prescritas para Solicitudes de Patentes de 11 de diciembre de 1953 y el Convenio sobre la Unificación de Ciertos Elementos del Derecho de Patentes de Invención de 27 de noviembre de 1963, celebrados de conformidad con el artículo 15 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883, revisado en 1934.

[412] Véase, por ejemplo, el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en el Sudeste Asiático de 15 de diciembre de 1995 entre los Estados de Asia sudoriental, el Tratado sobre la Zona Libre de Armas Nucleares del Pacífico Sur (Tratado de Rarotonga) de 6 de agosto de 1985 entre los Estados del Pacífico sur (Australia, Nueva Zelandia y los Estados insulares de la región) y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en África (Tratado de Pelindaba) de 11 de abril de 1996, por los que se establecieron zonas libres de armas nucleares en el Asia sudoriental, el Pacífico (donde un protocolo prohíbe expresamente realizar ensayos nucleares) y África, respectivamente.

[413] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (véase la nota 323 *supra*), pág. 45.

[414] *Anuario… 1964*, vol. I, pág. 147, acta resumida de la 745ª sesión de la Comisión, celebrada el 15 de junio de 1964.

[415] Ibíd., pág. 149, véanse también las páginas 147 a 159.

[416] Ibíd., pág. 282, acta resumida de la sesión 764ª de la Comisión, celebrada el 13 de julio de 1964, párr. 84.

[417] Sexto informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/186 y Add.1 a 7) (véase la nota 34 *supra*), págs. 93 a 95 y 130. El texto del párrafo 1 del proyecto artículo 67 (Acuerdos para modificar tratados multilaterales exclusivamente entre algunas de las partes) decía lo siguiente: «Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificarlo exclusivamente en sus relaciones mutuas: *a*) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o *b*) si tal modificación: i) no afecta al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; ii) no se refiere a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto; y iii) no está prohibida por el tratado».

[418] *Anuario… 1966*, vol. I, parte II, pág. 223, acta resumida de la esión 876ª de la Comisión, celebrada el 23 de junio de 1966, párr. 9 .

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 el 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[419].

301. Los acuerdos *inter se* crean dos tipos de relaciones jurídicas: la relación «general» entre todas las partes del tratado originario y la relación «especial» que existirá entre los Estados partes en el acuerdo *inter se*. Sin embargo, esta situación no es peculiar de los acuerdos *inter se*. Por ejemplo, la posibilidad de oponerse a las reservas o de aceptarlas puede conducir a un tratado multilateral que tenga por un lado una validez total entre las partes en general y una validez restringida entre esas partes y los Estados que hayan formulado una reserva[420].

302. La situación puede ser también análoga, en el proceso de modificación de un tratado, cuando algunas de las partes emprenden una revisión con la que no están de acuerdo todas las partes. En este caso, el tratado primitivo permanece en vigor para los Estados que no participen en su modificación[421]. Lo mismo sucede en relación con las partes que no ratifican la modificación: el tratado inicial permanece en vigor entre ellas, mientras que el tratado enmendado entra en vigor para las demás[422]. La diferencia entre la «enmienda» y los acuerdos *inter se* del artículo 41 es que la finalidad de estos últimos no es revisar el tratado originario sino modificar sencillamente su aplicación en las relaciones entre ciertas partes[423]. El artículo 41 está previsto exclusivamente para este último caso[424].

303. El artículo 41 busca la transacción entre dos exigencias: la de satisfacer las necesidades de un número limitado de partes que desean regular sus relaciones mediante disposiciones *inter se* y la de permitir que las demás partes sigan aplicando el régimen jurídico del tratado en su forma original. Ese artículo reconoce el derecho de las partes en un tratado multilateral a crear mediante un acuerdo *inter se* un régimen especial pero, al someter su ejercicio a condiciones estrictas, trata de proteger el régimen general del tratado.

1. Condiciones aplicables a la celebración de acuerdos *inter se*

304. Naturalmente, un tratado puede prohibir expresamente o autorizar expresamente la celebración de acuerdos *inter se*, totales o parciales. Cuando un tratado guarda silencio al respecto, o en la medida en que lo hace, se plantea la cuestión de su admisibilidad. Puede haber casos en que la modificación afecte a los intereses o derechos de las demás partes en el tratado o a la ejecución de su objeto y fin. Por estas razones, en el artículo 41 de la Convención de Viena de 1969 se somete la celebración de acuerdos *inter se* a condiciones estrictas[425]. Un acuerdo *inter se* es admisible siempre 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.

a) *Protección de los derechos e intereses de las partes en el tratado originario*

305. El inciso i) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 41 contiene la primera de las condiciones que un acuerdo *inter se* debe cumplir, a saber, que el acuerdo no debe afectar al disfrute por las demás partes de sus derechos nacidos en el tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones. Parece natural que así sea[426]. Los efectos

[419] El artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986) contiene una disposición análoga. Se trata del caso de un acuerdo entre dos o más partes en un tratado multilateral con objeto de modificar únicamente entre sí ese tratado. Es posible razonar estos acuerdos *inter se* como un caso de *lex posterior* o como un caso de *lex specialis*. Sin embargo, la disposición surte efectos análogos cualquiera que sea el razonamiento que se emplee.

[420] Véase P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3ª edición revisada por Ph. Cahier, París, Presses Universitaires de France, 1995, pág. 76.

[421] Véase la declaración del Sr. Yasseen en la 746ª sesión de la Comisión, celebrada el 16 de mayo de 1964, *Anuario… 1964*, vol. I, pág. 159, párr. 51.

[422] Véase la declaración del Sr. Castrén en la 752ª sesión de la Comisión, celebrada el 26 de junio de 1964, ibíd., pág. 198, párr. 67.

[423] La Comisión rechazó el empleo del término «revisión» a causa de su connotación política y optó por el término «enmienda» para denotar la alteración de un tratado multilateral por todas las partes y «modificación» para denotar la alteración de un tratado multilateral por un acuerdo *inter se*, caso que se aborda en otro artículo. Véanse los debates habidos en la 747ª sesión de la Comisión, celebrada el 17 de mayo de 1964, ibíd., págs. 159 a 166.

[424] La Comisión consideró sin embargo necesario especificar la distinción en su informe a la Asamblea General: «… hay una diferencia esencial entre los acuerdos que tienen por objeto modificar un tratado entre las partes en general y los acuerdos destinados *ab initio* a modificar la aplicación del tratado en las relaciones entre algunas de las partes únicamente, esto es, con carácter de acuerdo *inter se*. Aunque un instrumento para la modificación entre las partes en general puede igualmente llegar a aplicarse únicamente entre algunas de las partes, la Comisión consideró que debe hacerse una distinción clara entre el proceso de modificación *stricto sensu* y los acuerdos *inter se* por los que se modifica la aplicación del tratado entre un reducido número de partes» (ibíd., vol. II, pág. 190, párr. 9, comentario al artículo 66).

[425] Véase la declaración de Sir Humphrey Waldock en la 860ª sesión de la Comisión, celebrada el 27 de mayo de 1966: «No obstante, la Comisión concede importancia al artículo 67 y, al especificar en el párrafo 1 unas condiciones bastante rigurosas, ha reconocido que los acuerdos *inter se* pueden constituir una menaza potencial para los intereses de las demás partes en el acuerdo inicial» (*Anuario… 1966*, vol. I, parte II, pág. 130, párr. 88). En el párrafo *b* del artículo 22 del proyecto de convención sobre el derecho de los tratados de la Harvard Research in International Law (véase la nota 353 *supra*), págs. 1016 a 1024, se imponían condiciones análogas a los acuerdos *inter se*. Véanse también F. Capotorti, «L'extinction et la suspension des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1971-III*, vol. 134, pág. 509, y Sadat-Akhavi (nota 21 *supra*), págs. 57 a 59.

[426] La condición de que el acuerdo *inter se* no deberá hacer más oneroso («afectar») el cumplimiento de las obligaciones de las otras partes en el tratado se incorporó al artículo 41 en respuesta a una declaración del Sr. Paredes. El Sr. Paredes señaló que era indispensable que un acuerdo *inter se* no impusiese a esas otras partes obligaciones o cargas más gravosas. Se refirió, como ejemplo, a un acuerdo *inter se* que pudiese prever la navegación de buques de mayor calado o en épocas de año no previstas en el tratado inicial e imponer así mayores obligaciones o cargas a las partes en el tratado inicial que no lo fueran en el acuerdo *inter se*. Véase el acta resumida de la 764ª sesión de la Comisión, *Anuario… 1964*, vol. I, pág. 282, párr. 79. Véase también el comentario al párrafo *b* del artículo 22 del proyecto de convención sobre el derecho de los tratados de la Harvard Research in International Law (nota 353 *supra*), págs. 1016 a 1024.

jurídicos de un acuerdo *inter se* se limitan a las partes en el mismo. Éstas siguen vinculadas por el tratado inicial y deben pues seguir respetándolo en sus relaciones con las demás partes en el tratado como si el acuerdo *inter se* no existiera. Sin embargo, en algunos casos los redactores del tratado inicial pueden haber previsto expresamente y admitido ciertos tipos de variación *inter se*. Por ejemplo, el artículo XXIV del GATT prevé el establecimiento o el mantenimiento de «uniones aduaneras» y «zonas de libre comercio» a reserva de que las condiciones del comercio no sean «en conjunto […] de una incidencia general más elevada ni […] resulten más rigurosas» que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes antes del establecimiento de la unión. Se da por supuesto claramente en este caso que los acuerdos comerciales regionales no menoscaban en general el sistema de libre comercio multilateral. No obstante, pueden también dar origen a intereses creados y contrarrestar una eventual armonización más amplia del comercio. En todo caso, con frecuencia se ha hecho referencia a estos acuerdos en el sistema de solución de diferencias de la OMC y ciertamente no se ha sugerido en modo alguno que hubieran sido concertados *a priori* en violación del GATT[427].

306. Por otra parte, el tratado del GATT no contiene ninguna disposición que pudiera aplicarse si dos o más miembros desearan celebrar un acuerdo *inter se* para *restringir* el comercio mutuo. En ausencia de esas disposiciones, no parece haber nada que impida a los miembros concertar un acuerdo *inter se* al efecto de no invocar en sus relaciones mutuas, por ejemplo, los artículos III y XI del GATT[428] con respecto a ciertas restricciones del comercio que estimen justificadas. Ese acuerdo afectará a los derechos y obligaciones de los demás miembros de la OMC, pero en un sentido positivo, con lo que se respetará la condición establecida en el artículo 41[429].

307. A veces, un acuerdo *inter se* puede no afectar directamente a los derechos de las demás partes, aunque puede lesionar sus intereses[430]. Sin embargo, en general se da por supuesto que la participación en un tratado multilateral crea entre las partes una comunidad de intereses y una solidaridad que entrañan el derecho para las partes a expresar su opinión sobre la compatibilidad de los arreglos especiales entre algunos de ellos y el conjunto del régimen que se establece en el tratado. Así sucede, sobre todo, con los tratados que tienen por objeto uniformar las normas jurídicas en esferas determinadas. La idea se recoge en el párrafo 3 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en el que se establece la condición de que los acuerdos *inter se* aplicables a las relaciones entre partes en la Convención no deben repercutir negativamente en la «*aplicación de los principios básicos** [de la Convención]» y sus disposiciones no deben afectar «al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados Partes correspondan en virtud de la Convención».

308. Naturalmente, es difícil decir en abstracto a qué equivale la «obligación de solidaridad». En la mayoría de los casos esta obligación quedará englobada en la segunda condición impuesta en el artículo 41, según la cual el acuerdo *inter se* no podrá referirse «a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y el fin del tratado en su conjunto».

b) *Preservación del objeto y el fin del tratado multilateral*

309. El concepto de incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado apareció por primera vez en el dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (1951)[431] y ha sido aceptado y aplicado cada vez, en particular a las reservas. El mismo concepto ocupa un lugar destacado en los artículos de la Convención de Viena de 1969, concretamente en los artículos 18 (obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado), 19 (reservas), 31 (interpretación), 41 (acuerdos *inter se*), 58 (denuncia y suspensión de un acuerdo *inter se*) y 60 (terminación de un tratado como consecuencia de su violación). El concepto de objeto y fin ha sido pocas veces tratado sistemáticamente en las publicaciones especializadas hasta que se abordó a fondo la cuestión en los informes de la Comisión sobre las reservas[432]. Las preocupaciones expresadas en esos debates no difieren esencialmente de las preocupaciones, que parecen también pertinentes, para decidir la admisibilidad de los acuerdos *inter se* en virtud del artículo 41 y del inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 58, que versa sobre la suspensión de la aplicación de un tratado multilateral[433].

310. Durante los trabajos preparatorios de la Convención, la Comisión centró el debate en la distinción entre los tratados que contienen obligaciones (meramente) recíprocas y los tratados cuyas obligaciones no son recíprocas —es decir, de carácter más absoluto—. En el primer caso, los acuerdos *inter se* no plantean ningún problema grave. Su admisibilidad obedece al hecho de que normalmente solo afectan a las relaciones bilaterales o, si tienen efectos

[427] Véase, por ejemplo, *Turquía – Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido* (nota 88 *supra*), párr. 9.97 («tenemos muy presente que el número y la importancia de los acuerdos comerciales regionales han aumentado mucho desde el establecimiento del GATT en 1947 y que hoy en día esos acuerdos engloban una porción significativa del comercio mundial»). En enero de 2005 habían sido notificados a la OMC 312 acuerdos regionales comerciales, de los cuales 170 permanecían en vigor. Véase I. van Damme, «What role is there for regional international law in the interpretation of the WTO agreements», en L. Bartels y F. Ortino (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pág. 553.

[428] En estos artículos se proscribe respectivamente la discriminación contra los productos importados en favor de los productos nacionales y la aplicación de restricciones cuantitativas en las fronteras.

[429] Véase Pauwelyn, «The role of public international law in the WTO…» (nota 43 *supra*), págs. 548 y 549.

[430] Véanse las declaraciones de los Sres. Verdross y Castrén en la 860ª sesión de la Comisión, *Anuario… 1966*, vol. I, parte II, pág. 128, párrs. 58 y 59.

[431] *Reservations to the Convention on Genocide* (véase la nota 326 *supra*).

[432] Véase una exposición y un examen recientes en el décimo informe sobre las reservas a los tratados del Relator Especial Alain Pellet (A/CN.4/558 y Add.1 y 2) (nota 402 *supra*). Véanse también I. Buffard y K. Zemanek, «The "object and purpose" of a treaty: an enigma?», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3, núm. 3 (1998), págs. 311 a 343, y J. Klabbers, «Some problems regarding the object and purpose of treaties», *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. 8 (1997), págs. 138 a 160.

[433] Véase el artículo 55 (artículo 58 de la Convención de Viena de 1969) del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, y su comentario, *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, págs. 275 y 276.

más amplios, son positivos desde el punto de vista de las demás partes[434]. El acuerdo *inter se* se puede considerar una ampliación del tratado, enteramente en armonía con su espíritu y con su objeto y fin.

311. Sin embargo, en el caso de obligaciones que no se pueden descomponer en relaciones bilaterales, es más fácil que el acuerdo *inter se* se entienda como un acuerdo contrario al objeto y al fin del tratado. Durante los debates en el seno de la Comisión, se caracterizó a los tratados no recíprocos en función de la naturaleza «absoluta», «integral» o «interdependiente» de las obligaciones que imponen[435]. Aunque no se acabó utilizando en el artículo 41 ninguno de estos términos («absoluto», «integral», «interdependiente»), hay amplio acuerdo en que no todos los tratados tienen igual carácter a ese respecto. Así, por ejemplo, el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 enuncia una norma general al invocar la violación «si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado». De igual modo, en el inciso ii) del apartado *b* del artículo 42 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión en 2001, se hace referencia a lo que en el comentario se llama «obligaciones interdependientes», a saber, obligaciones cuya violación «es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación»[436].

312. No hay duda de que la distinción entre los dos grupos de tratados es pertinente. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 son ejemplos de tratados que contienen obligaciones esencialmente recíprocas. Las partes pueden libremente hacer una excepción a esas obligaciones en sus relaciones *inter se*. No sucede así en relación con un tratado de desarme, por ejemplo, en el cual el cumplimiento por una parte de sus obligaciones es un requisito previo indispensable para el cumplimiento de sus obligaciones por las demás partes. Una violación por una parte constituye de hecho una violación en relación con todas las demás partes[437]. A su vez, una convención de derechos humanos es un tratado absoluto o «integral». Las obligaciones que imponen son independientes de cualquier expectativa de reciprocidad o de cumplimiento por las otras partes de sus obligaciones.

313. Son ante todo los acuerdos *inter se* que modifican tratados que contienen obligaciones no recíprocas de esta clase (es decir, «integrales», «interdependientes» o «absolutas») los que probablemente afectan a la consecución del objeto y del fin de los tratados y quedan pues prohibidos en el inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 41 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, seguirá existiendo la cuestión del procedimiento para la determinación de la «incompatibilidad». Según la regla general sentada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, cada Estado determinará por sí solo si una reserva formulada por un Estado es compatible con el objeto y el fin del tratado y decide el curso que dará a esa reserva[438]. Se deja la cuestión a la estimación de las partes, aunque el ejercicio de esa estimación queda naturalmente sujeto al deber de buena fe[439]. Nada indica que la situación sea diferente en lo que respecta a los acuerdos *inter se*: toda parte en un tratado multilateral tiene la libertad de oponerse a la celebración de un acuerdo *inter se* alegando que el acuerdo frustrará probablemente la consecución del objeto y el fin del tratado[440].

c) *Otras situaciones*

314. Se pueden dar naturalmente situaciones en las que los redactores de un tratado multilateral, motivados por el deseo de mantener y consolidar las reglas que éste establece, pueden insertar cláusulas que prohíban a las partes concertar acuerdos que deroguen tales reglas o que garanticen la primacía de la regla contenida en el tratado multilateral sobre una regla contenida en un acuerdo especial, estableciendo así una jerarquía entre normas de tratado. Como ejemplo cabe citar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. El párrafo 6 del artículo 311 de esta Convención dice así: «Los Estados Partes convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad establecido en el artículo 136 y en que no serán partes en ningún acuerdo contrario a ese principio»[441].

315. Otra cláusula para regular el conflicto puede permitir a las partes celebrar acuerdos *inter se* siempre que éstos no contravengan las reglas establecidas en el propio tratado. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 19 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial enmendado en 1979. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los tratados no contienen cláusulas que permitan o prohíban los acuerdos *inter se*. En ese caso,

---

[434] Véase, por ejemplo, el tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Gerald Fitzmaurice (A/CN.4/115) (nota 139 *supra*), págs. 46 a 48, párrs. 88 y 89.

[435] Véase, en general, ibíd., págs. 44 a 48, párrs. 77 a 94; *Anuario… 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 182, párr. 10; tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (nota 323 *supra*), págs. 37 y 38, párr. 17. Véanse también los párrafos 109 y 262 *supra*.

[436] Véase el comentario al artículo 42 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (especialmente párr. 13), *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 127. Los ejemplos mencionados son los de «un tratado de desarme, un tratado sobre una zona libre de armas nucleares, o cualquier otro tratado en el que el cumplimiento por cada una de las partes está condicionado efectivamente por el cumplimiento de las demás y lo requiere».

[437] Véase el ejemplo en *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, pág. 279, párr. 8. Véase también el comentario al inciso ii) del apartado *b* del artículo 42 del proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (especialmente párr. 13), *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 127.

[438] *Reservations to the Convention on Genocide* (véase la nota 326 *supra*), pág. 26.

[439] Véase Reuter, *Introduction au droit des traités*, 2ª ed. rev. (nota 75 *supra*), págs. 74 y 75.

[440] Véase D. N. Hutchinson, «Solidarity and breaches of multilateral treaties», *British Year Book of International Law 1988*, vol. 59, pág. 190.

[441] Véase también el comentario al párrafo 6 del artículo 311 en M. H. Nordquist (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. V, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 241 y ss.

habrá que determinar qué facultad tienen las partes para celebrar esta clase de acuerdos con arreglo a los criterios del artículo 41, cuya esencia consiste en admitir la modificación cuando ello no menoscabe la unidad o la eficacia del régimen del tratado y en la medida en que no lo haga.

2. Notificación a las demás partes y su reacción

316. Según el párrafo 2 del artículo 41 de la Convención de Viena de 1969, es necesario notificar el acuerdo *inter se* a las demás partes y la notificación deberá efectuarse con tiempo suficiente para que esas partes puedan reaccionar[442]. En 1964, la Comisión opinaba que se debía notificar cada propuesta de celebración de un acuerdo *inter se*, pero más tarde, a raíz de las observaciones del Gobierno de los Países Bajos, decidió que se debía notificar a las otras partes cada intención de concertar un acuerdo *inter se*, salvo en el caso de que el propio tratado previera la posibilidad de concertar esos acuerdos[443]. En este último caso, el tratado puede exigir la notificación de un acuerdo *inter se* y de su terminación. Por ejemplo, el Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de dicha Custodia, de 20 de mayo de 1980, dispone en el párrafo 2 de su artículo 20 que cuando dos o más Estados contratantes hayan establecido por cualquier medio, incluido un acuerdo *inter se*, un sistema particular de reconocimiento o de ejecución de las resoluciones dictadas en la materia, estarán facultados para aplicar entre ellos ese sistema en lugar del Convenio o de cualquier parte del mismo. Las partes en el Convenio que deseen tomar esta disposición deberán notificar «su decisión al Secretario General del Consejo de Europa» y «habrán de notificar igualmente cualquier modificación o revocación de la misma».

317. En el párrafo 2 del artículo 41 se dispone que las partes que deseen celebrar un acuerdo *inter se* («las partes interesadas») deberán notificar a las demás partes su intención. Aunque puede proceder a la notificación una de las «partes interesadas», se puede especificar en un tratado que la notificación se deberá efectuar por conducto del depositario del tratado[444]. Aunque en general efectúen la notificación los Estados o los depositarios de tratados, existen en la práctica casos en los que se considera hecha la notificación cuando la intención de modificar el tratado resulta evidente para todos por el objeto mismo del acuerdo *inter se*.

318. Para que la notificación proteja los intereses de las demás partes, éstas deben recibirla a tiempo. Algunos miembros de la Comisión opinaban que se debía informar inmediatamente a las demás partes de que se tenía la intención de celebrar un acuerdo *inter se*[445]. Otros estimaban que, aparte de la dificultad de comunicar una intención, la información se debía dar una vez celebrado y publicado el acuerdo[446]. La Comisión decidió que había que dar tiempo a las partes para reaccionar, lo que solo sucedería si se les comunicaban propuestas concretas; de ahí la formulación del párrafo 2, a saber, que deberá informarse a las demás partes de «la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga». En otras palabras, la notificación se debe hacer en una fase relativamente avanzada de la negociación del acuerdo *inter se*, pero suficientemente antes de su celebración para permitir una reacción válida.

3. Consecuencias de la violación del tratado multilateral por las partes en un acuerdo *inter se*

319. El texto del artículo 41 deja dos cuestiones sin respuesta. La primera es la del efecto jurídico que tendría la celebración de un acuerdo *inter se* en violación del párrafo 1 del artículo 41 cuando constituyese una violación grave del tratado; la segunda es la del efecto jurídico de una oposición manifestada después de hecha la notificación conforme al párrafo 2 del artículo 41[447]. Sin embargo, parece evidente que el acuerdo *inter se* celebrado en violación del acuerdo original no resulta por ello invalidado. Parecería seguirse de las consideraciones expuestas sobre un conflicto entre tratados cuyas partes no son idénticas que las consecuencias que ello acarreará deberán depender de una interpretación del tratado original. Además, las consecuencias de la violación de un tratado se tratan en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969 y en el régimen de la responsabilidad de los Estados. No es éste el lugar para abordar esas cuestiones. No obstante, procede formular dos comentarios. En primer lugar, la terminación o suspensión colectiva del tratado original puede tener lugar por acuerdo unánime de las partes en ese tratado que no son partes en la modificación, si ésta constituye una violación grave, es decir, si se aplica a una disposición esencial para su ejecución. En segundo lugar, la decisión individual de suspender la aplicación de un tratado en todo o en parte se admite en dos casos. La parte especialmente perjudicada por la modificación (ilegal) podrá suspender la aplicación del tratado en sus relaciones con las partes en el acuerdo *inter se* y, cuando la modificación constituya una violación grave y cambie radicalmente la situación de cada una de las partes con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones nacidas del tratado, cualquiera de las partes interesadas podrá también suspender la aplicación del tratado en relación con ella misma[448].

4. Conclusión sobre los acuerdos sucesivos

320. El derecho en materia de conflictos entre acuerdos sucesivos se funda en gran parte en presunciones sobre

[442] Esta disposición era, en el momento de su adopción, un ejemplo de evolución progresiva del derecho internacional más bien que de codificación. Véase la declaración de Sir Humphrey Waldock en la 764ª sesión de la Comisión, *Anuario… 1964*, vol. I, pág. 283, párr. 102. Corrobora esta opinión el hecho de que, cuando la Comisión examinó la notificación, algunos miembros opinaron que ésta solo era necesaria en caso de acuerdos *inter se* no previstos en un tratado multilateral, mientras que otros la consideraron necesaria solamente en el caso de un tratado multilateral celebrado entre un pequeño número de Estados. Véanse las intervenciones del Sr. Ago en la 754ª sesión de la Comisión, celebrada el 29 de junio de 1964, ibíd., págs. 212 y 213, párr. 85, y del Sr. Tunkin en la 764ª sesión de la Comisión, ibíd., pág. 283, párr. 97.

[443] Véase el sexto informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/186 y Add.1 a 7) (nota 34 *supra*), pág. 95, párr. 3.

[444] Véase el comentario al párrafo 4 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 en Nordquist (ed.) (nota 441 *supra*), pág. 240.

[445] Véase la versión del proyecto de artículo 67 (futuro artículo 41) propuesta por Sir Humphrey Waldock en la 860ª sesión de la Comisión, *Anuario… 1966*, vol. I, parte II, pág. 126.

[446] Véase la intervención del Sr. Reuter en la 754ª sesión de la Comisión, *Anuario… 1964*, vol. I, pág. 210, párr. 51.

[447] Véase la intervención del Sr. Briggs en la 860ª sesión de la Comisión, *Anuario… 1996*, vol. I, parte II, pág. 129, párrs. 71 a 73.

[448] Párrafo 2 del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. Véase también, por ejemplo, Reuter, *Introduction au droit des traités*, 2ª ed. rev. (nota 75 *supra*), págs. 161 y 162.

la intención de la parte y sobre el objeto y el fin de los tratados. La solución de los conflictos está en este caso inextricablemente vinculada con la interpretación de los tratados. Ni el tratado anterior ni el tratado posterior gozan de una preferencia automática. Ha quedado ya claramente establecido que, en los casos de conflicto, el problema no es la validez sino la prioridad relativa de los tratados. Este criterio se refleja también en el artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 que, aunque codifica en gran parte una práctica anterior variable, deja sin respuesta algunas de las cuestiones más espinosas. Por ejemplo, es claramente insatisfactorio que la parte que haya celebrado un acuerdo incompatible tenga derecho a elegir qué acuerdo cumplirá y cuáles de sus partes tendrán que contentarse con la responsabilidad de los Estados.

321. La Convención de Viena tampoco resuelve la cuestión de los tipos especiales de tratados que podrían gozar de prioridad a causa de su naturaleza. Aunque Lauterpacht y Fitzmaurice estimaron ambos que había razones para dar por supuesta la existencia de esas categorías —los tratados que el último calificó de «integrales» o «interdependientes»—, el artículo 30 se abstiene de mencionarlas, quizás porque Waldock dio por supuesto (erróneamente) que la disposición sobre el *jus cogens* resolvería el problema. En todo caso, ello no concuerda con una parte de la práctica en materia de tratados de derechos humanos. Sin embargo, los límites que impone el artículo 41 a la modificación *inter se* —límites que se aplican también en virtud del párrafo 5 del artículo 30 a otros tratados posteriores y que puede tener también cierta relevancia (como antes se dijo) en el examen de las cláusulas de desconexión— recogen en parte este debate.

322. La facultad de generar acuerdos *inter se* es un medio importante y generalmente aceptado, gracias al cual un limitado número de partes en un tratado pueden tratar de garantizar la aplicación más adecuada y efectiva del tratado original entre sí mismas. No obstante, el artículo 41 de la Convención limita también la facultad de celebrar acuerdos *inter se*, especialmente porque ello iría demasiado estrictamente en contra del objeto y del fin del tratado original.

323. Una gran parte del derecho admite una regulación especial mediante la adopción de cláusulas precisas para resolver los conflictos. En la práctica, sin embargo, los Estados se han resistido a menudo a establecer por este medio una jerarquía clara. El paso a la «coordinación» en la aplicación de varios tratados puede parecer una medida práctica, especialmente cuando los tratados forman parte de lo que se ha llamado un «régimen», es decir, cuando están institucionalmente vinculados y tienen por objeto la consecución de objetivos paralelos. Sin embargo, esa coordinación es problemática entre distintos regímenes, es decir, cuando el enfoque «legislativo» del conflicto entre tratados parece menos pertinente. Éstas son también las situaciones en que el principio de la *lex posterior* encuentra menos aplicación. En estos casos, se debe hacer hincapié en garantizar los derechos establecidos en las correspondientes convenciones. Si un derecho queda invalidado por la incompatibilidad con el otro tratado, deberá entrar en juego la responsabilidad de los Estados. No es seguro que sea realista esperar que así suceda en la «gestión» de tratados propia de los regímenes. Para la solución de conflictos entre varios regímenes e incluso dentro del mismo régimen cuando los tratados hayan creado derechos claramente especificados (subjetivos), la mejor solución parecería ser el recurso a los órganos generales encargados de la solución de diferencias.

Capítulo IV

Relaciones de importancia: el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* como conflicto de normas

324. Gran parte de la preocupación por la fragmentación del derecho internacional proviene de la conciencia del carácter «horizontal» del sistema jurídico internacional. Las normas y principios del derecho internacional no guardan una relación jerárquica entre ellas y las diferentes fuentes (tratados, costumbres, principios generales del derecho) tampoco están graduadas en orden general de prioridad. Se trata de una diferencia esencial entre el sistema jurídico interno y el sistema jurídico internacional. En tanto que derecho interno está organizado de una forma estrictamente jerárquica, en el que la constitución regula el funcionamiento del sistema al más alto nivel, en derecho internacional no existe tal constitución formal y, por consiguiente, no hay un orden *general* de preferencia entre las normas jurídicas internacionales.

325. No obstante, esto nunca ha significado que, en determinados casos, no se pueda decidir sobre un orden de preferencia entre normas en conflicto. En los capítulos anteriores hemos visto cómo las relaciones de especialidad frente a los de generalidad y las de sucesión temporal a veces se utilizan como criterio sobre cuya base una norma puede preferirse a otra. Ahora bien, también vimos cómo el funcionamiento de esas relaciones no puede determinarse en abstracto. La aplicabilidad de la *lex specialis* sobre la *lex posterior* dependía de una evaluación previa de la pertinencia de un criterio determinado. Esto reflejaba el sentido pragmático de que algunos criterios, en determinados contextos, son más importantes que otros: por ejemplo, porque garantizan mejor intereses importantes o protegen valores importantes.

326. Nunca se ha dudado de que, en derecho internacional, algunas consideraciones son más importantes que otras y deben reconocerse jurídicamente en cuanto tales, aunque la manera en que pueda expresarse esa noción de importancia ha sido objeto de eternas polémicas doctrinales. Aquí no se pretende adoptar una posición sobre esa polémica, por ejemplo: sobre el papel del derecho natural o de la justicia política en derecho internacional o sobre si el derecho internacional se encuentra en un proceso de «constitucionalización» y en qué medida lo está. Independientemente de la dificultad de encontrar una terminología general que exprese la función de la noción de

importancia en normas particulares, la práctica del derecho internacional siempre ha reconocido la presencia de algunas normas que son superiores a otras y a las que, por tanto, debe darse efecto. No carece de importancia que la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Canal de Corfú* (1949) limitara la soberanía de los Estados por lo que denominó las «consideraciones elementales de humanidad»[449], y en el asunto de la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* se resume la existencia de «principios inviolables del derecho internacional consuetudinario»[450] sin que esto haya suscitado objeciones fundamentales.

327. Hay una práctica importante que da efecto a la noción oficiosa de que algunas normas son más importantes que otras y que, en los casos de conflicto, debería darse efecto a esas normas importantes. A falta de una teoría general sobre el fundamento de esta noción de importancia, la práctica ha generado una terminología que da expresión a algo parecido a una jerarquía oficiosa del derecho internacional. El presente capítulo se ocupa de tres aspectos de esa terminología, a saber, el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, las nociones de normas imperativas (*jus cogens*) y las obligaciones *erga omnes*.

A. Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas

328. Ya el Pacto de la Sociedad de las Naciones contenía una disposición que indicaba que el propio Pacto era un «derecho superior» respecto de otras obligaciones internacionales[451]. El artículo 20 del Pacto estaba redactado como sigue:

> Los Miembros de la Sociedad reconocen, cada uno en lo que le atañe, que el presente Pacto deroga cualesquiera obligaciones o inteligencias *inter se* incompatibles con sus términos y se comprometen solemnemente a no contraer otros análogos en lo sucesivo.
>
> Si antes de su entrada en la Sociedad algún Miembro hubiere asumido obligaciones incompatibles con el presente Pacto, deberá tomar inmediatamente las medidas necesarias para desligarse de tales obligaciones.

329. Esta disposición fue el punto de partida de la redacción del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. En San Francisco ya había un acuerdo general de que las obligaciones establecidas en la Carta deberían prevalecer sobre los demás compromisos convencionales de los Miembros[452]. Tras pequeños desacuerdos sobre la formulación de este principio, el texto actual fue adoptado por unanimidad y dice lo siguiente:

> En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

330. A diferencia del Pacto, el Artículo 103 hace extensiva la prioridad de las disposiciones de la Carta también a los futuros acuerdos de los Miembros, así como a sus acuerdos con los Estados no miembros de las Naciones Unidas.

1. ¿Cuáles son las obligaciones que prevalecen?

331. El Artículo 103 no dice que la *Carta* prevalece, sino que hace referencia a las *obligaciones impuestas por la presente Carta*. Aparte de los derechos y obligaciones previstos en la propia Carta, esto comprende también los deberes basados en decisiones vinculantes de órganos de las Naciones Unidas. El caso más importante es el del Artículo 25, que obliga a los Estados Miembros a aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta. Aun cuando en la Carta no se especifica expresamente la primacía de las decisiones del Consejo de Seguridad en virtud del Artículo 103, ha sido ampliamente aceptada tanto en la práctica como en la doctrina[453]. A veces se ha planteado la cuestión de si también las resoluciones del Consejo adoptadas *ultra vires* prevalecen en virtud del Artículo 103[454]. Dado que las obligaciones de los Estados Miembros de las Naciones Unidas solo pueden dimanar de aquellas resoluciones que se adopten dentro de los límites de sus atribuciones, las decisiones *ultra vires* no generan ninguna obligación para empezar. Por tanto, no existe conflicto. La cuestión es similar en lo que respecta a las resoluciones no vinculantes adoptadas por órganos de las Naciones Unidas, incluido el Consejo de Seguridad. Éstas no están amparadas por el Artículo 103[455].

332. Por último, el Consejo de Seguridad a menudo indica que sus resoluciones prevalecen no solo sobre otras obligaciones internacionales sino también sobre los contratos de derecho privado, las licencias, los permisos y estipulaciones análogas[456]. En principio, no es inquietante

---

[449] *Corfu Channel*, fallo de 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22.

[450] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 122 *supra*), pág. 257, párr. 79.

[451] Véase especialmente H. Lauterpacht, «The Covenant as the "higher law"», *British Year Book of International Law 1936*, vol. 17, págs. 54 a 65.

[452] R. Bernhardt, «Article 103», en B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2ª ed., vol. II, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pág. 1293.

[453] Para usar las palabras de Bernhardt, «[e]n la medida en que los miembros de las Naciones Unidas están obligados por el Artículo 25 a "aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta", también están obligados, en virtud del Artículo 103, a dar prioridad a esas obligaciones sobre cualesquiera otros compromisos», ibíd., págs. 1295 y 1296. Véanse también, por ejemplo, Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international…» (nota 14 *supra*), pág. 240; y Zemanek, «The legal foundations of the international system…» (nota 31 *supra*), pág. 230. Una opinión diferente puede verse en D. Bowett, «The impact of Security Council decisions on dispute settlement procedures», EJIL, vol. 5 (1994) pág. 92: «[u]na decisión del Consejo *no* es una obligación convencional. La obligación de cumplirla quizá, pero la decisión *per se* no lo es».

[454] S. Lamb, «Legal limits to United Nations Security Council powers», en G. S. Goodwin-Gill y S. Talmon (eds.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pág. 361; E. De Wet, *The Chapter VII powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Hart, 2004; N. Blokker, «Is the authorization authorized? Powers and practice of the UN Security Council to authorize the use of force by "coalitions of the able and willing"», EJIL, vol. 11, núm. 3 (2000), pág. 541; G. Nolte, «The limits of the Security Council's powers and its functions in the international legal system: some reflections», en M. Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pág. 315.

[455] Un análisis del tema puede verse en R. Kolb, «Does Article 103 of the Charter of the United Nations apply only to decisions or also to authorizations adopted by the Security Council?», *Zeitschrift für auslandisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 64 (2004), pág. 21.

[456] Véanse, por ejemplo, las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad: 1160 (1998), 1127 (1997), 1173 (1998), 1267 (1999) y 1298 (2000).

considerar los acuerdos entre Estados sujetos al derecho interno como acuerdos internacionales para los fines de este estudio. Pero en lo que respecta al efecto de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre instrumentos de derecho privado estricto, debe presumirse que no quedan automáticamente invalidados sino que incumbe a los Estados la obligación de no dar efecto a esos contratos. Esto puede plantear cuestiones difíciles de responsabilidad e indemnización por incumplimiento del contrato, pero no es necesario aquí entrar en ese tipo de problemas.

2. ¿Qué significa que una obligación prevalece sobre otra?

333. ¿Qué sucede con la obligación sobre la que el Artículo 103 establece precedencia? La mayoría de los comentaristas convienen en que no se trata de una cuestión de validez sino de prioridad. La norma de rango inferior se deja simplemente de lado en la medida en que sea contraria a la obligación establecida en el Artículo 103[457]. Así veía la cuestión Waldock durante los debates de la Comisión sobre el artículo 30 de la Convención de Viena de 1969: «lo que el Artículo 103 enuncia claramente es la *primacía** de la Carta, no la *nulidad** de los tratados que están en conflicto con ella»[458].

334. Unos pocos autores han adoptado una opinión más extensiva de los efectos del Artículo 103, a saber: la invalidez del tratado o la obligación que estén en oposición, sobre la base de considerar a la Carta como una «constitución»[459]. Del texto del Artículo 103 no puede deducirse una respuesta tajante a esta cuestión (¿prioridad o invalidez?). Sin embargo, la palabra «prevalecer» no significa gramaticalmente que la disposición de rango inferior resulte automáticamente nula de pleno derecho o quede en suspenso. Al Estado simplemente se le prohíbe cumplir una obligación resultante de la otra norma. El Artículo 103 dice literalmente que, en caso de conflicto, el Estado de que se trate deberá cumplir la obligación establecida en la Carta y cumplir los deberes que le impongan otros acuerdos en la medida en que sean compatibles con las obligaciones establecidas en la Carta[460]. Esto está también en consonancia con los materiales de redacción de la Carta, que dicen que:

> bastaría con que un conflicto surgiera del cumplimiento de una obligación establecida en la Carta. Carece de importancia que el conflicto surja a causa de la incompatibilidad intrínseca entre las dos categorías de obligaciones o como consecuencia de la aplicación de las disposiciones de la Carta en determinadas circunstancias[461].

335. Un conflicto entre una obligación establecida en la Carta y alguna otra obligación puede surgir de una manera puramente casual. Esto es lo que sucedió con el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil en el asunto *Lockerbie*, por ejemplo[462]. Es difícil imaginar que los redactores pudieran haber pretendido que un conflicto de esa naturaleza hiciera nulo de pleno derecho el tratado en conflicto, es decir, en el asunto *Lockerbie* todo el Convenio. Esto no tendría sentido. Desde una perspectiva teleológica es más razonable considerar el Artículo 103 como un medio para garantizar que las obligaciones establecidas en la Carta se cumplan efectivamente no para derogar otros regímenes convencionales por incidental que sea el conflicto.

336. En otro caso reciente, el Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido dictó sentencia afirmando la superioridad de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre las obligaciones del Reino Unido en materia de derechos humanos[463]. El demandante, que tenía doble nacionalidad iraquí y británica, había sido detenido por fuerzas británicas en el Iraq durante diez meses sin imputación de delitos. Afirmaba que su detención quebrantaba sus derechos en virtud de la Ley de derechos humanos de 1998. Desde el punto de vista del conflicto de normas, la sentencia es particularmente relevante en dos aspectos. En primer lugar, el Tribunal examinó la legalidad de la detención del demandante en el marco de lo que él denominaba el «marco de la normativa internacional de derechos humanos»[464]. No obstante, el Tribunal consideró la detención en sí como una medida de derechos humanos en la medida en que le permitía soslayar la cuestión del conflicto:

> El Consejo de Seguridad, cuya responsabilidad primaria es la de mantener la paz y la seguridad internacionales, ha determinado que se requiere una fuerza multinacional. Su objetivo es restablecer la seguridad, ya que proporcionará protección efectiva de los derechos humanos de las personas que viven en el Iraq. Aquellos que opten por ayudar al Consejo de Seguridad en ese fin están autorizados a adoptar las medidas que sean necesarias, inclusive la detención, para lograrlo[465].

337. No obstante, el Tribunal agregó que existía también una jerarquía:

> a los efectos de restablecer y mantener la paz y la seguridad sin las cuales no puede haber derechos humanos en el Iraq, el Consejo de Seguridad ha autorizado esa detención por ser necesaria por razones imperativas de seguridad de conformidad con el artículo 78 del Cuarto Convenio de Ginebra[466].

---

[457] Véanse, por ejemplo, Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international…» (nota 14 *supra*), pág. 243; y Zemanek, «The legal foundations of the international system…» (nota 31 *supra*), pág. 230.

[458] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (véase la nota 323 *supra*), pág. 35, párrafo 8 del comentario del proyecto de artículo 65.

[459] Véase Bernhardt, «Article 103» (nota 452 *supra*), pág. 1297. Otro comentarista ha sostenido que los conflictos entre obligaciones establecidas por tratados con las obligaciones establecidas por la Carta conducen al mismo resultado que los conflictos con el *jus cogens*: la invalidez. Véase B. Fassbender, «The United Nations Charter as Constitution of the international community», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998), pág. 590. Véase también McNair (nota 58 *supra*), pág. 217.

[460] Véanse también E. Sciso, «On Article 103 of the Charter of the United Nations in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 38 (1987), págs. 169 y 170; y P.-M. Dupuy, «The constitutional dimension of the Charter of the United Nations revisited», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1 (1997), págs. 13 a 15. Goodrich y Hambro llegan a la conclusión de que «ha de señalarse que este Artículo [103] no prevé una derogación automática de las obligaciones incompatibles con los términos de la Carta. La norma se enuncia de tal forma que solo se aplica cuando hay efectivamente un conflicto» (L. M. Goodrich y E. Hambro, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 2ª ed. rev., Londres, Stevens and Sons, 1949, pág. 519).

[461] Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, Report of the Rapporteur of Commitee IV/2, documento 933, IV/2/42 (2) (*Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945, vol. XIII, págs. 707 y 708), citado en Goodrich y Hambro (nota 460 *supra*), pág. 519.

[462] Véase la sección A.4 *infra*, especialmente el asunto *Lockerbie*.

[463] *The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, sentencia de 12 de agosto de 2005, núm. CO/3673/2005, [2005] EWHC 1809 (Admin).

[464] Ibíd., véanse los párrafos 94 y ss. de la sentencia.

[465] Ibíd., párr. 104.

[466] Ibíd., párr. 108.

Merece la pena señalar que al «examinar la legalidad de la detención», el Tribunal nunca abordó la cuestión de un posible *jus cogens*[467].

338. En segundo lugar, el Tribunal, al examinar la relación entre la Carta de las Naciones Unidas y todas las demás obligaciones convencionales, llegó a la conclusión de que el Artículo 103 de la Carta abarca también las resoluciones del Consejo de Seguridad y que las medidas adoptadas en cumplimiento de ellas prevalecen sobre otras obligaciones convencionales, incluso las de derechos humanos, tales como las que dimanan del Convenio Europeo de Derechos Humanos[468]. Por tanto, el Tribunal declaró que no se habían infringido los derechos del demandante.

339. Por último, la primacía del Artículo 103 se menciona expresamente en el párrafo 1 del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969:

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

340. Esta disposición tiene carácter informativo. Como se dice en el capítulo III *supra*, el artículo 30, que trata de la aplicación de «tratados sucesivos concernientes a la misma materia», no presume que el tratado soslayado en virtud del mismo sea inválido, sino simplemente puesto de lado a fin de aplicar un tratado de rango superior y en la medida en que esto sea necesario. En realidad, decir esto significa simplemente señalar la manera en que el efecto jerárquico de las obligaciones establecidas en la Carta difiere del *jus cogens*, ya que el conflicto con el *jus cogens* invalida o pone fin a otras normas[469].

3. Casos especiales

a) *Conflictos con tratados entre Estados Miembros y Estados no miembros de las Naciones Unidas*

341. Los conflictos entre obligaciones establecidas por la Carta y los tratados concluidos entre Estados Miembros y Estados no miembros de las Naciones Unidas plantean difíciles cuestiones jurídicas[470]. Para utilizar las palabras de la propia Comisión, «[q]uizá no sea del todo claro el efecto preciso de esa disposición en las relaciones entre los Miembros de las Naciones Unidas y los Estados no miembros»[471]. En efecto, el texto del Artículo 103 no distingue entre las obligaciones asumidas entre Estados Miembros de las Naciones Unidas y las obligaciones para con los Estados no miembros. En la medida en que se considere la Carta un documento «constitucional» naturalmente no hay problema. Por ejemplo, Bernhardt resuelve la cuestión de una manera sencilla:

> Hay buenas razones para suponer que los tratados celebrados con terceros Estados que estén en contradicción clara o al menos aparente con la Carta no solo no son aplicables, sino que además son inválidos respecto de esos Estados. La Carta se ha convertido en la «constitución» de la comunidad internacional y los terceros Estados, en sus relaciones convencionales y de otra índole, deben respetar las obligaciones que la Carta impone a los Miembros de las Naciones Unidas[472].

342. En el mismo sentido, Goodrich y Hambro escribieron en su temprano comentario a la Carta:

> La Carta […] adquiere el carácter de norma fundamental de la comunidad internacional. Los Estados no miembros, aunque no la han aceptado formalmente, se considera que están obligados a reconocer este derecho como uno de los hechos de la vía internacional y ajustarse al mismo[473].

343. No obstante, queda el caso de los Estados no miembros que no están obligados formalmente por la Carta, que para ellos sigue siendo *res inter alios acta*[474]. En circunstancias normales, los Estados Miembros no deberían poder eximirse del deber de cumplir sus obligaciones convencionales para con los Estados no miembros invocando el Artículo 103[475]. No obstante, una firme opinión doctrinal tiende a afirmar, al menos respecto de los Miembros de las Naciones Unidas, la absoluta primacía de las obligaciones establecidas por la Carta sobre las obligaciones en conflicto con Estados no miembros de las Naciones Unidas[476]. Esto quizá pueda justificarse mediante referencia al párrafo 1 del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 que puede interpretarse como una aceptación por las partes en la Convención de Viena de la preminencia de la Carta[477]. En cualquier caso, esto deja abierta toda responsabilidad que se produzca respecto de Estados no miembros como resultado de la aplicación del Artículo 103.

b) *Conflictos o normas de derecho internacional consuetudinario de carácter no imperativo*

344. El texto del Artículo 103, cuando dice «obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional» implica que esa disposición se refiere solo a las

---

[467] No obstante, al Sr. Al Jedda se le concedió autorización para apelar y la causa fue vista por el Tribunal de Apelación en enero de 2006.

[468] Párrafo 112 de la sentencia dictada en el asunto *The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* (nota 463 *supra*).

[469] También se ha afirmado que «[u]na clara solución del problema de las obligaciones en oposición parece posible cuando una disposición de la Carta refleja una norma de *jus cogens*. En este caso, las obligaciones en oposición son y resultan inválidas» (Bernhardt, «Artículo 103» (nota 452 *supra*), pág. 1298). No obstante, la fuente de la invalidez en esa situación no es la Carta de las Naciones Unidas, sino la norma que establece que todos los acuerdos incompatibles con el *jus cogens* son inválidos.

[470] Es cierto que como muy pocos Estados quedan fuera del círculo de Miembros de las Naciones Unidas, estas cuestiones son más teóricas que prácticas.

[471] Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, pág. 235, comentario al proyecto de artículo 26, párr. 3.

[472] Bernhardt, «Article 103» (nota 452 *supra*), pág. 1298. Véase también, por ejemplo, Fassbender (nota 459 *supra*), pág. 532; pero puede verse una opinión diferente en J.-M. Thouvenin, «Article 103», en J.-P. Cot y A. Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3ª ed. rev., París, Economica, 2005, págs. 2136 a 2139 y especialmente pág. 2146: «Por tanto, no puede considerarse en sí mismo como el elemento clave que permite reconocer en la Carta de las Naciones Unidas las virtudes de una constitución de la comunidad internacional».

[473] Goodrich y Hambro (nota 460 *supra*), pág. 519.

[474] Véase el artículo 34 de la Convención de Viena de 1969. Lord McNair confirma también que incluso la Carta de las Naciones Unidas no tiene el poder de hacer que las normas contenidas en la misma sean vinculantes para los Estados no miembros. Véase McNair (nota 58 *supra*), pág. 218.

[475] Un análisis más detallado puede verse en Sciso (nota 460 *supra*), págs. 167 y ss.

[476] Véanse, por ejemplo, Daillier y Pellet, *Droit international public* (nota 74 *supra*); Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international…» (nota 14 *supra*), pág. 241; A. L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, Múnich, Beck, 2001, pág. 113.

[477] En la medida en que la Convención de Viena de 1969 codifica el derecho internacional consuetudinario también es pertinente para estos efectos.

obligaciones convencionales. No obstante, las opiniones sobre si también está incluido el derecho consuetudinario también están divididas. Durante la redacción de la Carta, una fórmula según la cual todas las demás obligaciones, incluso las resultantes del derecho consuetudinario, habían de quedar sustituidas por la Carta finalmente se omitió del texto final[478]. Esto apunta a la conclusión de que, al menos para los redactores, el Artículo 103 comprendía solo otros tratados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de la ulterior evolución del derecho. En efecto, al menos aquellos que sostienen el carácter «constitucional» afirman que el Artículo 103 se extiende también al derecho consuetudinario que esté en conflicto con la Carta:

> No sería correcto suponer que las obligaciones establecidas en la Carta no prevalecen también en relación con las demás obligaciones [incluidas las basadas en el derecho consuetudinario]. El Artículo 103 debe interpretarse en relación con el Artículo 25 y con el carácter de la Carta como documento básico y «constitución» de la comunidad internacional. Por tanto, las ideas en que se basa el Artículo 103 son también válidas en caso de conflicto entre las obligaciones de la Carta y las obligaciones distintas de las contenidas en tratados[479].

345. Aunque algunos han apoyado esta opinión[480], otros han dudado de que el Artículo 103 ponga a la Carta por encima del derecho consuetudinario[481]. Quizá dos consideraciones sean relevantes a este respecto. Primera, una interpretación literal arroja un resultado claro. Por extensivamente que se interprete el término «acuerdos internacionales» no comprende la costumbre internacional. Segunda, como se señaló antes en el capítulo II el derecho consuetudinario, como *lex generalis*, cede el paso normalmente a los tratados como *leges speciales*, incluidos, cabría suponer, los tratados por los que se establece una organización internacional como las Naciones Unidas. Sea como fuere, la práctica del Consejo de Seguridad se ha basado constantemente en el entendimiento de que las resoluciones del Consejo de Seguridad anulan el derecho consuetudinario en contrario. Como el Consejo de Seguridad es una creación de la Carta, sería extraño que el efecto prevaleciente de las resoluciones del Consejo de Seguridad no se extendiera a la propia Carta. Por tanto, parece lógico sumarse a la opinión dominante de que el Artículo 103 debe interpretarse de manera extensiva, y afirmar que las obligaciones establecidas por la Carta prevalecen también sobre las obligaciones de derecho consuetudinario de los Estados Miembros de las Naciones Unidas[482].

c) *Conflictos con normas de* jus cogens

346. Si los Estados Miembros de las Naciones Unidas no pueden concertar acuerdos válidos en discordancia con el *jus cogens*, tampoco deben poder conferir a una organización internacional atribuciones que vayan contra las normas imperativas. Por tanto, tanto la doctrina como la práctica confirman inequívocamente que los conflictos entre la Carta de las Naciones Unidas y las normas de *jus cogens* no producen la preeminencia de las obligaciones establecidas en la Carta sino su invalidez[483]. En ese sentido, la Carta de las Naciones Unidas es un acuerdo internacional como cualquier otro tratado. Esto es particularmente relevante en relación con las resoluciones del Consejo de Seguridad, que más de una vez han sido acusadas de ir contra las normas imperativas[484].

347. Esta cuestión se planteó en septiembre de 2005 en el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas[485]. Los asuntos concernían a la congelación de activos de personas y entidades sospechosas de mantener relaciones con los terroristas, según el Consejo de la Unión Europea, sobre la base de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad. El Tribunal decidió que la Comunidad Europea era competente para ordenar las medidas. En su mayoría, caen fuera del ámbito del examen judicial. La sentencia es digna de estudio en dos aspectos.

348. En primer lugar, el Tribunal declaró que, según el derecho internacional, las obligaciones de los Estados Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta prevalecen sobre cualesquiera otras obligaciones, incluidas las establecidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Esta preeminencia se extendía a las decisiones del Consejo de Seguridad:

> las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas no están sometidas en principio al control jurisdiccional del Tribunal de Primera Instancia y […] este no se encuentra autorizado a cuestionar, ni siquiera de modo incidental, la legalidad de las mismas desde el punto de vista del derecho comunitario. Por el contrario, el Tribunal de Primera Instancia está obligado a interpretar y aplicar dicho derecho, en la medida de lo posible, de tal modo que sea compatible con las obligaciones que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados Miembros[486].

---

[478] J. Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'ONU: étude théorique de la coercition non militaire*, París, Pedone, 1974, pág. 282. Un comentario temprano de la Carta confirma también que la posibilidad de la preeminencia de las obligaciones de la Carta sobre las obligaciones de derecho consuetudinario no se examinó siquiera como una cuestión que hubiera que resolver. Véase Goodrich y Hambro (nota 460 *supra*), págs. 517 y 518.

[479] Bernhardt, «Article 103» (nota 452 *supra*), nota 447 *supra*, págs. 1298 y 1299.

[480] Véase, por ejemplo, A. Kaczorowska, *Public International Law*, Londres, Old Bailey Press, 2002, pág. 21, donde dice que «varios comentaristas han indicado que esta disposición se aplicaría igualmente al derecho consuetudinario incompatible con la Carta». Por desgracia, no se facilitan referencias.

[481] Véase, por ejemplo, N. D. White y A. Abass, «Countermeasures and sanctions», en M. D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 518, en donde se afirma que «el Artículo 103 confiere a las obligaciones resultantes de la Carta de las Naciones Unidas preeminencia sobre las obligaciones resultantes de cualquier otro tratado internacional, aunque no está claro que esto afecte a los derechos consuetudinarios de los Estados Miembros».

[482] Véase, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, medidas provisionales, providencia de 13 de septiembre de 1993, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 325 y ss., en especial pág. 440, párr. 100 (voto particular del Magistrado Lauterpacht).

[483] Véase, por ejemplo, Fassbender (nota 459 *supra*), págs. 590 y ss.

[484] Véase, por ejemplo, Zemanek, «The legal foundations of the international system…» (nota 31 *supra*), pág. 231 y el capítulo relativo al *jus cogens*.

[485] Sentencias dictadas en dos asuntos: sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 21 de septiembre de 2005 en el asunto T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas*, y en el asunto T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, *Recopilación de Jurisprudencia 2005*, págs. 3533 y 3649, respectivamente.

[486] Asunto T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas*, ibíd., pág. 3626, párr. 276. El Tribunal agregó también que, aunque no es miembro de las Naciones Unidas, la Comunidad debe también considerarse obligada por los deberes dimanantes de la Carta de las Naciones Unidas, lo mismo que lo están sus Estados Miembros, en virtud del Tratado que la establece, ibíd., pág. 3608, párr. 210.

349. Sin embargo, y en segundo lugar, esta preeminencia no era absoluta. En palabras del Tribunal:

El derecho internacional permite considerar, pues, que existe un límite al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad: tales resoluciones deben respetar las normas perentorias fundamentales del *jus cogens*. En caso contrario, por improbable que sea dicho supuesto, no vincularían a los Estados Miembros de las Naciones Unidas ni, por lo tanto, a la Comunidad[487].

350. A continuación en su análisis de la cuestión de si la congelación de los derechos de los demandantes constituía una violación del *jus cogens*, el Tribunal se pronunció en sentido negativo.

4. Aplicación

351. No es sorprendente que el Artículo 103 se haya invocado con más frecuencia en la práctica de los órganos de las Naciones Unidas, en especial respecto de las decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad adoptadas en virtud del Capítulo VII. Aunque no son muy frecuentes las referencias directas al Artículo 103, el fondo del artículo se invoca con más frecuencia.

352. Desde el comienzo del decenio de 1990 muchas resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en virtud del Capítulo VII (por ejemplo, resoluciones por las que se crean obligaciones) han subrayado su prioridad respecto de cualesquiera otras obligaciones. En la resolución 670 (1990) se encuentra una conocida referencia al Artículo 103. En esa resolución el Consejo acordó medidas contra el Iraq. La resolución dice lo siguiente:

Recordando las disposiciones del Artículo 103 de la Carta,

Actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta,

[…] Exhorta a todos los Estados a que cumplan con su obligación de velar por la observancia estricta y cabal de la resolución 661 (1990)…

353. Solo un año después, la crisis ocurrida en el territorio de la antigua Yugoslavia condujo a numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad por las que se imponía un embargo, muchas de las cuales destacan de forma explícita o implícita su prioridad y la prioridad de resoluciones anteriores respecto de cualesquiera otros compromisos[488]. La resolución 748 (1992) relativa a Libia —a la que hizo referencia la Corte Internacional de Justicia en su providencia de 14 de abril de 1992 (véase más abajo)— declaró en el párrafo 7:

Exhorta a todos los Estados, incluidos los Estados no miembros de las Naciones Unidas, y a todas las organizaciones internacionales a que actúen estrictamente de conformidad con lo dispuesto en la presente resolución, no obstante la existencia de cualesquiera derechos u obligaciones conferidos o impuestos por cualquier acuerdo internacional…[489].

354. En su práctica ulterior, el Consejo de Seguridad ha comenzado a usar una cláusula estándar que puede encontrarse, con leves modificaciones, en varias resoluciones adoptadas en virtud del Capítulo VII. Por ejemplo, la resolución 1267 (1999) dice lo siguiente en el párrafo 7:

[El Consejo de Seguridad] *Insta* a todos los Estados a que actúen estrictamente de conformidad con las disposiciones de esta resolución, independientemente de la existencia de derechos conferidos u obligaciones impuestas en virtud de un acuerdo internacional o un contrato firmado, o de cualquier licencia o permiso concedido antes de la fecha de la entrada en vigor de las medidas previstas [por el Consejo]…[490].

355. Aunque esta cláusula no menciona expresamente el Artículo 103, recibe su fuerza jurídica de esa disposición. Por tanto, no se dirige solo a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, sino a todos los Estados, y a las organizaciones internacionales y regionales. Comprende los derechos y obligaciones basados no solo en tratados, sino también en contratos privados, licencias y permisos. Esto es natural ya que la justificación misma de los regímenes de sanciones consiste en influir en las transacciones privadas entre entidades constituidas en el Estado contra el que van dirigidas y el mundo exterior. No obstante, como se señaló anteriormente, esto deja sin respuesta las cuestiones de la responsabilidad privada.

356. En votos particulares, los miembros de la Corte Internacional de Justicia han mencionado en ocasiones el Artículo 103[491]. Sin embargo, antes de 1992 la propia Corte lo había examinado solamente en una decisión. Sin embargo, ya entonces, en el asunto *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* en 1984, la Corte subrayó la prioridad de las obligaciones establecidas en la Carta sobre otras obligaciones convencionales[492]. El Artículo 103 recibió amplia atención en el asunto *Lockerbie* (1992)[493]. Los Gobiernos del Reino Unido y de los Estados Unidos habían pedido a Libia que entregara ciertos individuos en relación con las investigaciones de la destrucción de un aeroplano sobre el poblado de Lockerbie en Escocia. El Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, apoyó las medidas que habían de adoptarse contra Libia, quien a su vez consideró las peticiones de los dos Gobiernos antes mencionados incompatibles con el

[487] Ibíd., pág. 3627, párr. 281.

[488] Véanse las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad: 713 (1991), 724 (1991), 727 (1992), 743 (1992), 757 (1992), 787 (1992) y 820 (1993).

[489] Véanse también decisiones similares respecto de Somalia (resolución 733 (1992) del Consejo de Seguridad) y Liberia (resolución 788 (1992) del Consejo de Seguridad).

[490] Véanse también, por ejemplo, las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad: 1127 (1997), 1173 (1998), 1132 (1997) y 1298 (2000).

[491] Véanse, por ejemplo, los asuntos siguientes: *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, fallo de 28 de noviembre de 1958, *I.C.J. Reports 1958*, págs. 55 y ss., en especial pág. 107 (voto particular del Magistrado Moreno Quintana); *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, objeciones preliminares, fallo de 21 de diciembre de 1962, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 319 y ss., en especial pág. 407 (voto particular del Magistrado Jessup); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 99 (voto particular del Magistrado Ammoun); *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the* Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) *(Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 192 y ss., en especial págs. 232 y 233 (voto particular del Magistrado Ruda).

[492] Véase *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, competencia y admisibilidad, fallo, *I.C.J. Reports 1984*, págs. 392 y ss., en especial pág. 440, párr. 107.

[493] *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, objeciones preliminares, fallo, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 115.

Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, y sometió la controversia a la Corte Internacional de Justicia.

357. En principio, Libia pidió a la Corte que ordenara medidas provisionales, en tanto que los demandados arguyeron que una decisión vinculante del Consejo de Seguridad no permitía una orden de esa naturaleza. En su providencia de 14 de abril de 1992 la Corte Internacional de Justicia declaró:

39. Considerando que tanto Libia como el Reino Unido, como Miembros de las Naciones Unidas, están obligados a aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de conformidad con el Artículo 25 de la Carta; considerando que la Corte, que se encuentra en la fase de procedimiento correspondiente a las medidas provisionales, considera que *prima facie* esta obligación se extiende a la decisión contenida en la resolución 748 (1992); y considerando que, de conformidad con el Artículo 103 de la Carta, las obligaciones de las Partes a ese respecto prevalecen sobre sus obligaciones en virtud de cualquier otro acuerdo internacional, incluido el Convenio de Montreal;

40. Considerando, por consiguiente, que la Corte, aunque en esta fase no está llamada a pronunciarse definitivamente sobre el efecto jurídico de la resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad, considera que cualquiera que sea la situación anterior a la adopción de esa resolución, los derechos invocados por Libia en virtud del Convenio de Montreal no pueden considerarse que justifiquen la protección mediante la orden de medidas provisionales[494];

358. Varios magistrados confirmaron en sus votos particulares y en sus opiniones discrepantes la misma línea de argumentación[495]. Merece señalarse que, tanto la Corte como los distintos magistrados, se refieren simplemente a la aplicabilidad, no a la invalidez o suspensión de las obligaciones convencionales en oposición de la Carta.

359. El Magistrado Lauterpacht, en su voto particular respecto de la providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* examinó la relación entre el Artículo 103 y el *jus cogens*:

El concepto de *jus cogens* remite a una noción superior tanto al derecho internacional consuetudinario como al derecho de los tratados. El apoyo que el Artículo 103 de la Carta puede conferir al Consejo de Seguridad en caso de conflicto entre una de sus decisiones y una obligación convencional vigente no puede hacerse extensivo, como cuestión de simple jerarquía de normas, a un conflicto entre la resolución del Consejo de Seguridad y el *jus cogens*. En efecto, basta con enunciar la proposición citada, es decir, que una resolución del Consejo de Seguridad puede incluso requerir la participación en un genocidio, para que resulte evidente su inaceptabilidad[496].

360. Esto parece natural. Si (como se ha señalado), la Carta de las Naciones Unidas no está por encima del *jus cogens*, tampoco puede transferir el poder de contradecir al *jus cogens* a órganos que reciban su competencia de la Carta.

B. *Jus cogens*

361. La idea de que algunas normas tienen un rango jurídico superior a otras se ha reflejado de una manera u otra en todos los sistemas jurídicos[497]. También en derecho internacional se han formulado constantemente proposiciones en el sentido de que hay una categoría de normas que son tan fundamentales que nunca puede permitirse su derogación. Sin duda la idea de normas imperativas (*jus cogens*) es anterior al propio moderno derecho internacional. Los comentaristas frecuentemente mencionan la distinción de derecho romano entre *jus strictum* y *jus dispositivum*[498] y la máxima *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*[499]. Los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII no abrigaban duda alguna de que existían ciertas normas, intemporalmente y por encima de la voluntad de los Estados, que limitaban lo que podían convenir legítimamente las autoridades seculares o sus comunidades[500]. Además, la evolución de la noción de *jus cogens* en derecho internacional indudablemente ha estado influenciada por los derechos internos que prevén la nulidad de los acuerdos que contradicen el orden público o los objetivos de las políticas públicas[501]. Los antecedentes, la naturaleza y los efectos del *jus cogens* los resumió el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia:

---

[494] *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, *I.C.J. Reports 1992*, págs. 3 y ss., en especial pág. 15, párrs. 39 y 40. Véase también *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, ibíd., págs. 114 y ss., en especial págs. 126 y 127, párrs. 42 y 43.

[495] Por ejemplo, el Magistrado Shahabuddeen escribió en su voto particular que «el Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas obliga a Libia a cumplir la decisión enunciada en la resolución [748 (1992)]. En virtud del Artículo 103 de la Carta, esta obligación prevalece sobre cualquier obligación convencional en oposición que Libia pueda tener […]. Las obligaciones convencionales pueden ser anuladas por una decisión del Consejo de Seguridad que imponga sanciones […]. Por tanto, aun suponiendo que Libia tenga los derechos que invoca, *prima facie* no pueden aplicarse durante la vida de la resolución» (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, ibíd., pág. 28 (voto particular del Magistrado Shahabuddeen)).

[496] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (véase la nota 482 *supra*), pág. 440, párr. 100 (voto particular del Magistrado Lauterpacht).

[497] «Es difícil imaginar una sociedad, ya sea de individuos o de Estados, cuyo derecho no establezca ningún límite de ningún tipo a la libertad de contratación» (McNair (nota 58 *supra*), págs. 213 y 214).

[498] J. A. Frowein, «Jus cogens», en R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Ámsterdam, Elsevier, 1997, pág. 65.

[499] Sinclair (nota 63 *supra*), pág. 203. Véase también D. Shelton, «International law and "relative normativity"», en Evans (ed.) (nota 481 *supra*), pág. 151. No obstante, se dice que el término *jus cogens* no fue utilizado en el derecho antiguo. Véase M. Lachs, «The development and general trends of international law in our time», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1980-IV*, vol. 169, pág. 202.

[500] Emmerich de Vattel aportó la siguiente formulación que se ha hecho clásica: «dado que […] el derecho necesario de las naciones consiste en la aplicación del derecho de la naturaleza a los Estados —derecho que es inmutable, por encontrarse en la naturaleza de las cosas y particularmente en la naturaleza humana— de ello se sigue que el derecho necesario de las naciones es *inmutable**. Por tanto, como este derecho es inmutable, y las obligaciones que de él dimanan son necesarias e indispensables, las naciones no pueden introducir ningún cambio en él mediante sus convenciones, prescindir de él en su propia conducta, ni eximirse recíprocamente de su observancia. Este es el principio por el que podemos distinguir las convenciones legítimas de los tratados de las ilegítimas, y las costumbres inocentes y racionales de las que son injustas o censurables» (De Vattel (nota 67 *supra*), tomo I, *Preliminaires*, pág. 4).

[501] El artículo 6 del Código Napoleón ofrece un buen ejemplo: *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs* («No pueden derogarse por pactos particulares las leyes concernientes al orden público y las buenas costumbres»).

Dada la importancia de los valores que protege [la prohibición de la tortura] este principio se ha convertido en una norma imperativa o de *jus cogens*, es decir, una norma que en la jerarquía internacional tiene un rango superior al derecho de los tratados e incluso a las normas consuetudinarias «ordinarias». Las consecuencias más evidentes de este rango superior es que el principio en cuestión no puede ser derogado por los Estados mediante tratados internacionales o en virtud de costumbres locales o especiales o incluso de normas consuetudinarias generales que no están dotadas de la misma fuerza normativa[502].

362. El *jus cogens* entró en el derecho positivo internacional durante los preparativos de la Convención de Viena de 1969. La Comisión lo presentó en los artículos 50 y 61 del proyecto de artículos definitivo sobre el derecho de los tratados en 1966[503]. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, el concepto se plasmó en los artículos 53 y 64 en los términos siguientes:

Artículo 53

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Artículo 64

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

363. En los escritos doctrinales el concepto ha sido objeto de considerable atención, especialmente desde su incorporación en la Convención de Viena de 1969[504]. Con los años gran parte del escepticismo que suscitaba inicialmente la noción ha tendido a desaparecer. Como señaló recientemente la Comisión, «[e]l concepto de norma imperativa de derecho internacional general se reconoce en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y los tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica»[505]. No obstante, el desacuerdo sobre su fundamento teórico, su ámbito de aplicación y su contenido sigue tan amplio como siempre. Como ha dicho Anthony Aust: «El concepto *fue un concepto polémico**. Ahora lo que no está claro es su ámbito y su aplicabilidad»[506].

364. Hay dos aspectos que deben examinarse: los efectos del *jus cogens* y su contenido.

1. El efecto del *jus cogens*: invalidez de la norma que esté en oposición

365. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 prevé la invalidez de los tratados que, en el momento de su celebración, estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Por tanto, y a diferencia de la mera «prioridad» prevista en el artículo 31 de la Convención de Viena, lo que el concepto de *jus cogens* plasma es una norma de jerarquía *sensu stricto*, no simplemente una norma de precedencia[507]. Por tanto, el resultado de los conflictos entre tratados y el *jus cogens* es que los primeros pueden ser no solo no aplicables, sino totalmente nulos, sin generar consecuencias jurídicas de ningún tipo[508]. Esto entraña otra consecuencia plasmada en el párrafo 1 del artículo 71 de la Convención de Viena:

Cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes deberán: *a*) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general; y *b*) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.

366. Esto ha de entenderse en el contexto en relación con el artículo 64 de la Convención de Viena, dejando claro que el rango jerárquicamente superior del *jus cogens* no tiene carácter retroactivo[509]. Si la creación de una norma imperativa de derecho internacional es posterior a la conclusión de un tratado, el propio tratado terminará pero los derechos y obligaciones basados en él solo resultarán nulos en la medida en que sean contrarios al (nuevo) *jus cogens*. Esta noción está plasmada en el párrafo 2 del artículo 71 de la Convención de Viena, que dice lo siguiente:

Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado: *a*) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado; [y] *b*) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.

367. Cabe contemplar tres tipos de conflicto. Una norma de *jus cogens* puede estar en conflicto con un

---

[502] *Prosecutor v. Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, pág. 569, párr. 153; ILR, vol. 121 (2002), pág. 260.

[503] Artículo 50: «Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general que no admita acuerdo en contrario y que solo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter»; artículo 61: «Si se ha establecido una nueva norma imperativa de derecho internacional general de la misma naturaleza que la indicada en el artículo 50, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma será nulo y terminará» (*Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, págs. 271 y 285).

[504] No obstante, el término *jus cogens* se utilizó, aunque no de forma extensa, ya antes de su utilización por la Comisión. Véase en general J. Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties. A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974. Cassese lo considera especialmente como resultado de las novedades introducidas en el decenio de 1960. Véase Cassese (nota 240 *supra*), págs. 199 y 200.

[505] Comentario al artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párr. 2, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 120.

[506] A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pág. 11. Análogamente, *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, US District Court of Appeals, 3 de junio de 2003, ILR, vol. 127 (2005), pág. 705. Michael Byers, por ejemplo, ha escrito que: «Hoy los especialistas en derecho internacional aceptan de manera general el concepto de *jus cogens*» (Byers, *Custom, Power and the Power of Rules…* (nota 296 *supra*), pág. 184). Una conocida evaluación escéptica puede verse en Weil (nota 181 *supra*), pág. 413, quien considera que toda tendencia al reconocimiento de la distinción entre normas imperativas y «normas meramente vinculantes» contribuye a «diluir» la propia normatividad y fomenta la aparición de una patología en el sistema internacional.

[507] Hay un amplio acuerdo sobre esto. Véase, por ejemplo, J. Combacau y S. Sur, *Droit international public*, 6ª ed., París, Montchrestien, 2004, pág. 157.

[508] Sin embargo, no es necesario que esto conduzca a la invalidación de todo el tratado. Las cláusulas que no están en oposición con el *jus cogens* y que son separables de las que lo están pueden conservar su validez. Cassese (nota 240 *supra*), pág. 206.

[509] En palabras de la propia Comisión, no se planteó que lo que había de convertirse en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 tuviera efecto retroactivo. Véase el proyecto de artículos sobre derecho de los tratados, *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, pág. 272, comentario del proyecto de artículo 50, párr. 6.

tratado ordinario, una norma de derecho internacional consuetudinario (general) y con otra norma de *jus cogens*. La primera situación es la más sencilla. El conflicto de un tratado con el *jus cogens* hace inválido el tratado, o una disposición separable del mismo. No importa que el tratado sea bilateral o multilateral. Como se ha señalado anteriormente, la Carta de las Naciones Unidas no constituye una excepción[510]. Lo mismo sucede con las resoluciones de las organizaciones internacionales. La misma lógica se aplica al conflicto entre el *jus cogens* y el derecho consuetudinario (general). Un conflicto entre ellos hace inválido el segundo. La cuestión relativa a la relación entre normas de *jus cogens* en oposición —por ejemplo la cuestión del derecho al uso de la fuerza para realizar el derecho de la libre determinación— es mucho más difícil. En la fase actual, no cabe presumir que la doctrina del *jus cogens* pueda resolver por sí misma esos conflictos: no hay relación jerárquica *inter se* entre las normas de *jus cogens*.

368. Ya durante los debates de la Comisión, y también en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, varios delegados expresaron la preocupación de que introducir el concepto de *jus cogens* en el derecho positivo podía producir la desestabilización de las relaciones convencionales. Se temía que los Estados pudieran comenzar a utilizar argumentos basados en el *jus cogens* para justificar el incumplimiento de obligaciones convencionales[511]. Para evitar o minimizar tales ocasiones, se introdujo un mecanismo en la Convención de Viena según el cual las partes en una controversia relativa a la validez de un tratado tenían que buscar una solución por los medios pacíficos enumerados en la Carta de las Naciones Unidas y si no conseguían alcanzarlo:

> cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje[512].

369. Hasta la fecha no se han sometido casos a la Corte Internacional de Justicia al amparo de este artículo.

370. El uso más significativo del *jus cogens* como norma de conflictos ha sido el de la Cámara Británica de los Lores en el asunto *Pinochet*[513]. En este caso, como es bien sabido, se planteó la cuestión de si la inmunidad de un ex jefe de Estado podía sostenerse frente a una acusación de haber cometido torturas mientras ocupaba el cargo. Refiriéndose a pasajes pertinentes del asunto *Furundžija*[514], los Lores declararon que «la naturaleza de *jus cogens* el delito internacional de torturas justifica a los Estados para asumir la competencia universal sobre las torturas donde quiera que se cometan»[515]. Como se cumplía la condición de «doble delincuencia», Pinochet no podía invocar la inmunidad frente a una solicitud de extradición a España. En palabras de Lord Millett:

> No cabe suponer que el derecho internacional haya establecido un delito que tenga carácter de *jus cogens* y al mismo tiempo prever una inmunidad que sea equiparable a la obligación que trata de imponer[516].

371. El litigio de Pinochet resultó tener consecuencias históricas no tanto personalmente para el senador Pinochet, sino en el sentido de que por primera vez un tribunal de derecho interno denegó la inmunidad a un ex jefe de Estado basándose en que no podía haber inmunidad frente a un procesamiento por una infracción del *jus cogens*.

372. Que el sentido del *jus cogens* consiste en invalidar la norma inferior no significa que el *jus cogens* proporcione acceso automático a la justicia independientemente de los obstáculos de procedimiento para castigar a los individuos o, por ejemplo, en materia de amparo en asuntos civiles. En el asunto *Al-Adsani*, se pidió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resolviera si el Reino Unido había infringido el Convenio Europeo de Derechos Humanos, dado que tribunales británicos habían sostenido la inmunidad del Estado de Kuwait en un asunto civil que concernía a la responsabilidad que presuntamente debía a una persona (Al-Adsani) que había sido torturada por agentes kuwaitíes[517]. El Tribunal declaró que la prohibición de la tortura formaba parte del *jus cogens*, pero declaró también que no se habían infringido los artículos 1 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la forma en que los tribunales del Reino Unido habían aplicado la Ley de inmunidad del Estado de 1978. El Tribunal declaró que si bien acepta

> que la prohibición de la tortura ha alcanzado el rango de norma imperativa de derecho internacional, observa que el presente caso no concierne, como en los asuntos *Furundžija* y *Pinochet*, a la responsabilidad penal de un individuo por los presuntos actos de tortura sino a la inmunidad de un Estado en una demanda civil por daños y perjuicios respecto de actos de tortura cometidos en el territorio de ese Estado. No obstante, el carácter especial de la prohibición de la tortura en derecho internacional, el Tribunal no puede encontrar en los instrumentos internacionales, las autoridades judiciales y demás documentos que tiene ante sí ninguna base sólida para llegar a la conclusión de que, en derecho internacional, un Estado deja de gozar de inmunidad frente a una demanda civil en los tribunales de otro Estado cuando se alegan actos de tortura[518].

373. Por tanto, el Tribunal, aun tomando nota del reciente crecimiento de la prevención de la tortura como parte del *jus cogens*, no consideró probado que ya se aceptara en derecho internacional la proposición de que los Estados no tienen derecho a la inmunidad respecto de las demandas civiles por daños y perjuicios por presuntas torturas cometidas fuera de la jurisdicción del Estado. Al fallar como hizo, el Tribunal no concedió a una norma de

---

[510] Dado que la Carta fue adoptada años antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena, la relación entre la Carta y el *jus cogens* no puede examinarse sobre la base de éste, sino en el marco del derecho internacional consuetudinario.

[511] Una conocida evaluación escéptica puede verse en Weil (nota 181 *supra*), pág. 413, donde arguye que toda distinción entre normas imperativas y normas «ordinarias» contribuye a «diluir» la propia normatividad y fomenta la erosión del derecho del sistema internacional.

[512] Véanse el párrafo 3 del artículo 65 y el apartado *a* del artículo 66 de la Convención de Viena de 1969.

[513] *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147, reproducido en ILR, vol. 119, pág. 135.

[514] *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 502 *supra*), *Judicial Reports 1998*, pág. 569, párr. 153; ILR, vol. 121 (2002), pág. 260.

[515] *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* (véase la nota 513 *supra*), ILR, vol. 119, pág. 149.

[516] Ibíd., pág. 232.

[517] *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 219 *supra*), pág. 79.

[518] Ibíd., pág. 101, párr. 61.

jus cogens un efecto que anularía los derechos de los Estados según el derecho internacional consuetudinario[519].

2. El contenido del *jus cogens*

374. En el texto definitivo del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión prescindió deliberadamente de enumerar ejemplos concretos de normas de *jus cogens*[520]. Obró así porque, como dijo, «no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens*»[521]. Como era de prever, la adopción de la Convención de Viena de 1969 estuvo seguida por un amplio debate precisamente sobre esta cuestión. Actualmente hay varios pronunciamientos de diversos órganos judiciales o diplomáticos que dan una idea de lo que pueden considerarse normas de *jus cogens*. En los comentarios al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en 2001, la Comisión dio como ejemplos de *jus cogens* la prohibición de la agresión, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, del genocidio, de la discriminación racial, del *apartheid*, de la tortura (como se define en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984), las normas fundamentales del derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados, y el derecho a la libre determinación[522]. En el asunto *Furundžija*, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia definió la prohibición de la tortura tanto como una norma imperativa y como una obligación *erga omnes*[523]. En general, entre las reglas más frecuentemente citadas para el rango de *jus cogens*, figuran las siguientes: *a*) la prohibición del uso agresivo de la fuerza; *b*) el derecho de legítima defensa; *c*) la prohibición del genocidio; *d*) la prohibición de la tortura; *e*) la prohibición de los crímenes de lesa humanidad; *f*) la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos; *g*) la prohibición de la piratería; *h*) la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*; e *i*) la prohibición de las hostilidades contra la población civil («normas básicas del derecho internacional humanitario»)[524].

375. El problema de cómo identificar el *jus cogens* no es fácil de resolver *in abstracto*. Como señalan la mayoría de los comentaristas, el problema no es que no haya una sola lista autorizada de normas de *jus cogens*, sino que no hay acuerdo acerca de los criterios para incluir normas en esa lista. El punto de partida debe ser la formulación del propio artículo 53, es decir, identificar el *jus cogens* mediante referencia a lo que es «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto». Aunque esta formulación en sí no está libre de polémicas (en especial las referencias a una comunidad de «*Estados*» y al significado del requisito «*en su conjunto*»)[525], se plantea también un cierto dilema al respecto. ¿Consiste el *jus cogens* en limitar lo que puede ser convenido legalmente por los Estados —puede su

[519] En su opinión discrepante en el asunto *Al-Adsani*, que comenzaba por las palabras «¡qué pena!», el Magistrado Ferrari Bravo expresó profunda decepción por el resultado del caso: «El Tribunal […] ha tenido una magnífica oportunidad de expresar una condena clara y enérgica de todos los actos de tortura. Para hacerlo, solo tenía que haberlo sostenido en el sentido de la sentencia de la Cámara de los Lores en el asunto *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* […] en el sentido de que la prohibición de la tortura es ahora *jus cogens*, de forma que la tortura es un delito según el derecho internacional. De ello se desprende que todo Estado tiene el deber de *contribuir* al castigo de la tortura y no puede escudarse en argumentos formalistas para tener que dictar sentencia. […] Es precisamente uno de esos viejos argumentos formalistas lo que respaldó el Tribunal cuando dijo que […] no podía encontrar ninguna norma de derecho internacional que le exigiera aplicar la regla de la inmunidad frente a una demanda civil cuando se alegaban actos de tortura. […] Habrá otros casos de este tipo, pero desgraciadamente el Tribunal ha perdido una excelente oportunidad de dictar una sentencia valiente» (ibíd., pág. 114, opinión discrepante del Magistrado Ferrari Bravo).

[520] *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, pág. 271, comentario del proyecto de artículo 50, párr. 3.

[521] Ibíd., párr. 2. Lord McNair expresó brillantemente la misma idea escribiendo «es más fácil poner ejemplos de esas reglas *[jus cogens]* que definirlas» (McNair (nota 58 *supra*), pág. 215). Véanse también, por ejemplo, Aust, *Handbook of International Law* (nota 506 *supra*), pág. 11; y Shelton (nota 499 *supra*), pág. 151.

[522] Comentario al artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párrs. 4 a 6, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 120 y 121.

[523] *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 502 *supra*), *Judicial Reports 1998*, págs. 567 a 173, párrs. 151 a 157; ILR, vol. 121 (2002), págs. 260 a 262.

[524] Brownlie enumera como ejemplos menos polémicos de este tipo la prohibición del uso de la fuerza, el derecho en materia de genocidio, el principio de no discriminación racial, los crímenes de lesa humanidad y las normas que prohíben la trata de esclavos y la piratería (Brownlie, *Principles of Public International Law* (nota 166 *supra*)); Aust considera quizás los únicos ejemplos generalmente aceptados la prohibición del uso de la fuerza (establecida en la Carta de las Naciones Unidas) y la prohibición del genocidio, la esclavitud y la tortura (Aust, *Handbook of International Law* (nota 506 *supra*), pág. 11); Rosalyn Higgins menciona como ejemplo la prohibición del genocidio, la tortura y el dar muerte a los prisioneros de guerra (R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 1994, págs. 21 y 22). También los ejemplos de obligaciones expresados por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction* —la prohibición de la agresión, del genocidio, la violación de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona, inclusive la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial— se citan como ejemplo de *jus cogens* (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 34). En cuanto a las normas calificadas de «fundamentales» en la práctica de la Corte Internacional de Justicia, véase V. Gowlland-Debbas, «Judicial insights into fundamental values and interests of the international community», en A. S. Muller y colaboradores (eds.), *The International Court of Justice. Its Future Role after Fifty Years*, La Haya, Kluwer Law International, 1997, págs. 335 a 342. Para otras listas, véase también J. Petman, «Panglossian views to the new world order. Review of Cassese, *International Law* (2001)», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 13 (2002), págs. 337 y 338; véase asimismo Daillier y Pellet, *Droit international public* (nota 74 *supra*), págs. 206 y 207. Algunos comentaristas han propuesto que *jus cogens* comprenda la libertad de la alta mar (véase Frowein, «Jus cogens» (nota 498 *supra*), pág. 67). No obstante, la opinión de la Comisión siempre parece haber sido diferente. La Comisión ha declarado constantemente que no es la aceptación universal lo que eleva una norma a la categoría de *jus cogens*, sino su contenido. En palabras de la Comisión, «no es la forma de una norma general de derecho internacional la que le da carácter de *jus cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto» (*Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, pág. 271, comentario del proyecto de artículo 50, párr. 2). En la misma línea, la Comisión ha agregado recientemente que las obligaciones establecidas en virtud de normas imperativas de derecho internacional «dimanan de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerase intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales» (*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 120, comentario al artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párr. 3).

[525] Véase, por ejemplo, Cassese (nota 240 *supra*), pág. 201 («los Estados más importantes y representativos»), y el examen de la cuestión en Combacau y Sur, *Droit international public* (nota 507 *supra*), págs. 158 a 160.

contenido simultáneamente sujetarse a lo que es convenido entre Estados?[526]. El fundamento histórico del *jus cogens* radica en un derecho natural antivoluntarista, frecuentemente de tendencia religiosa: la presunción de existencia de normas «absolutas» sobre la conducta humana. Aunque la mayoría de las personas (y de los Estados) siguen considerando importante —e incluso muy importante— que tales normas existan, la terminología de la diplomacia y el derecho actual parecen incapaces de producir una justificación aceptable de ellas. Todo «criterio» que pretenda invocarse para apoyar cualquier norma particular como *jus cogens* parecería afectar a esa norma putativa de todas las incertidumbres y vulnerabilidades que corresponden a ese criterio.

376. En vez de tratar de determinar el contenido de *jus cogens* mediante definiciones abstractas, es mejor seguir el camino elegido por la Comisión en 1966 que «estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de *jus cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales»[527]. Ésta parece la manera correcta de proceder.

3. Jurisprudencia

377. Existe una amplia jurisprudencia sobre el *jus cogens*. Muchas cortes y tribunales, tanto internacionales como internos, han utilizado argumentos basados en el *jus cogens* para fundamentar sus decisiones y sentencias[528]. Sin embargo, el número de casos en los que aparece el *jus cogens* desde el punto de vista del conflicto de normas es mucho más limitado. Como señaló Antonio Cassese:

> … no ha surgido controversia entre Estados respecto de la naturaleza del *jus cogens* como norma específica. Tampoco uno o más Estados han insistido en el carácter imperativo de una norma en controversia con otros Estados, acompañada por la aquiescencia de otros Estados o cuestionada por ellos. Tampoco ningún tribunal internacional, y mucho menos la Corte Internacional de Justicia, ha resuelto ninguna controversia relativa a la cuestión de si una norma específica debe considerarse o no perteneciente al cuerpo de normas que se examina[529].

378. La Corte Internacional de Justicia ha sido reacia a hacer referencia al *jus cogens* en sus decisiones. En muy pocos casos puede encontrarse una explícita mención del término. Como ejemplo puede citarse la decisión de la Corte a la que se hace referencia con más frecuencia en relación con el *jus cogens*, la dictada en el asunto *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* en 1986[530]. No obstante, esa decisión se ha interpretado de una forma más extensiva de lo justificado: la Corte menciona solamente las palabras «*jus cogens*» citando (aunque al parecer con aprobación) a la Comisión y a representantes de ambas partes en la controversia, pero nunca utilizó en la terminología de *jus cogens* como parte de sus propias palabras[531].

379. Sin embargo, el hecho de que la Corte se haya referido repetidas veces a principios generales y fundamentales que están más allá de las relaciones convencionales permite suponer que la Corte, en el fondo, ha afirmado el concepto. Ya en su primer caso, señaló que las obligaciones de los Estados no tienen necesariamente que tener carácter convencional, sino que pueden también fundarse en ciertos principios generales y bien reconocidos, entre los cuales están las «consideraciones elementales de humanidad»[532]. Justo un año más tarde la Corte emitió una de sus más famosas opiniones consultivas, en la que declaró que «los principios en que se basa la Convención [sobre el Genocidio] son principios que las naciones civilizadas reconocen que vinculan a los Estados, incluso sin obligación convencional alguna»[533]. En el mismo espíritu, una opinión consultiva de 1996 contenía una referencia a los «principios inviolables del derecho internacional consuetudinario»[534]. Estas palabras y también el

---

[526] Véase Koskenniemi, *From Apology to Utopia…* (nota 79 *supra*), págs. 323 a 325.

[527] Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, pág. 271, comentario del proyecto de artículo 50, párr. 3.

[528] Un panorama de las referencias a las normas fundamentales en los pronunciamientos judiciales de la Corte Internacional de Justicia y de su predecesora, puede verse en Gowlland-Debbas, «Judicial insights into fundamental values and interests» (nota 524 *supra*), págs. 332 a 342. En cuanto a otros órganos, véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Kupreškić et al*., causa núm. IT-95-16-T, fallo, 14 de enero de 2000, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 2000*, vol. II, párr. 520, en donde se declara que «la mayoría de las normas de derecho internacional humanitario, en particular las que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, son también normas imperativas de derecho internacional o *jus cogens*, es decir, tienen un carácter no derogable y superior». Véase también en la sección de jurisprudencia otros ejemplos de ocasiones en los que el concepto ha sido respaldado por diversas autoridades judiciales.

[529] Cassese (nota 240 *supra*), pág. 202.

[530] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo de 27 de junio de 1986 (véase la nota 51 *supra*), págs. 100 y 101, párr. 190.

[531] La única forma en que el término «*jus cogens*» se ha utilizado en la Corte Internacional de Justicia son los votos particulares y las opiniones discrepantes de algunos magistrados de la Corte. De hecho, ya en 1934, el Magistrado Schücking de la Corte Permanente de Justicia Internacional se refirió, en su voto particular, a la posibilidad de creación del *jus cogens* en forma de acuerdos entre Estados. Véase el asunto *Oscar Chinn* (nota 138 *supra*), pág. 149 (voto particular del Magistrado Schücking). A lo largo de los años siguientes, se han hecho numerosas referencias a las normas imperativas en esta forma. Véase, por ejemplo, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants* (nota 491 *supra*), págs. 106 y ss. (voto particular del Magistrado Moreno Quintana); *North Sea Continental Shelf* (nota 95 *supra*), págs. 97 y 248 (voto particular de los Magistrados Padilla Nervo y Sørensen), y pág. 182 (opinión discrepante del Magistrado Tanaka); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nota 524 *supra*), pág. 304 (voto particular del Magistrado Ammoun); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo de 27 de junio de 1986 (nota 51 *supra*), pág. 153 (voto particular del Presidente Nagendra Singh), y págs. 199 y ss. (voto particular del Magistrado Sette-Camara); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 482 *supra*), pág. 440 (voto particular del Magistrado Lauterpacht); *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, medidas provisionales, providencia de 2 de junio de 1999, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 916 y ss., en especial págs. 965 a 973, párrs. 10 a 17 (opinión discrepante del Magistrado *ad hoc* Kreća); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial pág. 96, párr. 3 (opinión discrepante del Magistrado Al-Khasawneh); *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (nota 128 *supra*), pág. 279, párr. 23 (voto particular del Magistrado Buergenthal).

[532] *Corfu Channel* (véase la nota 449 *supra*), pág. 22.

[533] *Reservations to the Convention on Genocide* (véase la nota 326 *supra*), pág. 23.

[534] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 122 *supra*), pág. 257, párr. 79. Lo mismo fue confirmado por la Corte en la última opinión consultiva dictada hasta la fecha, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss.

razonamiento expuesto en el asunto *Barcelona Traction* indican que la Corte, desde el principio, ha considerado necesario destacar la existencia de normas particularmente importantes en el derecho internacional, aunque no ha sido tan clara acerca de su rango o aplicación[535].

C. Obligaciones *erga omnes*

380. Las obligaciones *erga omnes* son diferentes del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y del *jus cogens*. En tanto que este último se caracteriza por su poder normativo, es decir, su capacidad de anular una norma que esté en oposición a él, las obligaciones *erga omnes* designan el *ámbito de aplicación* del derecho pertinente y las consecuencias de procedimiento que derivan de esto. Una norma que crea obligaciones *erga omnes* obliga frente a la «comunidad internacional en su conjunto» y todos los Estados —independientemente de su interés particular en el asunto— tienen derecho a invocar la responsabilidad del Estado en caso de infracción. Ahora bien, la naturaleza *erga omnes* de una obligación no indica una superioridad clara de esa obligación respecto de otras obligaciones. Aunque en la práctica las normas que se reconoce que tienen validez *erga omnes* establecen obligaciones sin duda importantes, esta importancia no se traduce en una superioridad jerárquica similar a la del Artículo 103 y la del *jus cogens*.

381. Puede ser cierto que «[l]a cuestión del significado jurídico de la categoría de obligaciones estatales *erga omnes* se ha debatido por estudiosos y juristas y sigue obstinadamente sin resolverse en la doctrina y la práctica jurídicas internacionales»[536]. Sin embargo, aunque esto puede aplicarse a interpretaciones y (enumeraciones) determinadas de las obligaciones *erga omnes*, el concepto en sí —la idea de la aplicabilidad *erga omnes* de ciertas normas de derecho internacional— ha estado profundamente arraigado en la práctica internacional.

1. De las obligaciones bilaterales a las obligaciones para con la «comunidad internacional en su conjunto»

382. El grueso del derecho internacional surge de las relaciones contractuales entre los distintos Estados y en este sentido sigue siendo «bilateralista»[537]. Las obligaciones existen entre los Estados, y cada uno solo está facultado individualmente a invocar una infracción como fundamento de la responsabilidad del Estado. La naturaleza especial del derecho internacional la ha expresado bien el profesor Allott quien lo ha calificado de «el derecho mínimo necesario para que las sociedades-Estado puedan actuar como sistemas cerrados en lo interno y actuar como dueños de territorio en las relaciones entre sí»[538]. O, como dice Simma:

> El derecho internacional tradicional se dejaba enteramente en las manos de los Estados soberanos, sobre la base de sus relaciones jurídicas bilaterales, y en el carácter intrínsecamente bilateral de su responsabilidad jurídica […]. En cuanto al fondo construido sobre esa base bilateralista, el derecho internacional, a lo largo de los siglos, se había convertido en un sistema que delimitaba las esferas de soberanía de los Estados en el espacio y en el tiempo, así como en lo que respecta a las personas y a algunas cuestiones jurisdiccionales respectivamente. En esencia, esas normas obligaban a los Estados a no injerirse en las zonas delimitadas. Además, el derecho internacional aportaba un marco basado en la reciprocidad para las transacciones jurídicas en forma de tratados…[539].

383. El bilateralismo del derecho internacional significa que el derecho internacional obliga a los Estados recíprocamente en sus relaciones *inter se* y no uno respecto de otro como miembros de una idea más o menos general de un ámbito público internacional. El modo bilateralista de aplicación es particularmente importante en el derecho de la responsabilidad de los Estados que puede calificarse de «justicia privada» o de la «doctrina de cada uno para sí»:

> Que un Estado disfrute de un derecho significa que posee una posición jurídica para exigir el cumplimiento de la obligación correspondiente y, en su defecto, para recurrir contra la persona o personas que tengan esa obligación. […] En suma, no existen tradicionalmente obligaciones *erga omnes*: incumbe a cada Estado proteger sus propios derechos; a nadie le corresponde ser el paladín de los derechos de otros[540].

384. Esta opinión fue expresada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva relativa a la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, cuando declaró que «solo la parte con la que se tiene una obligación internacional puede presentar una demanda respecto de su violación»[541].

385. El derecho internacional contemporáneo, sin embargo, ha avanzado más allá del bilateralismo. Ya en los debates de la Comisión sobre la que luego sería la Convención de Viena de 1969, los Relatores Especiales trazaron una distinción entre tratados por los que se crean obligaciones que tienen los Estados entre sí en una red de relaciones recíprocas y tratados por los que se crea lo que Fitzmaurice denominó «un tipo más absoluto de obligación» —es decir, una obligación de carácter «íntegro» o «interdependiente». Como ejemplo de estas categorías citó las convenciones sobre el desarme y sobre el derecho humanitario. En esas convenciones las obligaciones no pueden reducirse significativamente a relaciones recíprocas de Estado a Estado[542]. En ese contexto, el interés de

---

[535] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (véase la nota 524 *supra*), pág. 32.

[536] I. D. Seiderman, *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension*, Antwerpen, Intersentia, 2001, pág. 123.

[537] Véase en especial B. Simma, «From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-VI*, vol. 250, págs. 230 y ss. Este término fue utilizado por primera vez por el Relator Especial Willem Riphagen en su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/354 y Add.1 y 2) (véase la nota 185 *supra*), pág. 42, párr. 91. Como señaló Simma, el término «bilateralista» comprende la esencia del derecho internacional con más precisión y es menos propenso a malentendidos que los adjetivos «relativo» o «de relación» (Simma, «From bilateralism to community interest in international law», pág. 230).

[538] Ph. Allott, *Eunomia. New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 1990, pág. 324.

[539] Simma, «From bilateralism to community interest in international law», (nota 537 *supra*), pág. 229.

[540] Weil (nota 181 *supra*), pág. 431. Análogamente, Alland (nota 251 *supra*). Para otro planteamiento que indica que el concepto de obligaciones *erga omnes* no es viable en términos jurídicos, véase J. Klabbers, «The scope of international law: *erga omnes* obligations and the turn to morality», en M. Tupamäki (ed.), *Liber Amicorum Bengt Broms: Celebrating His 70th Birthday 16 October 1999*, Helsinki, Finnish Branch of the International Law Association, 1999, pág. 177.

[541] *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 174 y ss., en especial págs. 181 y 182.

[542] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Gerald Fitzmaurice (A/CN.4/115) (véase la nota 139 *supra*), pág. 48, párr. 91.

la distinción reside en la manera en que habían de tratarse los conflictos entre tratados —de forma que la obligación de un tipo «más absoluto», era menos fácil de derogar por medio de una «modificación» o *lex posterior*.

386. El caso más frecuentemente citado en debates anteriores se refería a la prohibición del genocidio. Según el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, los tratados clásicos concernían a las ventajas y desventajas individuales para los Estados, o al mantenimiento de un equilibrio contractual[543]. Sin embargo, en virtud de convenciones tales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, los Estados no perseguían sus intereses nacionales individuales. Al contrario, tenían un «interés común, a saber: la realización de aquellos fines elevados que constituyen la razón de ser de la convención» y «por consiguiente, en una convención de este tipo no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales para los Estados, o del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre derechos y deberes»[544]. Desde este asunto, resulta habitual que los estudiosos, pero también los tribunales, tanto nacionales como internacionales, hagan referencia a «ciertos valores universales superiores»[545] y preferencias o intereses compartidos respecto de los que se traza una distinción entre normas de tipo contractual y normas que tienen más un carácter de derecho público.

387. El *locus classicus* a este respecto es naturalmente el pronunciamiento de la Corte en el asunto *Barcelona Traction* que puede haberse inspirado en los debates sostenidos desde la adopción de la Convención de Viena de 1969 sobre la naturaleza y la función de las «normas fundamentales» que no podían reducirse a la regulación de las relaciones bilaterales de Estado a Estado[546]. Aquí la expresión «*erga omnes*» (que en latín equivale a «respecto de todos o frente a todos») recibió gran atención pública por primera vez[547]. Como es bien sabido, la Corte declaró que Bélgica no tenía legitimación jurídica activa para actuar en nombre de los accionistas belgas de una sociedad canadiense contra España. En un famoso *obiter dictum*, la Corte declaró lo siguiente:

> Debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su conjunto y las surgidas respecto de otro Estado en la esfera de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*.
>
> Esas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han entrado en el cuerpo del derecho internacional general […] otros los confieren instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal[548].

388. La importancia de estos pasajes reside sobre todo en que indican que existen en efecto diferentes tipos de obligaciones en derecho internacional. Por una parte, están las obligaciones de carácter tradicional que existen respecto de otro Estado o Estados determinados sobre una base bilateral, y existen obligaciones que conciernen a todos los Estados y en cuya protección todos los Estados tienen un interés jurídico.

389. Aunque los ejemplos de obligaciones *erga omnes* citados por la Corte Internacional de Justicia también pueden tener la naturaleza de *jus cogens*, la Corte no trató de destacar su inderogabilidad. En vez de ello, quiso señalar el hecho de que hay algunas normas que generan una legitimación activa general para reclamar en caso de infracción[549]. Las normas *erga omnes* no se distinguían necesariamente por la importancia de su contenido. Eran normas con ciertos rasgos y características de procedimiento, a saber: la característica de que su violación puede ser invocada por cualquier Estado y no solo por los beneficiarios individuales. Eran obligaciones relativas a normas secundarias, no normas primarias[550]. La propia Comisión ha confirmado la doctrina de las obligaciones *erga omnes*. Incluso cuando la idea de que algunas violaciones o infracciones constituyen delitos tan graves contra el orden público internacional en su conjunto para calificarlas de «delitos» fue omitida finalmente del proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001, el proyecto de artículo 48 del texto final, como parte del compromiso resultante, fue redactado de forma que reconociera la posibilidad de una invocación de responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado:

> 1. Todo Estado, que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado […] si:
>
> *a*) la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados, del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o
>
> *b*) la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto[551].

---

[543] *Reservations to the Convention on Genocide* (véase la nota 326 *supra*), pág. 23.

[544] Ibíd.

[545] Gowlland-Debbas, «Judicial insights into fundamental values and interests» (nota 524 *supra*), pág. 328. Véase también Ch. J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, págs. 2 y 3 y en todo el texto.

[546] J. A. Frowein, «Obligations *erga omnes*», en Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3 (nota 498 *supra*), pág. 757.

[547] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (véase la nota 524 *supra*), pág. 32, párr. 33. En apoyo del concepto de obligaciones *erga omnes*, véanse O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, págs. 343 a 345; C. Annacker, «The legal régime of *erga omnes* obligations in international law», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 46, núm. 2 (1994), pág. 131. Para críticas, véase Weil (nota 181 *supra*), pág. 413.

[548] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (véase la nota 524 *supra*), pág. 32, párrs. 33 y 34.

[549] Véase M. Byers, «Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66 (1997), pág. 230.

[550] Véase también el cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) (nota 203 *supra*), pág. 37, párr. 92: «el concepto de la obligación *erga omnes* no se caracteriza por la importancia del interés protegido por la norma —aspecto que es típico del *jus cogens*— sino más bien por la "indivisibilidad jurídica" del contenido de la obligación, es decir, el hecho de que la disposición de que se trata establece obligaciones que vinculan simultáneamente a cada uno de los Estados destinatarios respecto de todos los demás. Esa forma jurídica es típica no solo de las normas imperativas, sino también de otras normas de derecho internacional general y ciertas disposiciones de tratados multilaterales (obligaciones *erga omnes partes*)».

[551] Artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 134.

390. En su comentario, la Comisión deja claro que esta disposición se refiere a las obligaciones del tipo que se menciona en el asunto *Barcelona Traction*. Aunque el texto es diferente, la disposición abarca también los casos que Fitzmaurice trató con la terminología de los tratados que establecen obligaciones «integrales» e «interdependientes». En particular, el apartado *a* del párrafo 1 trata de lo que el comentario califica de «obligaciones *erga omnes partes*» —es decir, obligaciones nacidas de un tratado y destinadas a proteger los «intereses colectivos» de las partes en el tratado[552]. El apartado *b* trata de las obligaciones *erga omnes* propiamente dichas, es decir, las obligaciones de derecho general cuya aplicación concierne a la «comunidad internacional en su conjunto».

2. ¿Con quién se tienen las obligaciones *erga omnes*?

391. La mayoría (aunque no todas) de las obligaciones *erga omnes* han surgido en la esfera de los derechos humanos y del derecho humanitario. En esos ámbitos, el derecho no crea obligaciones recíprocas entre los Estados de forma bilateral. La obligación de respetar la libertad de expresión en el territorio de un Estado, por ejemplo, no se dirige a ningún Estado en particular ni a los ciudadanos de Estados particulares. Más bien, en virtud de esa norma, el Estado asume una responsabilidad respecto de todas las personas sujetas a esa jurisdicción. No hay *quid pro quo* en esas relaciones. El Estado está obligado a respetar ese derecho independientemente de cómo se hayan comportado otros Estados[553].

392. Se plantea la cuestión de quiénes son los beneficiarios de las obligaciones *erga omnes* y de si la condición de beneficiario inmediato guarda alguna relación con la capacidad de reaccionar frente a las violaciones. Desde una perspectiva doctrinal puede parecer correcto decir que las obligaciones *erga omnes* «se basan no en un intercambio de derechos y deberes sino en la adición a un sistema normativo»[554]. No está claro en absoluto qué significa esto en término de los derechos procesales activados por una infracción efectiva.

393. Si un Estado responde de la tortura de sus propios ciudadanos, ningún Estado sufre individualmente ningún perjuicio directo. Aparte de la persona o personas directamente afectadas, cualquier daño atribuido a cualquier otra persona es puramente teórico, es decir, se basa en la presunción de que tal acto viola algunos valores o intereses «de todos», en la terminología del asunto *Barcelona Traction* la «comunidad internacional en su conjunto». Aunque el Estado que comete la tortura ha violado sus obligaciones, en términos de bilateralismo, no habría un Estado lesionado y, por tanto, ningún Estado tendría derecho a una reclamación[555]. Pero naturalmente la Comisión ha aceptado ahora que puede haber situaciones en las que también los Estados no lesionados pueden tener derecho a reclamar por una violación y que son precisamente esos tipos de situaciones en las que las violaciones concernían a la «comunidad internacional en su conjunto» y en las que todos los Estados tenían un interés jurídico[556]. En el caso de las obligaciones *erga omnes partes* que se aborda en el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 48 se trata de la situación en que se ha violado un interés colectivo de las partes en el tratado y en la que, por consiguiente, es razonable facultar a todas las partes al reclamar por la infracción. El apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 48 trata de todas las obligaciones *erga omnes* de carácter general que establecen un derecho para todos los Estados, es decir, en calidad de miembros de la «comunidad internacional», a reclamar por la violación[557].

394. A este respecto, puede encontrarse un buen resumen en la sentencia del asunto *Furundžija* del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia. Tras afirmar que la prohibición de la tortura era una norma de *jus cogens*, declaró también que establecía una obligación *erga omnes*, en los términos siguientes:

> Además, la prohibición de la tortura impone a los Estados obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones para con todos los demás miembros de la comunidad internacional, cada uno de los cuales tiene un derecho correlativo. Además, la violación de una obligación de esa naturaleza constituye al mismo tiempo una infracción del derecho correlativo de todos los miembros de la comunidad internacional y genera un derecho a reclamar el cumplimiento que corresponde a todos y cada uno de los miembros, quienes, por tanto, tienen el derecho a reclamar el cumplimiento de la obligación o en cualquier caso a pedir que se interrumpa la violación[558].

395. La distinción entre obligaciones «bilaterales» y obligaciones *erga omnes* parece análoga a la distinción,

---

[552] Ibíd., págs. 135 a 137, comentario al proyecto de artículo 48. Los ejemplos dados por la Comisión conciernen a los tratados que tienen que ver con el medio ambiente y la seguridad de una región o un sistema regional de protección de los derechos humanos.

[553] Como señaló Simma, los tratados de derechos humanos figuran entre aquellos acuerdos respecto de los cuales «las obligaciones no se aplican entre los Estados partes en absoluto, sino que obligan a los Estados contratantes a optar cierta "conducta paralela" dentro de su jurisdicción que no se manifiesta como un intercambio o interacción tangible *entre* las partes» (B. Simma, «Bilateralism and community interest in the law of State responsibility», en Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pág. 823).

[554] R. Provost, «Reciprocity in human rights and humanitarian law», *British Year Book of International Law 1994*, vol. 65, pág. 386.

[555] Seiderman llega incluso a afirmar que «no es apropiado dividir las normas de derechos humanos en normas que entrañan obligaciones *erga omnes* y normas que no lo hacen» (Seiderman (nota 536 *supra*), pág. 124). Una opinión diferente puede verse en Byers, «Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules» (nota 549 *supra*), pág. 232. Byers considera que las obligaciones *erga omnes* están dentro del modelo bilateral, e indica que «una norma *erga omnes* puede considerarse que entraña una serie de relaciones bilaterales idénticas entre cualquier posible pareja de Estados», y además tiene la característica de que cada Estado tiene derecho a presentar una reclamación, quienquiera que sufra la pérdida directa a causa de una infracción de tales obligaciones. La inspiración para ese tratamiento de la doctrina puede basarse en lo que la Corte Internacional de Justicia declaró en 1974 en el asunto *Nuclear Tests*. En su decisión la Corte declaró que «[l]as declaraciones unilaterales de las autoridades francesas se hicieron fuera de la Corte, públicamente y *erga omnes* […]. Los objetos de esas declaraciones son claros y se dirigían a la comunidad internacional en su conjunto, y la Corte declara que constituyen un compromiso que surte efecto jurídico» (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 253 y ss., en especial pág. 269, párrs. 50 y 51). Según la argumentación de esta temprana opinión, las obligaciones *erga omnes* no serían en realidad más que obligaciones que un Estado ha asumido en relación con todos los Estados de la comunidad internacional.

[556] Artículo 42 *b* del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 125.

[557] Ibíd., págs. 135 a 137, comentario al proyecto de artículo 48.

[558] *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 502 *supra*), *Judicial Reports 1998*, pág. 567, párr. 151; ILR, vol. 121 (2002), pág. 260.

en derecho interno, entre contratos y obligaciones de derecho público. En estas últimas, la relación se establece entre el sujeto jurídico y la autoridad pública. Incluso si una infracción de ésta puede infringir un interés individual, la capacidad de reaccionar (como la mayoría de los derechos penales) como en general en derecho penal reside en la autoridad pública.

396. Sin embargo, esto no significa que los Estados puedan reaccionar solamente mediante un proceso colectivo. En efecto, si ese fuera el caso, la ausencia de procedimientos de acción colectiva de carácter general —aparte de los previstos en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas— privaría prácticamente de significado a la disposición sobre las obligaciones *erga omnes*. Como señaló Gaja en su informe al Institut de Droit International, una reacción colectiva en la que participen todos los Estados es «en la práctica imposible». Por consiguiente, debe llegarse a la conclusión de que una obligación para con la «comunidad internacional en su conjunto», se debe también a cada Estado individualmente y sin ningún interés específico respecto de esa parte del Estado y que cada uno de ellos está facultado a reaccionar en caso de violación. También el que otros sujetos, es decir personas, grupos de personas u organizaciones, puedan estar facultados a reaccionar depende del contenido de la norma pertinente y de si existen vías adecuadas para esa reacción[559].

397. También se ha dicho que el hecho de que una obligación exista con respecto a todos (*erga omnes*) es pertinente para determinar las consecuencias de su infracción. En particular, puede conllevar la obligación de no reconocimiento. Examinando la legalidad de la barrera de seguridad construida por Israel en parte sobre el territorio ocupado de Palestina, la Corte Internacional de Justicia declaró lo siguiente:

> Las obligaciones *erga omnes* infringidas por Israel son la obligación de respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y algunas de sus obligaciones en virtud del derecho humanitario internacional. […]
>
> Habida cuenta del carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados, la Corte entiende que todos los Estados están obligados a no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro…[560].

398. La Corte especificó esto declarando que:

> También están obligados a no prestar ayuda o asistencia para mantener la situación creada por esa construcción. Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional, velar por que se ponga fin a todo impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación. Además, todos los Estados partes en el Convenio de Ginebra sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949, están obligados, dentro del respeto de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional, a velar por el cumplimiento por Israel del derecho internacional humanitario establecido en ese Convenio[561].

3. Obligaciones *erga omnes partes*

399. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction* contiene una declaración en el sentido de que «los instrumentos que establecen derechos humanos no confieren a los Estados la capacidad de proteger a las víctimas de infracciones de tales derechos con independencia de su nacionalidad»[562]. Estas palabras pueden entenderse en el sentido de que las obligaciones *erga omnes* no pueden basarse en el derecho de los tratados. Esto, sin embargo, no puede haber sido lo que quiso decir la Corte. Una opinión más correcta parece ser que lo que la Corte quiso decir es que acuerdos específicos pueden encauzar la legitimación activa (*locus standi*) por procedimientos adecuados. Es decir, la declaración no se referiría a las fuentes de las obligaciones *erga omnes*, sino a las particularidades técnicas de los tratados de derechos humanos. Como ha dicho Ian Seiderman, «a fin de ejercitar una *actio popularis*, un Estado u otro sujeto de derecho internacional necesitaría legitimación activa y un foro. Las obligaciones *erga omnes* se refieren solamente al primer requisito»[563].

400. No obstante, no debería exagerarse la distinción entre legitimación activa (*locus standi*) y jurisdicción. En el caso de la responsabilidad de los Estados, principal ámbito de las obligaciones *erga omnes*, la falta de competencia no extingue la reclamación. En la esfera de los derechos humanos, por ejemplo, el derecho general de la responsabilidad de los Estados resulta plenamente invocable para los actores que representen a la «comunidad internacional en su conjunto» aun cuando el ejercicio de la «*actio popularis*» quede fuera de las posibilidades ofrecidas por el foro determinado[564].

---

[559] G. Gaja, «Obligations and rights *erga omnes* in international law», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71-I (período de sesiones de Cracovia, 2005, primera parte), pág. 126.

[560] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 534 *supra*), págs. 199 y 200, párrs. 155 y 159.

[561] Ibíd., pág. 200, párr. 159. Sin embargo, esto no dejó de ser cuestionado por otros magistrados. Así, la Magistrada Higgins en su voto particular declaró que «a diferencia de la Corte», no pensaba que «la consecuencia especificada de violaciones identificadas del derecho internacional tenga nada que ver con el concepto de obligaciones *erga omnes* […]. El famoso *dictum* de la Corte en el asunto *Barcelona Traction* […] se invoca frecuentemente con más amplitud de la que tiene. Por desgracia, esto es lo que sucede ahora en esta opinión […]. Ese *dictum* se refería a una cuestión muy específica del *locus standi* jurisdiccional. […] No tiene nada que ver con la imposición de obligaciones sustantivas a terceros en un asunto». Y agregó: «que una situación ilegal no sea reconocida o ayudada por terceros es evidente, y no requiere invocar el vago concepto de obligaciones "*erga omnes*". […] La obligación que incumbe a los Miembros de las Naciones Unidas de no reconocer […] y no ayudar no se basa en la noción de obligación "*erga omnes*"» (ibíd., pág. 216, párrs. 37 y 38, voto particular de la Magistrada Higgins).

[562] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (véase la nota 524 *supra*), pág. 47, párr. 91.

[563] Seiderman (nota 536 *supra*), págs. 136 y 137. Análogamente, en el asunto *East Timor*, la Corte Internacional de Justicia declaró que: «el carácter *erga omnes* de una norma y la regla del consentimiento en la jurisdicción son dos cosas diferentes. Cualquiera que sea la naturaleza de la obligación invocada, la Corte no puede resolver sobre la licitud de la conducta de un Estado cuando su sentencia entrañe una evaluación de la licitud de la conducta de otro Estado que no es parte en el asunto. Por consiguiente, la Corte no puede actuar, incluso si el derecho en cuestión es un derecho *erga omnes*» (*East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 90 y ss., en especial pág. 102, párr. 29). Véase también *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 534 *supra*), pág. 216, párr. 37 (voto particular de la Magistrada Higgins), en el que afirma que el *dictum* en el asunto *Barcelona Traction* se refería a una cuestión muy específica de legitimación activa (*locus standi*).

[564] Respecto de la idea de utilizar la noción de obligaciones *erga omnes* para conferir legitimación activa a los actores no estatales, véase, por ejemplo, H. Charlesworth y Ch. Chinkin, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000, págs. 94 y 95.

401. Esta lógica se expresó respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos ya hace mucho tiempo. En el asunto *Pfunders* en 1961[565] el Gobierno austriaco alegó que el proceso penal ante los tribunales italianos se había tramitado en conflicto con el artículo 6 del Convenio. El Gobierno italiano objetó que los órganos del tratado carecían de competencia *ratione temporis* para conocer del asunto, ya que Austria no había ratificado el Convenio en el momento de los hechos discutidos y, por tanto, no estaba facultada para presentar la reclamación. No obstante, la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó este argumento con la famosa declaración de que

la finalidad de las Altas Partes Contratantes al celebrar el Convenio no había sido concederse recíprocamente derechos y obligaciones en beneficio de sus intereses nacionales individuales, sino realizar los objetivos e ideales del Consejo de Europa, expresados en su Estatuto, y establecer un orden público común para las democracias libres de Europa con el objeto de salvaguardar su patrimonio común de tradiciones políticas, ideales y libertad y el imperio del derecho;

[…]

las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en el Convenio Europeo tienen esencialmente un carácter objetivo por estar destinadas más bien a proteger los derechos fundamentales de las personas individuales frente a su infracción por cualquiera de las Altas Partes Contratantes más que a crear derechos subjetivos y recíprocos para las propias Partes Contratantes[566].

402. Por tanto, hay que llegar a la conclusión de que no puede decirse que la fuente de una norma sea decisiva para determinar si esa norma genera o no obligaciones *erga omnes*[567]. Es más bien el carácter de las normas primarias el que determina la naturaleza de las normas secundarias.

403. Que en efecto las obligaciones *erga omnes* pueden basarse en normas convencionales también lo ha confirmado el Institut de Droit International. La resolución titulada «Las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional», adoptada en 2005, define una obligación *erga omnes* como sigue:

a) una obligación, establecida por el derecho internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas; o

b) una obligación *establecida por un tratado multilateral** en el sentido de que un Estado parte en el tratado tiene en cualquier caso determinado con respecto a todos los demás Estados partes en el mismo Tratado, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, a fin de que una violación de esa obligación permita a todos esos Estados adoptar medidas[568].

4. La relación entre el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*

404. La estrecha relación entre el *jus cogens* y la noción de obligaciones *erga omnes* es una fuente constante de confusión. Las normas de *jus cogens* son normas particularmente importantes que se caracterizan por su inderogabilidad. Una norma que esté en oposición a ellas es, como hemos visto, nula de pleno derecho. Las obligaciones *erga omnes* son obligaciones en cuyo cumplimiento cada Estado («la comunidad internacional en su conjunto») tiene un interés jurídico. Es probable que todos los Estados tengan un interés jurídico en la observancia de normas cuya derogación no está permitida. En este sentido, es razonable suponer que todas las normas de *jus cogens* constituyen obligaciones *erga omnes*. Pero esta ecuación no funciona a la inversa. Del hecho que todos los Estados tengan interés en el cumplimiento de una obligación no se sigue necesariamente que esas normas sean imperativas, es decir, que las obligaciones en oposición a ellas no resultan necesariamente nulas de pleno derecho.

405. En el comentario del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión analizó la relación entre el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* como sigue:

Mientras que las normas imperativas de derecho internacional general se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un pequeño número de obligaciones fundamentales, en el caso de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los países en su cumplimiento, es decir, desde el punto de vista de los presentes artículos, en tener derecho a invocar la responsabilidad de un Estado que cometa una violación. Teniendo en cuenta esa diferente orientación, conviene reflejar las consecuencias de los dos conceptos de dos maneras distintas. En primer lugar, las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general pueden tener consecuencias adicionales, no solo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados. En segundo lugar, todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto[569].

406. En el asunto *Furundžija*, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia dejó clara la relación entre el efecto procesal de las obligaciones *erga omnes* y la relación del *jus cogens* con la jerarquía normativa:

En tanto que la naturaleza *erga omnes* que acaba de mencionarse pertenece a la esfera de la aplicación internacional (*lato sensu*), la otra característica principal desde el principio que proscribe la tortura se refiere a la jerarquía de las normas en el orden normativo internacional[570].

---

[565] Decisión de la Comisión sobre la admisibilidad de la demanda núm. 788/60 presentada por el Gobierno de la República Federal de Austria contra el Gobierno de la República Italiana, de 11 de enero de 1961, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1961*, vol. 4, pág. 116.

[566] Ibíd., págs. 138 y 140.

[567] Véase también Annacker (nota 547 *supra*), pág. 136, quien afirma que «[l]a fuente de una norma no permite de por sí sacar ninguna conclusión respecto de la estructura de las obligaciones impuestas y de los derechos afectados por la norma primaria del régimen de responsabilidad (normas secundarias)».

[568] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71-II (período de sesiones de Cracovia, 2005, segunda parte), pág. 287, art. 1. Véase también el cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Gaetano Arangio-Ruiz (A/CN.4/444 y Add.1 a 3) (nota 203 *supra*), pág. 37, párr. 92, en el que dice «[e]sa forma jurídica [las obligaciones *erga omnes*] es típica no solo de las normas imperativas sino también de otras normas de derecho internacional general y ciertas disposiciones de tratados multilaterales (obligaciones *erga omnes partes*)».

[569] Comentario general al capítulo III de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párr. 7, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 119 y 120. Michael Byers ha descrito la misma relación en los siguientes términos: «Las normas de *jus cogens*, también conocidas como "normas imperativas", son normas no derogables del "orden público" internacional. Resultan nulas las demás normas no imperativas que estén en oposición a ellas. En cambio, las normas *erga omnes* son normas que, de ser violadas, generan un derecho general de legitimación activa (*locus standi*) —entre todos los Estados sujetos a esas normas— para presentar reclamaciones» (Byers, «Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules» (nota 549 *supra*), pág. 211).

[570] *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 502 *supra*), *Judicial Reports 1998*, pág. 569, párr. 153; ILR, vol. 121 (2002), pág. 260.

5. Conclusión

407. El examen de la jerarquía confirma la conclusión ya aceptada al final de los capítulos precedentes. Aunque no hay una única serie fija de relaciones jerárquicas entre las normas, los principios y las obligaciones de derecho internacional, esto no significa que no existan relaciones de superioridad e inferioridad, sino que las que hay no pueden determinarse de una manera abstracta, independientemente de los contextos en que se invoquen algunas normas (reglas, principios) frente a consideraciones contrapuestas. Aunque es habitual tratar de la jerarquía en derecho internacional en términos de normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*, no es claro que estos sean los únicos casos o de hecho los más relevantes a efectos prácticos. Como hemos visto en los capítulos II y III *supra*, hay otras normas importantes, por ejemplo: las normas convencionales de carácter «integral» e «interdependiente», los «principios inviolables», las «consideraciones elementales de humanidad» y las cláusulas de los tratados que no pueden violarse sin socavar al mismo tiempo el objeto y el fin del tratado, que desempeñan un papel más importante en la práctica del razonamiento jurídico. Puede suceder que la atención prestada a las máximas latinas bien conocidas haya desviado la atención de estos tipos más ordinarios de relaciones de importancia.

408. No obstante, la presente sección ha destacado la clara diferencia que existe entre normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*. Las primeras tienen que ver con la «importancia» normativa de una norma, las segundas con su «ámbito o alcance» procedimental. En tanto que una norma de *jus cogens* tiene necesariamente un alcance *erga omnes*, no todas las obligaciones *erga omnes* tienen rango de *jus cogens*. Y aunque es cierto que la cuestión de a qué categoría pertenezcan las normas ha de debatirse cada vez por separado, en el decenio de 1990 se ha forjado un sólido consenso profesional sobre la naturaleza de al menos algunas prohibiciones que tienen naturaleza de *jus cogens* y la violación de algunas obligaciones que confieren a los Estados no lesionados legitimación activa para reclamar. No obstante, el hecho de que las categorías sean flexibles no significa que carezcan de sentido. Al contrario, su relativa apertura permite su uso razonable en situaciones particulares de conflicto de normas (*jus cogens*) o cuando hay que decidir sobre la legitimación activa respecto de algunas obligaciones (obligaciones *erga omnes*).

409. Pero el derecho es una tarea sistemática y los debates sobre normas superiores e inferiores siguen siendo un terreno fértil para reflexionar sobre la «constitucionalización» y la «fragmentación». El Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas ciertamente indica el rango jerárquicamente superior de la Carta sobre otras partes del derecho internacional, en tanto que la idea misma de *jus cogens* indica que incluso las políticas de las Naciones Unidas pueden topar con un límite «constitucional». Naturalmente, ya nadie cuestiona de forma significativa la noción de *jus cogens*. Todos los debates actuales se refieren a la determinación de su contenido, en particular respecto de la calificación de algún hecho o acontecimiento. A este respecto, todo depende de la evolución de las preferencias políticas[571]. No obstante, la importancia de la noción, lo mismo que la importancia de las obligaciones *erga omnes*, quizá resida menos en la forma en que los conceptos «se aplican» de hecho que en cuanto indicios de las posibilidades de debate y de los límites para la toma de decisiones institucionales. En esa medida, las nociones atenúan el grado en el que la fragmentación del derecho internacional parece problemática.

[571] A este respecto, son particularmente importantes las deliberaciones del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el caso núm. T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas* (véase la nota 485 *supra*). Como ya se ha señalado, el Tribunal declaró que tenía competencia para examinar la conformidad de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con el *jus cogens*. En un punto determinado habló del «nivel de protección universal de los derechos fundamentales de la persona establecido en el *jus cogens*» (párr. 286), e indicó que no todos los «derechos fundamentales» constituían por el hecho de serlos *jus cogens*. No obstante, en un pasaje posterior el Tribunal pasó a examinar «si la congelación de fondos […] viola los derechos fundamentales de los demandantes» (párr. 288), reconociendo por tanto de hecho las dos categorías: los «derechos fundamentales» y el «*jus cogens*». Esa amplia concepción del *jus cogens* aparece también en la declaración del Tribunal de que «una privación arbitraria» del derecho de propiedad «podría considerarse, en cualquier caso, contraria al *jus cogens*» (párr. 293). También es interesante la opinión del Tribunal en el sentido de que, si bien el derecho de acceso a los tribunales tiene rango de *jus cogens*, ello no significa que sea ilimitado. Al contrario, su limitación por medidas adoptadas en cumplimiento del Artículo 103 de la Carta parecía «inherente a dicho derecho, tal como es garantizado por el *jus cogens*» (párr. 343).

Capítulo V

La integración sistémica y el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

A. Introducción. El «principio de integración sistémica»

410. En los capítulos anteriores se han analizado tres tipos de relación entre las normas y principios del derecho internacional: entre normas especiales y generales, entre normas anteriores y posteriores, y entre normas y principios con diferente autoridad normativa. En cada capítulo se ha razonado que la técnica jurídica es perfectamente capaz de solucionar conflictos o solapamientos normativos estableciendo una relación determinada entre las normas y principios. Se ha destacado que en ese proceso no hay nada automático o mecánico. El funcionamiento de las técnicas pertinentes (*lex specialis*, *lex posterior* y *lex superior*) depende de lo que se consideren los aspectos pertinentes de cada caso. Las decisiones sobre si debe prevalecer el carácter especial o general de una norma, o si se debe dar prioridad a la norma más antigua o más reciente, dependen de aspectos como la voluntad de las partes, el carácter de los instrumentos y su objeto y fin, así como lo que podría considerarse una forma razonable de aplicarlos perturbando mínimamente el funcionamiento del sistema jurídico.

411. Además de la contextualidad, otro elemento manifiesto en los anteriores estudios de la práctica internacional ha sido el intento de evitar invalidar la norma que se dejará de lado, con la única excepción de la doctrina abstracta y, hasta la fecha, bastante somera del *jus cogens*. Es decir, se ha procurado no insinuar que un tratado debidamente aprobado o una costumbre seguida por los Estados se quedaría, en cierto sentido, sin efecto jurídico alguno. Esto se ha conseguido, en particular, mediante dos técnicas. En primer lugar, intentando armonizar las normas aparentemente en conflicto interpretándolas de manera que sean compatibles. En segundo lugar, sustituyendo la cuestión de la validez por la cuestión de la prioridad. La norma que se dejará de lado permanecerá como «en segundo plano» y seguirá influyendo en la interpretación y aplicación de la norma a la que se haya dado prioridad.

412. De ello se deduce que, contrariamente a lo que se ha afirmado en algunas ocasiones, no puede distinguirse entre la solución de conflictos y la interpretación. La manera en que se interpretan las normas pertinentes determina si existe un conflicto y qué puede hacerse con los conflictos *prima facie*. Es muy importante destacar esto. La interpretación no entra en juego únicamente cuando ya se ha comprobado que existe un conflicto, sino que las normas parecen ser compatibles o estar en conflicto *como consecuencia de la interpretación*. A veces puede ser útil destacar el carácter contradictorio de dos normas o conjuntos de normas para señalar la necesidad de la intervención legislativa. No obstante, suele parecer más apropiado quitar importancia a esa sensación de conflicto e interpretar el material pertinente destacando su contribución a algún objetivo en general compartido («sistémico»). Un ejemplo de ello es la técnica del «apoyo mutuo». Sin embargo, independientemente de la opción que se elija, el proceso de razonamiento sigue caminos jurídicos muy trillados: referencias al sentido corriente, la voluntad de las partes, las expectativas legítimas, la buena fe y la práctica subsiguiente, así como el «objeto y fin» y el principio de la eficacia. Por último, si se ha de establecer una prioridad clara, ésta puede lograrse, como se ha expuesto en las secciones anteriores, mediante tres criterios: *a*) la especificidad (*lex specialis*), *b*) la temporalidad (*lex posterior*) y *c*) el rango (*jus cogens*, obligaciones *erga omnes* y Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas).

413. Por lo tanto, no sorprende que la Convención de Viena de 1969 se ocupe de la pluralidad de normas y principios en el contexto de la interpretación de los tratados. En particular, puede interpretarse que el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 expresa lo que podría llamarse principio de «integración sistémica»[572], el proceso estudiado en todo este informe por el cual las obligaciones internacionales se interpretan en relación con su entorno («sistema») normativo. El apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena dice así:

> Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
>
> […]
>
> *c*) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

414. Las razones que justifican ese principio son comprensibles. Todas las disposiciones de tratados reciben su fuerza y validez del derecho general, y establecen derechos y obligaciones que existen junto con los derechos y obligaciones establecidos por otras disposiciones de tratados y normas de derecho internacional consuetudinario. Ninguno de esos derechos u obligaciones tiene ninguna prioridad *intrínseca* sobre otros. La cuestión de su relación solo puede abordarse mediante un proceso de razonamiento que los haga parecer partes de un conjunto coherente y significativo. Por ello, como señaló McNair, deben aplicarse e interpretarse tomando como telón de fondo los principios generales de derecho internacional[573] o, como observó el Tribunal de Arbitraje en el asunto *Georges Pinson*, se debe estimar que un tratado se remite a esos principios en todas aquellas cuestiones que no resuelve por sí mismo en términos explícitos o de otra manera[574]. La referencia a las normas generales de derecho internacional en el transcurso de la interpretación de un tratado es una parte cotidiana, a menudo inconsciente, del proceso de interpretación. En el capítulo II se ha estudiado cómo tiene lugar en relación con el funcionamiento de regímenes especiales (y no «autónomos»). En la actividad de los órganos especializados creados en virtud de tratados se suele dar por sentado sin controversia un amplio conjunto de antecedentes jurídicos. Ningún tribunal pedirá pruebas de la norma *audiatur et altera pars* o pondrá en tela de juicio el carácter de «Estado» de un Estado Miembro de las Naciones Unidas. Esas cuestiones se toman como datos conocidos y si una parte impugna la pertinencia de una norma de procedimiento de ese tipo o la condición de derecho público debe justificar su (poco ortodoxa) posición.

415. Sin embargo, el principio de integración sistémica va más allá de reafirmar meramente la aplicabilidad del derecho internacional general en el funcionamiento de determinados tratados, señalando la necesidad de tener más en cuenta el entorno normativo. Esto no es ninguna novedad. Así, por ejemplo, el Tribunal de Arbitraje en un asunto franco-belga de 1937 pudo declarar lo siguiente, sin dar más explicaciones:

> Haciendo abstracción de la interpretación gramatical y lógica, se ha de tener en cuenta que hay que situar e interpretar el acuerdo Tardieu-Jaspar en el marco de los acuerdos de La Haya de enero de 1930, es decir, en el marco del Plan Young, que determina rigurosamente mediante qué método se efectuarán los «pagos y transferencias alemanes»[575].

416. En ese caso se interpretó un tratado remitiéndose a otro. Resultó evidente que el asunto franco-belga estuvo relacionado con el intento general de solucionar el problema de las reparaciones de Alemania y que ese hecho —la relación del tratado con esa solución general— no pudo pasarse por alto en la interpretación del acuerdo. Más en general, si el objetivo del derecho

[572] Combacau y Sur, *Droit international public* (nota 507 *supra*), pág. 175, y, con mucho más detalle, C. McLachlan, «The principle of systemic integration and article 31 (3) (*c*) of the Vienna Convention», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, núm. 2 (abril de 2005), págs. 279 a 320.

[573] McNair (nota 58 *supra*), pág. 466.

[574] *Georges Pinson (France) v. United Mexican States* (véase la nota 244 *supra*), pág. 422.

[575] *Différend concernant l'Accord Tardieu-Jaspar* (Bélgica/Francia), laudo de 1 de marzo de 1937, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III (núm. de venta: 1949.V.2), págs. 1701 y ss., en especial pág. 1713.

internacional es, efectivamente, coordinar las relaciones entre los Estados, se deduce que las normas específicas deben interpretarse en relación con otras normas relativas a los mismos hechos de que se ocupa el tratado que se está interpretando. Ejemplo de ello son lo que Fitzmaurice denominó «cadenas» de tratados que tienen el mismo tipo de problema en diferentes niveles o desde puntos de vista (técnicos, geográficos) particulares[576]. Como señaló el Tribunal de Arbitraje en el asunto *Atún de aleta azul del sur* (2000):

> en el derecho internacional y en la práctica de los Estados suele ocurrir que más de un tratado sea pertinente para resolver una controversia determinada. […] Con frecuencia se da un paralelismo entre tratados […]. Toda la serie de obligaciones jurídicas internacionales es objeto de un proceso de adición y acumulación[577].

417. En la era de los tratados marco y los tratados de ejecución, esto parece evidente. La doctrina del «paralelismo de los tratados» se ocupa precisamente de la necesidad de coordinar la interpretación de determinados instrumentos o de considerarlos desde un punto de vista de «apoyo mutuo». En el asunto *Atún de aleta azul del sur* entró en juego la relación entre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y un tratado de pesca concertado para aplicar dicha Convención. Habría sido improcedente, y desde luego contrario a la intención de las partes, interpretar esos instrumentos independientemente. Si bien podría debatirse cómo se debería concebir esa relación —¿formaban parte o no de lo que se denomina «régimen» en el capítulo III, sección B.1, *supra*?—, en particular en vista de las disposiciones superpuestas sobre la solución de controversias, el propio Tribunal se dio plenamente cuenta de que no podía pasar por alto que el problema surgía en relación con ambos tratados[578].

418. Sin embargo, el problema no se limita a las relaciones entre los tratados marco y los tratados de ejecución (al fin y al cabo, esas caracterizaciones no tienen un contenido fijo). Está claro que la decisión sobre qué tratado es aplicable o cómo se delimita la competencia de un tribunal no puede depender de cómo prefiera un Estado calificar un problema. Daillier y Pellet lo expresan claramente:

> Un tratado no puede considerarse aisladamente. No solo está enraizado en las realidades sociales, sino que sus disposiciones deben confrontarse con otras normas jurídicas con las que puedan competir[579].

419. Nada de esto predetermina lo que significa «confrontar» una norma con otra o cómo podrían «competir». Esas cuestiones deben interpretarse en función de la situación. Lo único importante —pero muy importante— es que no puede pasarse por alto el entorno normativo y que el principio de integración se debe tener presente al interpretar los tratados. Esto apunta a la necesidad de llevar a cabo la interpretación de las normas siguiendo cierto objetivo comprensible y coherente, de manera que se dé prioridad a las cuestiones más importantes en detrimento de objetivos menos importantes. Esto es lo único a que obliga el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31: a la integración de una noción de coherencia y pertinencia en el proceso de razonamiento jurídico, en particular por las cortes y tribunales. El éxito o fracaso de esa empresa se medirá por la opinión del mundo jurídico sobre los resultados.

420. Este capítulo puede entenderse como una aclaración del entorno y funcionamiento del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena, pero también como un resumen de gran parte de lo expuesto en los capítulos anteriores. Ese artículo es la más clara expresión formal del carácter sistémico del derecho internacional. Como indicó la Sra. Hanqin Xue durante los debates que tuvieron lugar en la Comisión sobre la importancia del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, esa disposición funciona como una «llave maestra» de la casa del derecho internacional[580]. Si existe un problema sistémico —una incoherencia, un conflicto o un solapamiento entre dos o más normas— y no se puede solucionar por otros medios interpretativos, siempre se puede recurrir a ese artículo para proceder con fundamento.

421. Evidentemente, puede darse el caso a menudo de que no es necesario recurrir formalmente a esa disposición porque otras técnicas atienden suficientemente a la necesidad de tener en cuenta el entorno normativo. Como hemos visto, el derecho consuetudinario, los principios generales de derecho y las disposiciones generales de los tratados constituyen los antecedentes interpretativos de las disposiciones específicas de los tratados y, para lograr la integración sistémica, suele bastar con remitirse a ellos. En ocasiones se estima que el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 no hace sino confirmar ese extremo. Por ejemplo, en el reciente arbitraje entre Francia y los Países Bajos acerca de la aplicación del Convenio sobre la Protección del Rin contra la Contaminación por Cloruros (2004), una de las partes pidió al Tribunal que aplicara el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 para apoyar su opinión de que el principio «quien contamina paga» era aplicable al caso. El Tribunal examinó esa opinión y observó a continuación:

> el principio figura en determinados instrumentos, tanto bilaterales como multilaterales, con niveles de efectividad variables. Sin negar su importancia en el derecho convencional, el Tribunal no estima que ese principio forme parte del derecho internacional general[581].

---

[576] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Gerald Fitzmaurice (A/CN.4/115) (véase la nota 139 *supra*), pág. 47, párr. 89 *b*.

[577] *Southern Bluefin Tuna Case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan* (véase la nota 26 *supra*), pág. 40, párr. 52.

[578] Para el debate sobre los problemas que surgen como consecuencia de la prevalencia otorgada por el Tribunal a las disposiciones de solución de controversias del tratado regional (Convención sobre la Conservación del Atún de Aleta Azul del Sur) sobre las disposiciones (obligatorias) de la parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, véanse J. Peel, «A paper umbrella which dissolves in the rain? The future for resolving fisheries disputes under UNCLOS in the aftermath of the Southern Bluefin Tuna arbitration», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1 (mayo de 2002), págs. 53 a 78; y B. Kwiatkowska, «The *Ireland v. United Kingdom (Mox Plant)* case: applying the doctrine of treaty parallelism», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 18, núm. 1 (marzo de 2003), pág. 52 y notas.

[579] Daillier y Pellet, *Droit international public* (nota 74 *supra*), pág. 266.

[580] McLachlan (nota 572 *supra*), págs. 280 y 281.

[581] *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976*, laudo de 12 de marzo de 2004, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (núm. de venta: E/F.05.V.5), págs. 267 y ss., en particular pág. 312, párr. 103.

422. Sin embargo, si el alcance del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 fuera únicamente ése, habría sido innecesario formularlo. No obstante, su formulación no se limita al «derecho internacional general», sino que se aplica a «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». En la Comisión se propuso agregar la palabra «general», pero no se aprobó. Las referencias predominantes, aunque no exclusivas, en la Comisión fueron otras normas de tratados. Más adelante se estudiará si, en el caso de los tratados multilaterales, esto obliga a que todas las partes en el tratado que se vaya a interpretar sean partes también en los demás tratados que «habrán de tenerse en cuenta»[582].

423. En ocasiones se afirma que los tribunales internacionales u órganos de aplicación (de tratados) no están facultados para «salirse» de la esfera normativa de su instrumento constituyente o que, cuando los órganos de arbitraje deliberan sobre el laudo, no deberían tener en cuenta las normas o principios que no estén incorporados en el tratado en conflicto o en el compromiso pertinente. Sin embargo, si, como se ha expuesto en la sección E del capítulo I *supra*, todo el derecho internacional existe en relación sistémica con otras ramas del derecho, no se puede realizar dicha aplicación sin situar el instrumento jurisdiccional pertinente en su entorno normativo[583]. Esto significa que, si bien un tribunal puede tener competencia únicamente en relación con un instrumento determinado, siempre debe *interpretar* y *aplicar* ese instrumento en su relación con su entorno normativo, es decir, con el «resto» del derecho internacional[584]. Ese es el principio de integración sistémica que se expresa en el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. Es cierto que se ha criticado la formulación de esa disposición por no ser lo suficientemente clara en su alcance sustantivo y temporal y en su fuerza normativa: ¿en qué medida debe tenerse en cuenta el «resto» del derecho? ¿Qué hay del derecho anterior o posterior? y ¿qué se entiende realmente por «tener en cuenta»? Como observó el Magistrado Weeramantry en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros*, la disposición apenas abarca ese aspecto con el grado de claridad necesaria para un asunto tan importante[585]. Thirlway incluso duda que ese apartado sirva de algo en la interpretación de un tratado[586]. Sin embargo, si el artículo no es más que la expresión de un principio más amplio —el de «integración sistémica»— y ese principio, a su vez, expresa un aspecto razonable o incluso necesario de la práctica del razonamiento jurídico, un análisis de sus usos reales y posibles constituye una contribución útil al estudio de la supuesta fragmentación (o diversificación) del derecho internacional.

B. El apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

1. *Estructura*

424. El apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 se enmarca en la sección tercera de la parte III de la Convención de Viena de 1969, dedicada a la interpretación de los tratados. El artículo 31 enuncia la «regla general de interpretación» en los siguientes términos:

> 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
>
> 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
>
> *a*) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
>
> *b*) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
>
> 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
>
> *a*) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
>
> *b*) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
>
> *c*) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
>
> 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

425. Según el párrafo 3, al interpretar un tratado deben tenerse en cuenta, juntamente con el contexto, tres cuestiones que no están ordenadas por su prioridad. La tercera de ellas es «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Lo dispuesto por el párrafo 31 forma parte obligatoriamente del proceso de interpretación, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 32 sobre los trabajos preparatorios como «medios de interpretación complementarios», a los que hay que remitirse si el sentido de los términos del tratado es ambiguo, oscuro, absurdo o irrazonable[587].

426. El análisis textual del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 revela varios aspectos de la norma que merecen destacarse:

a) Se refiere a toda «norma de derecho internacional», destacando así que, a los efectos de la interpretación, se deben tener en cuenta las normas de derecho, y no principios o consideraciones más generales que pueden no haberse establecido firmemente como normas.

---

[582] La propuesta (muy limitada) de que debería ser así fue formulada recientemente por un grupo especial de la OMC en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, informes del Grupo Especial, WT/DS291/R y Add.1 a 9 y Corr.1, WT/DS292/R y Add.1 a 9 y Corr.1, WT/DS293/R, Add.1 a 9 y Corr.1, aprobados el 21 de noviembre de 2006, párrs. 7.70 a 7.72.

[583] Al respecto, véase también Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), págs. 460 a 463 y *passim*.

[584] Esto no equivale a decir que en la práctica sería fácil —o incluso posible— distinguir esos aspectos entre sí. De hecho, la imposibilidad de hacerlo fue un motivo fundamental por el cual la Comisión se abstuvo de aprobar normas sobre el derecho intertemporal (véase la sección D.3 *infra*). La cuestión es conceptual y remite a la manera en que cualquier derecho u obligación tiene una doble cara: una creación de un tratado que es «aplicable» y, en lo esencial, se determina mediante la «interpretación».

[585] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 119 *supra*), pág. 114 (voto particular del Magistrado Weeramantry).

[586] H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Three)», *British Year Book of International Law 1991*, vol. 62, pág. 58.

[587] Esto fue confirmado también por el Grupo Especial de la OMC en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* (véase la nota 582 *supra*), párr. 7.69.

b) La formulación se refiere a las normas de derecho internacional en general. Esto abarca todas las fuentes de derecho internacional, incluida la costumbre, los principios generales y, según proceda, otros tratados.

c) Esas normas deben ser pertinentes y «aplicable[s] en las relaciones entre las partes». En el apartado no se especifica si, al determinar la pertinencia y la aplicabilidad, deben tenerse en cuenta todas las partes en el tratado de que se trate o únicamente las que estén en conflicto.

d) El apartado no tiene ninguna disposición temporal. En él no se afirma si las normas de derecho internacional aplicables se deben determinar en la fecha en que se concertó el tratado o en la fecha en que surge la controversia.

427. Evidentemente, se acepta en general que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 reflejan el derecho internacional consuetudinario[588]. Su atractivo puede atribuirse al hecho de que adoptan una serie de consideraciones prácticas que resultan familiares en el contexto nacional y, al mismo tiempo, lo suficientemente generales y flexibles para proporcionar una respuesta razonable a la mayoría de los problemas de interpretación. La Convención evita adoptar una postura respecto de ninguno de los grandes debates doctrinales sobre la interpretación. Los artículos adoptan un enfoque de «sentido corriente» e «intencional»; buscan el consentimiento de las partes, así como la conformidad con la buena fe. De hecho, es difícil imaginar un enfoque de la interpretación que quedaría excluido de los artículos 31 y 32[589]. Sin embargo, la Convención no pretende enumerar exhaustivamente las técnicas interpretativas; por ejemplo, no se menciona la *lex specialis* o la *lex posterior*.

428. Evidentemente, en la práctica de los Estados y de los tribunales internacionales se han adoptado enfoques particulares de la interpretación. Así, los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han interpretado habitualmente las convenciones sobre los derechos humanos buscando su eficacia en una medida tal vez mayor que en relación con los tratados ordinarios. Algunos tratados fundacionales de instituciones internacionales se han interpretado como si fueran constituciones. La experiencia reciente de la OMC, donde el Órgano de Apelación ha insistido en que los grupos especiales observen rigurosamente las normas de la Convención, muestra cuán exigente puede ser una aplicación apropiada de los principios[590]. Si bien la Convención no obliga al intérprete a aplicar su proceso en el orden enumerado en los artículos 31 y 32, de hecho ese orden puede representar intuitivamente una secuencia efectiva en la que realizar esa tarea. Sin embargo, no hay motivo para separar esas técnicas de una manera demasiado tajante. Como se verá más adelante, en ocasiones se puede aclarar el sentido corriente de las palabras de los tratados, o su objeto y fin, mediante fuentes externas.

2. Los debates de la Comisión de Derecho Internacional

429. El texto actual del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 surgió en la Comisión a partir de proyectos de artículos sobre la interpretación de los tratados. En el apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de artículo 70 propuesto a la Comisión por el Relator Especial Waldock en 1964 se afirmaba que:

> [l]os términos de un tratado deberán interpretarse de buena fe y conforme al sentido natural y ordinario que deba darse a cada término:
>
> […] [y]
>
> *b*) en el contexto de las normas de derecho internacional que estuvieren en vigor en la época de la conclusión del tratado[591].

430. La disposición constaba de dos partes. Una expresaba el principio de integración sistémica, es decir, que los tratados deben interpretarse «en el contexto de las normas de derecho internacional». Durante todo el debate posterior se dio por sentado ese principio. Nadie puso en entredicho la idea de que los tratados habían de ser interpretados en el contexto de su entorno normativo. No obstante, algunos miembros propusieron referirse a «principios» y no a «normas», o agregar la palabra «general» («normas generales» o «principios generales»)[592]. Sin embargo, ninguna de esas propuestas se reflejó en el texto definitivo.

431. Todos los debates y controversias que surgieron en la Comisión se centraron en la segunda parte de la disposición, es decir, en la propuesta de que el entorno normativo debía interpretarse sobre la base del derecho que estuviere en vigor en la época de la conclusión del tratado. Se planteó el problema del derecho intertemporal. En ese sentido, la disposición sintetizó una resolución del Institut de Droit International en la que se pedía interpretar los tratados a la luz de los principios de derecho internacional[593] y una formulación de Fitzmaurice en la que

[588] Véase el resumen de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y los escritos doctrinales en Villiger (nota 77 *supra*), págs. 334 a 343. Para la práctica más reciente, véanse los asuntos *Territorial Dispute* (nota 155 *supra*); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* (nota 243 *supra*), pág. 1059, párr. 18; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial pág. 501, párr. 99. Véanse también los asuntos *Golder v. the United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (nota 238 *supra*), pág. 14, párr. 29; *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (nota 161 *supra*); y, por ejemplo, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, informe del Órgano de Apelación de la OMC (nota 48 *supra*), págs. 19 y ss.

[589] El hecho de que no se puede establecer firmemente una prioridad en las técnicas interpretativas se examina en Koskenniemi, *From Apology to Utopia…* (nota 79 *supra*), págs. 333 a 345.

[590] Véanse los casos que se analizan más adelante y, más en general, Cameron y Gray, «Principles of international law… (nota 173 *supra*), pág. 248.

[591] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (véase la nota 323 *supra*), pág. 51.

[592] Véase en especial la intervención del Sr. Tunkin en la 765ª sesión de la Comisión, celebrada el 14 de julio de 1964, *Anuario… 1964*, vol. I, pág. 288, párr. 49.

[593] Resolución del Institut de Droit International sobre la interpretación de los tratados, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 46 (período de sesiones de Granada, 1956), págs. 364 y 365. La inclusión de esa referencia en la resolución del Institut fue controvertida. No figuraba en el plan original de Lauterpacht en 1950 (ibíd., vol. 43-I (período de sesiones de Bath, 1950), pág. 433). Posteriormente, el propio Lauterpacht agregó en 1952 una referencia a la función interpretativa de los principios generales del derecho internacional consuetudinario (ibíd., vol. 44-I (período de sesiones de Sienna, 1952), pág. 223). Esa decisión recibió una considerable oposición por su incertidumbre y su incoherencia con la función de codificación del Institut (ibíd., vol. 44-II, págs. 384 y 386, observaciones de Guggenheim y Rolin; véase también ibíd., vol. 45-I (período de sesiones de Aix-en-Provence, 1954), pág. 228). Cuando Lauterpacht fue sustituido por Fitzmaurice como Relator, en el proyecto de éste no figuró ninguna referencia de ese tipo (ibíd., vol. 46, págs. 337 y 338). Sólo se agregó en el curso del debate, a raíz de una intervención de Basdevant (ibíd., pág. 344).

se destacaba el principio de contemporaneidad[594]. En la propuesta original de Waldock, otra norma (el proyecto de artículo 56, finalmente omitido en la Convención) abordaba así la cuestión específica del derecho intertemporal:

1. Todo tratado deberá interpretarse a la luz del derecho vigente en el momento en que fue redactado.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1, la aplicación de un tratado se regirá por las normas de derecho internacional vigentes en el momento en que se aplique ese tratado[595].

432. Si bien la propuesta de incorporar una disposición sobre el derecho intertemporal no fue bien acogida por la Comisión en 1964, la cuestión siguió causando controversias en el contexto de la interpretación de los tratados. Como consecuencia de ello, el comentario de la Comisión limita su análisis del sentido y la aplicación del actual apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 a una explicación del debate sobre la intertemporalidad[596]. No obstante, cabe observar en este punto lo que se presume en ese debate, así como en toda la doctrina de la intertemporalidad: la opinión de que la interpretación y aplicación de un tratado siempre tiene lugar en relación con otras normas de derecho internacional y la única cuestión es si esas «otras normas» se deberían concebir en cuanto a la situación normativa en el momento de la celebración del tratado o en el de su aplicación[597]. Como observaron algunos miembros de la Comisión, esa teoría se derivó del objetivo mismo de averiguar la intención de las partes, ya que ésta se veía desde luego influida por las normas vigentes en el momento en que se negoció y aprobó el tratado, pero evolucionaba durante la vida de éste[598].

C. Jurisprudencia

433. En la práctica de los Estados o judicial no ha habido muchas referencias al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 hasta hace poco tiempo.

1. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos

434. El Tribunal siempre ha estimado que el derecho internacional consuetudinario es aplicable. En uno de los primeros casos confirmó expresamente que «… las normas del derecho consuetudinario pueden ser útiles para colmar las posibles lagunas del Tratado [de Amistad de 1955 entre el Irán y los Estados Unidos], para esclarecer el significado de ciertos términos que no se definen en su texto o, con carácter más general, para facilitar la interpretación y la aplicación de sus disposiciones»[599]. La cuestión que propició una referencia específica al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 fue la determinación de los requisitos de nacionalidad impuestos por los Acuerdos de Argel para determinar quién podía presentar una reclamación ante el Tribunal. Así, en el asunto *Esphahanian c. el Banco Tejarat* se planteó la cuestión de si un reclamante que tenía la doble nacionalidad iraní y estadounidense podía presentar una reclamación ante el Tribunal[600]. Éste utilizó expresamente el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 para justificar la referencia a una gran variedad de documentos sobre el principio de protección diplomática en el derecho internacional[601]. El Tribunal fundamentó en esos documentos su conclusión de que «la norma aplicable de derecho internacional era la de la nacionalidad dominante y efectiva»[602].

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

435. Como se señaló en el capítulo II *supra*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado sistemáticamente el derecho internacional general. No obstante, se ha remitido específicamente al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 al interpretar el alcance del derecho a un juicio imparcial protegido por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el asunto *Golder c. el Reino Unido*, el Tribunal se remitió al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 para determinar si el artículo 6 garantizaba el derecho de acceso a los tribunales de toda persona que quisiera entablar una acción judicial para determinar sus derechos y obligaciones civiles[603]. En ese contexto, el Tribunal se remitió a su vez al apartado *c* del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como prueba de que las normas de derecho internacional incluían «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas»[604]. El Tribunal estimó que el derecho de acceso a los tribunales de la jurisdicción civil era un principio general de derecho y que ello servía de base al interpretar el sentido del artículo 6.

436. En el asunto *Loizidou c. Turquía*, el Tribunal tuvo que decidir si se podían reconocer como válidos determinados hechos de la República Turca de Chipre Septentrional[605]. El Tribunal invocó el apartado *c* del párrafo 3 del

[594] Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I, Cambridge, Grotius, 1986, pág. 369.

[595] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (véase la nota 323 *supra*), págs. 6 y 7.

[596] Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 18º período de sesiones, *Anuario… 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, parte II, págs. 243 y 244, comentario al proyecto de artículo 27, párr. 16.

[597] Véase el tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (nota 323 *supra*), págs. 6 a 8; véase también el debate en la Comisión en *Anuario… 1964*, vol. I, págs. 34 a 42, actas resumidas de las sesiones de la Comisión 728ª y 729ª, celebradas los días 21 y 22 de mayo de 1964, respectivamente.

[598] Véase, por ejemplo, la intervención del Sr. Paredes en la 728ª sesión de la Comisión, *Anuario… 1964*, vol. I, págs. 35 y 36, párr. 12.

[599] *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran* (véase la nota 125 *supra*), pág. 222, párr. 112.

[600] *Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat*, caso núm. 157, 29 de marzo de 1983, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, 2 IRAN-U.S. C.T.R., pág. 157.

[601] Ibíd., pág. 161.

[602] Ibíd. Véase también, a estos efectos, el caso núm. A/18, 6 de abril de 1984, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, 5 IRAN-U.S. C.T.R., págs. 251 y ss., en especial pág. 260. La disposición se utilizó también en un voto particular disconforme en *Grimm v. Iran*, caso núm. 71, 18 de febrero de 1983, 2 IRAN-U.S. C.T.R., págs. 78 y ss., en especial pág. 82 (voto particular disconforme de Howard M. Holtzmann, sobre la cuestión de si la no protección por el Irán de un hombre podría constituir una medida «que afectara a los derechos de propiedad» de su esposa).

[603] *Golder v. the United Kingdom* (véase la nota 238 *supra*), págs. 13 y 14, párrs. 27 a 31.

[604] Ibíd., págs. 17 y 18, párr. 35.

[605] *Loizidou v. Turkey*, fondo, sentencia de 18 de diciembre de 1996, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, pág. 2231, párr. 44.

artículo 31 como base para remitirse a las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la práctica existente de los Estados en apoyo de la proposición de que la República Turca de Chipre Septentrional no se consideraba un Estado en el derecho internacional[606]. La República de Chipre era el único gobierno legítimo en Chipre y los hechos de la República Turca de Chipre Septentrional no se debían considerar válidos.

437. En tres decisiones históricas adoptadas en 2001, el Tribunal utilizó el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 para decidir si las normas de la inmunidad de los Estados podían estar en conflicto con el derecho de acceso a los tribunales protegido por el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[607]. En cada caso, el Tribunal decidió por mayoría dar efecto a la inmunidad de los Estados. El derecho de acceso a los tribunales no era absoluto. Podía estar sujeto a restricciones, siempre que fueran proporcionadas y tuvieran un fin legítimo. Al adoptar esa decisión, el Tribunal siguió este razonamiento:

> … el Convenio ha de interpretarse a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena […] y […] el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 […] indica que se debe tener en cuenta «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». El Convenio, incluido su artículo 6, no puede interpretarse aisladamente. El Tribunal debe tener presente el carácter especial del Convenio como tratado de derechos humanos y debe tener también en cuenta las normas pertinentes de derecho internacional […]. El Convenio debe interpretarse, en la medida de los posible, en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forme parte, incluidas las relativas al otorgamiento de inmunidad a los Estados.
>
> Se deriva de ello que las medidas adoptadas por una Alta Parte Contratante que reflejen normas generalmente reconocidas de derecho internacional público sobre la inmunidad de los Estados no pueden considerarse una restricción desproporcionada al derecho de acceso a los tribunales protegido por el párrafo 1 del artículo 6[608].

438. Cabe observar que, en este caso, el Tribunal podría haberse limitado a hacer caso omiso a la inmunidad de los Estados por no considerarla pertinente para la aplicación del Convenio, pero no lo hizo. El conflicto entre el artículo 6 y las normas de derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad de los Estados surgió únicamente porque el Tribunal decidió integrar el artículo 6 en su entorno normativo (sin duda porque eso es lo que pidió el demandado). El derecho protegido por el Convenio se sopesó a la luz del interés general en mantener el sistema de inmunidad de los Estados. Al final, el Tribunal utilizó el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 para dejar de lado, en este caso, las normas del Convenio[609].

3. Arbitraje en el asunto una central de reelaboración de mezcla de óxido (Mox Plant) y el Convenio OSPAR

439. Como se ha observado en el capítulo I *supra*, éste fue uno de los casos presentados por Irlanda contra el Reino Unido en relación con el funcionamiento de la central de reelaboración nuclear en Sellafield[610]. El laudo fue dictado en relación con el Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Convenio OSPAR) de 1992, en un proceso relativo al acceso a la información sobre el funcionamiento de la central de reelaboración de mezcla de óxido (MOX). Irlanda sostuvo que una referencia a otras normas de derecho internacional afectaría de dos maneras la interpretación de las obligaciones de las partes en virtud del Convenio.

440. En primer lugar, Irlanda afirmó que la disposición del apartado *d* del párrafo 3 del artículo 9 del Convenio, relativa al derecho a denegar la información solicitada cuando se refiera al secreto comercial con arreglo a la «normativa internacional aplicable», entrañaba una referencia al derecho y la práctica internacionales, incluidos, según Irlanda, la Declaración de Río[611] y la Convención de Aarhus sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales de 1998. El Reino Unido alegó que la Declaración de Río no era un tratado y que la Convención de Aarhus no había sido ratificada aún por Irlanda ni por el Reino Unido.

441. El Tribunal aceptó que estaba facultado para basarse en el derecho y la práctica internacionales para interpretar esa obligación contraída en virtud de un tratado y, al hacerlo, hizo una referencia expresa al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, estimó que ninguno de los instrumentos referidos por Irlanda era de hecho una «forma de derecho aplicable en las relaciones entre las partes». Solo eran «normas internacionales en evolución» que, a falta de una autorización específica, el Tribunal no podía aplicar[612]. Uno de los árbitros, Gavan Griffith, disintió

---

[606] Ibíd.

[607] *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 219 *supra*), pág. 79; *Fogarty v. the United Kingdom* (véase la nota 220 *supra*), pág. 157; y *McElhinney v. Ireland* (véase la nota 219 *supra*), pág. 37. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se remitió también al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 en el asunto *Banković and Others v. Belgium and Others* (véase la nota 221 *supra*), pág. 351, párr. 57. Para una crítica del enfoque del Tribunal, véase A. Orakhelashvili, «Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights», EJIL, vol. 14, núm. 3 (2003), pág. 529.

[608] *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 219 *supra*), pág. 100, párrs. 55 y 56; véanse también *Fogarty v. the United Kingdom* (nota 220 *supra*), págs. 94 y 95, párrs. 35 y 36; y *McElhinney v. Ireland* (nota 219 *supra*), párrs. 36 y 37.

[609] La decisión fue impugnada. Los magistrados discrepantes no estimaron que la inmunidad de los Estados no era pertinente o debería excluirse del estudio de lo que era «solamente una cuestión sobre el artículo 6», sino que opinaron que la inmunidad de los Estados, como cuestión de derecho internacional, debería ceder prevalencia a lo que estimaron era una norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*) de prohibición de la tortura. *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 219 *supra*), págs. 111 a 113, opinión discrepante conjunta de los Magistrados Rozakis y Caflisch, a la que se sumaron los Magistrados Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić. Otros magistrados discrepantes quisieron admitir una excepción para los hechos ilícitos cometidos en el territorio del Estado. *McElhinney v. Ireland* (véase la nota 219 *supra*), págs. 51 a 54, opinión discrepante conjunta de los Magistrados Caflisch, Cabral Barreto y Vajić.

[610] *Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 137 *supra*). Los otros casos son: *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, medidas provisionales, providencia de 3 de diciembre de 2001 (véase la nota 15 *supra*); *MOX Plant* (*Ireland v. United Kingdom*), Tribunal Permanente de Arbitraje, providencia núm. 3, 24 de junio de 2003, ILM, vol. 42 (2003), pág. 1187.

[611] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo…* (véase la nota 177 *supra*).

[612] *Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 137 *supra*), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, págs. 90 a 92, párrs. 99 y 101 a 105; ILR, vol. 126, págs. 367 a 369.

sobre ese aspecto[613]. Señaló que la Convención de Aarhus estaba en vigor y que tanto Irlanda como el Reino Unido la habían firmado. Éste había afirmado públicamente su intención de ratificar la Convención a la mayor brevedad. Como mínimo, esto facultaba al Tribunal para considerar la Convención de Aarhus como prueba de la opinión común de ambas partes sobre la definición de información ambiental.

442. En segundo lugar, el Reino Unido había afirmado que al aplicar la Directiva 90/313 de la Comunidad Europea[614], relativa a la misma cuestión, había cumplido con su única obligación en virtud del Convenio OSPAR. No obstante, el Tribunal no consideró que el cumplimiento de la normativa de la Comunidad Europea constituyera un obstáculo para el procedimiento establecido en virtud del Convenio. Ambos regímenes podían coexistir, aunque hicieran cumplir obligaciones jurídicas idénticas[615]. El Tribunal observó:

> El propósito principal de emplear un lenguaje similar es crear normas jurídicas uniformes y coherentes en el ámbito de la protección del medio ambiente marino, y no que un conjunto de recursos jurídicos prevalezca sobre otro[616].

4. Organización Mundial del Comercio

443. Como se explicó con detalle en el capítulo II *supra*, en varias decisiones del Órgano de Apelación de la OMC se ha estudiado la aplicación de principios de derecho internacional consuetudinario y general para interpretar los acuerdos abarcados por la OMC. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga), el Órgano de Apelación se remitió ampliamente a textos de derecho internacional ambiental[617]. Estimó que los términos «recursos naturales» y «agotables» en el párrafo *g* del artículo XX eran «por definición, evolutivos» y, por lo tanto, se remitió al artículo 56 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para apoyar la proposición de que los recursos naturales podían comprender recursos vivos y no vivos[618]. Para apoyar esa interpretación, el Órgano de Apelación se refirió también al Programa 21[619] y a la resolución sobre la asistencia a los países en desarrollo que se adoptó junto con la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres[620]. Al hacerlo, destacó que el preámbulo del artículo XX no era «sino una expresión del principio de buena fe», que estimó un «principio general del derecho internacional»[621]. «[N]uestra labor en este caso», dijo el Tribunal basándose expresamente en el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, «consiste en interpretar el texto del preámbulo, buscando una orientación interpretativa adicional, según proceda, en los principios generales del derecho internacional»[622]. Al decidir sobre si las tortugas marinas eran «agotables», el Órgano de Apelación mencionó que las siete especies de tortugas marinas reconocidas figuraban en el apéndice I de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres[623].

444. Las relaciones entre los tratados abarcados por la OMC, los acuerdos ambientales multilaterales y los instrumentos de derechos humanos son objeto de cada vez más obras doctrinales[624]. El Órgano de Apelación siempre ha admitido que la condición establecida en el párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, en el sentido de que los grupos especiales deben aplicar las normas habituales de interpretación del derecho internacional público, obliga a los grupos a aplicar rigurosamente los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 en las cuestiones que se sometan a su consideración. El Órgano de Apelación no ha dudado en revocar decisiones de grupos especiales que no habían cumplido esa condición[625]. Al desempeñar su función interpretativa, el Órgano de Apelación se ha remitido ampliamente a otras normas del derecho internacional. Sin embargo, nunca ha estimado que esas otras normas habrían derogado ninguna disposición de los acuerdos abarcados por la OMC, aunque han influido en la interpretación y aplicación de esos acuerdos.

445. Por ejemplo, los órganos de la OMC han solido tener en cuenta los acuerdos comerciales regionales y

---

[613] *Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 137 *supra*), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, págs. 119 a 126; ILR, vol. 126, págs. 397 a 405.

[614] Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 158, de 23 de junio de 1990, pág. 56.

[615] El Presidente del tribunal, profesor Michael Reisman, discrepó sobre esta cuestión: Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (véase la nota 137 *supra*), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, págs. 113 a 118; ILR, vol. 126, págs. 391 a 397.

[616] *Dispute concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention between Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (véase la nota 137 *supra*), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII, pág. 100, párr. 143; ILR, vol. 126, pág. 378.

[617] *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación (véase la nota 223 *supra*), párrs. 126 a 134.

[618] Ibíd., párr. 130, en el que se cita la opinión consultiva de 1971 de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 491 *supra*), pág. 31. El Tribunal observó que, si bien los Estados reclamantes habían ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los Estados Unidos no lo habían hecho, pero habían aceptado en el curso de la vista que las disposiciones de derecho de la pesca de la Convención reflejaban, en su mayor parte, el derecho internacional consuetudinario.

[619] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo…* (véase la nota 232 *supra*).

[620] Acta final de la Conferencia para celebrar una convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, ILM, vol. 19, núm. 1 (enero de 1980), pág. 15.

[621] *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación (véase la nota 223 *supra*), párr. 158.

[622] Ibíd.

[623] Ibíd., párr. 25.

[624] Véanse, por ejemplo, Pauwelyn, «The role of public international law in the WTO…» (nota 43 *supra*), pág. 535; Marceau, «WTO dispute settlement and human rights» (nota 43 *supra*); Lowenfeld (nota 247 *supra*), págs. 314 a 339; y Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*).

[625] *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (véase la nota 48 *supra*), págs. 19 a 21.

bilaterales. En el asunto *Estados Unidos – EVE (párrafo 5 del artículo 21 – CE)* (2002), el Órgano de Apelación se remitió a muy diversos acuerdos comerciales regionales y bilaterales, y estimó que compartían lo que denominó «un elemento común ampliamente aceptado» en su definición del término «ingresos procedentes del extranjero», que posteriormente empleó para interpretar esa expresión en el contexto del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias[626]. En el asunto *CE – Productos avícolas* (1998), el Órgano de Apelación explicó su recurso al Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas de 1994 como «*medio complementario* de interpretación [del compromiso pertinente de la OMC] con arreglo a lo establecido en el artículo 32 de la *Convención de Viena*, en cuanto es parte de los antecedentes históricos de las concesiones de las Comunidades Europeas…»[627]. En el asunto *Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada* (2001), el Grupo Especial volvió a referirse a diversos acuerdos comerciales bilaterales concertados por Corea «no con ánimo de "ejecutar" el contenido de esos acuerdos bilaterales, sino estrictamente para fines de interpretación de una disposición ambigua de la OMC»[628]. Puede sostenerse que esos acuerdos se han utilizado únicamente como «medio complementario de interpretación» y no en virtud del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31[629]. Se ha solido justificar ese recurso en el sentido de que demuestra la intención de las partes o el «sentido corriente» de los términos de los tratados.

446. Sin embargo, no hay motivo para no buscar el fundamento jurídico de «tener en cuenta» esos acuerdos externos precisamente en ese artículo, en particular cuando se «tienen en cuenta» más allá de mencionarlos simplemente en una nota. Esto parecería razonable, por ejemplo, en casos como el asunto *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas* (2002), en el que el Grupo Especial interpretó y aplicó el Acuerdo de Complementación Económica núm. 35 entre Chile y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) de manera que excluía su examen en el caso en cuestión. El Grupo Especial se refirió al preámbulo y al artículo 24 de ese instrumento (el denominado ACE 35) y observó que de ellos se derivaba que las partes (Chile y el MERCOSUR) no habían pretendido excluir la posibilidad de que otras normas podían ser aplicables en otros acuerdos internacionales, es decir, los acuerdos de la OMC. Esto significa que el Grupo Especial aplicó un tratado ajeno a la OMC para llevar a cabo un *reenvío*, al interpretarlo para permitir un tratamiento en un contexto de la OMC que no se podría haber permitido en caso contrario (creando así la presunción de que, si no se hubiera interpretado el ACE 35 de esa manera, la norma de la OMC no sería aplicable)[630].

447. A veces se afirma que esto podría incluso no ser permisible en vista de la prohibición expresa en el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, según la cual las «recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados» (art. 3, párr. 2 *in fine*). No obstante, esa opinión presumiría que los acuerdos abarcados están «clínicamente aislados» precisamente de la manera que ha negado el Órgano de Apelación. Es pertinente formular dos observaciones al respecto. En primer lugar, cuando se utiliza el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, se hace con la autorización específica del propio Entendimiento. Sin embargo, en segundo lugar, y aún más importante, la interpretación no «agrega» nada al instrumento que se está interpretando, sino que analiza el sentido del instrumento mediante una técnica jurídica (una técnica aprobada específicamente por el Entendimiento) que tiene en cuenta su entorno normativo. En este punto parece irrelevante que el recurso a otros acuerdos se lleve a cabo, en virtud del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, como medio de interpretación complementario, para demostrar la intención de las partes o como prueba del sentido corriente o la buena fe (la presunción de que los Estados no conciertan acuerdos con miras a quebrantar sus obligaciones). El fundamento sigue siendo el de considerar a los Estados tan idénticos a sí mismos cuando actúan en el sistema de la OMC como cuando actúan en otros contextos institucionales y normativos. La interpretación no *aumenta ni reduce los derechos u obligaciones* que existirían en el paraíso de algunos abogados, donde podrían determinarse «automáticamente» e independientemente de la interpretación. Todos los instrumentos reciben su significado mediante la interpretación; incluso la conclusión de que un sentido es «corriente» es un efecto de la interpretación que no puede prevalecer *a priori* sobre otras interpretaciones.

448. Por último, un Grupo Especial de la OMC hizo un uso significativo, aunque limitado, del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 en el reciente asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* (2006). En este caso, la Comunidad Europea había sostenido que su prohibición de la importación de organismos genéticamente modificados podía justificarse, entre otras cosas, en determinadas normas ajenas a la OMC. La Comunidad Europea había sostenido, en particular, que se debía tener en cuenta el Convenio sobre la Diversidad Biológica de

[626] *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero» – Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, párrs. 141 a 145 (en especial la nota 123).

[627] *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párr. 83 y, en general, párrs. 77 a 85. Respecto al Acuerdo en forma de acta aprobada con arreglo a lo dispuesto en el artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio entre la Comunidad Europea y el Brasil sobre determinadas oleaginosas, véase *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 47, de 18 de febrero de 1994, pág. 8.

[628] *Corea – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, informe del Grupo Especial, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adoptado el 10 de enero de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, párr. 539.

[629] Van Damme (nota 427 *supra*), pág. 569.

[630] *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, informe del Grupo Especial, WT/DS207/R, adoptado el 23 de octubre de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS207/AB/R, párrs. 7.81 a 7.86. Respecto al Acuerdo de Complementación Económica núm. 35 entre Chile y el MERCOSUR, concluido en San Luis (Argentina) el 25 de junio de 1996, véase Chile, *Diario Oficial*, 4 de octubre de 1996. Asimismo, en *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párr. 167.

1992 y su Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología de 2000. Tras determinar que los dos instrumentos establecían efectivamente «normas de derecho internacional», el Grupo Especial estudió si también eran «aplicables en las relaciones entre las partes». El Grupo Especial declaró que por la expresión «parte» se entendía un Estado que había consentido en obligarse por el tratado y para el cual el tratado estaba en vigor[631]. El Grupo Especial desestimó la idea de que el término «partes» del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 se refiriera (meramente) a las partes en la controversia. Todas las partes en el tratado que se iba a interpretar tenían que ser partes en ese otro tratado. Es decir, el Grupo Especial interpretó el tratado de la OMC de una manera *no bilateral* para garantizar o aumentar la coherencia de las normas de derecho internacional aplicables a esos Estados y contribuir a evitar conflictos entre las normas pertinentes[632]. Como los Estados Unidos no eran parte en ninguno de esos tratados (aunque habían firmado el Convenio sobre la Diversidad Biológica), no se los podía «tener en cuenta».

449. El Grupo Especial examinó también el argumento de la Comunidad Europea de que el principio de precaución podría haberse establecido como principio general del derecho internacional desde 1998, cuando se formuló el argumento en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* (no obstante, el lenguaje empleado por el Grupo Especial en este caso no es del todo claro, ya que hace alguna referencia a los «principios generales del derecho»). El Grupo Especial aprobó que, si eso era cierto, el principio sería pertinente en relación con el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31. No obstante, estimó, aunque en una forma poco clara, que el rango jurídico del principio de precaución seguía sin precisarse y que el Grupo Especial no tenía que adoptar una postura sobre si era un principio reconocido del derecho internacional general o consuetudinario[633].

450. Dos aspectos de este caso son importantes. En primer lugar, el Grupo Especial aceptó que el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 se aplicaba al derecho internacional general y a otros tratados. En segundo lugar, interpretó el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de manera que el tratado que se había de tener en cuenta debía ser uno en que fueran partes todas las partes del tratado pertinente de la OMC. Esta opinión hace prácticamente imposible encontrar un contexto multilateral en el que se permitiría remitirse a otros tratados multilaterales para contribuir a la interpretación con arreglo al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31. El Grupo Especial fundamenta lo que denomina la «coherencia» de su interpretación del tratado de la OMC a expensas de la coherencia del sistema de tratados multilaterales en su conjunto. El Grupo Especial trata de mitigar esa consecuencia aceptando que otros tratados pueden, no obstante, tenerse en cuenta como hechos esclarecedores del sentido corriente de determinados términos en el tratado pertinente de la OMC. Evidentemente, esto siempre es posible y, como se ha señalado, también se ha hecho anteriormente. Sin embargo, tener en cuenta «otros tratados» para demostrar el «sentido corriente» parece una forma bastante artificiosa de evitar el «aislamiento clínico» destacado por el Órgano de Apelación.

5. Corte Internacional de Justicia

451. La Corte Internacional de Justicia hizo un uso muy significativo del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 en el asunto relativo a las *Plataformas petrolíferas*[634]. En este caso se recurrió la Corte para que interpretara dos disposiciones del Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares suscrito en 1955 entre el Irán y los Estados Unidos. Se pidió a la Corte que determinara si las actuaciones del Irán, a las cuales se acusaba de poner en peligro la neutralidad del comercio marítimo durante la guerra entre el Irán y el Iraq, así como la posterior destrucción por la Armada de los Estados Unidos de tres plataformas petrolíferas iraníes en el Golfo Pérsico, constituían infracciones del Tratado. La competencia de la Corte se limitaba a las controversias resultantes de la interpretación o aplicación del Tratado. No contaba con ningún motivo de justificación de su competencia que hubiera podido constituir una razón independiente para aplicar el derecho internacional consuetudinario[635]. Una de las cláusulas dispositivas del Tratado decía así:

> El presente Tratado no impedirá la aplicación de medidas:
>
> […]
>
> *d*) Necesarias para cumplir las obligaciones de una Alta Parte Contratante respecto del mantenimiento o restablecimiento de la paz y seguridad internacionales, o necesarias para proteger los intereses esenciales de esa Alta Parte Contratante en materia de seguridad[636].

452. Según los Estados Unidos, el propósito de esta disposición era simplemente excluir estas medidas del ámbito de aplicación del acuerdo. Debía interpretarse de acuerdo con su sentido corriente, lo que dejaría un amplio margen de apreciación para que cada Estado determinase cuáles eran sus intereses esenciales en materia de seguridad[637]. Los Estados Unidos sostenían que no cabía ver en el tratado normas derivadas del derecho internacional consuetudinario relativas al uso de la fuerza (como había alegado el Irán) y que, de hacerlo, se traspasarían los límites de la competencia de la Corte.

453. La Corte abordó la cuestión de la interpretación de una manera muy diferente. En primer lugar, se preguntó si entre las medidas necesarias podía figurar el recurso a la fuerza armada y, de ser así, si se cumplían las condiciones fijadas por el derecho internacional para la utilización

[631] *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* (véase la nota 582 *supra*), párr. 7.68.

[632] Ibíd., párr. 7.70.

[633] Ibíd., párr. 7.89.

[634] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (véase la nota 128 *supra*), pág. 182, párr. 41.

[635] Véase la posición expresada en el asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, fondo, fallo de 27 de junio de 1986 (nota 51 *supra*), en el que se pidió a la Corte que interpretara el texto de un tratado formulado de manera muy parecida, pero donde la Corte contaba con un motivo adicional para justificar su competencia debido a las declaraciones unilaterales efectuadas por ambas partes en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 de su Estatuto.

[636] Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares (véase la nota 94 *supra*), art. XX, párr. 1 *d*; véase también *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (nota 128 *supra*), págs. 178 y 179, párr. 32.

[637] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, respuesta de los Estados Unidos, 23 de marzo de 2001, parte IV, págs. 132 y 133, que puede consultarse en www.icj-cij.org/en/case/90/written-proceedings.

de esa fuerza (incluidas las condiciones de legítima defensa)[638]. Tras haberse remitido a otros elementos a modo de ayuda para la interpretación, la Corte expuso el siguiente razonamiento:

> Además, de conformidad con las normas generales de interpretación de tratados enunciadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la interpretación habrá de tener en cuenta «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» (apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31). La Corte no puede aceptar que hubiese voluntad de que el apartado *d* del párrafo 1 del artículo XX del Tratado de 1955 funcionase de modo totalmente independiente de las normas del derecho internacional relativas al uso de la fuerza, de manera que pudiera invocarse con éxito, incluso en el limitado contexto de una denuncia de infracción del Tratado, en relación con un recurso ilegal a la fuerza. Así pues, la aplicación de las normas del derecho internacional relativas a esta cuestión forma parte integral de la labor de interpretación encomendada a la Corte en […] el Tratado de 1955[639].

454. A continuación, la Corte procedió a aplicar esas normas generales del derecho internacional a la conducta de los Estados Unidos. Concluyó que no podía justificarse la necesidad de las medidas en el marco del Tratado «pues esas acciones constituían un recurso a la fuerza armada que no puede considerarse en el derecho internacional pertinente actos de legítima defensa y, por lo tanto, no entraban en la categoría de medidas contempladas por esa disposición del Tratado en su interpretación correcta»[640].

455. La sentencia de la Corte en cuanto al fondo contó con el apoyo de la gran mayoría de los magistrados. Sin embargo, en cuanto al método de interpretación adecuado, en los votos particulares se manifestaron pareceres discrepantes[641]. La interpretación más restrictiva del apartado *c*) del párrafo 3 del artículo 31 fue la del magistrado Buergenthal, quien sostuvo que la competencia de la Corte se limitaba únicamente a los asuntos que las partes habían convenido en encomendarle, y consideraba que esto limitaba también la medida en que la Corte podía acudir a otras fuentes de derecho para interpretar el tratado en cuestión. En su opinión, esta limitación excluía la remisión a otras normas del derecho internacional consuetudinario o convencional, incluso si se encontraban en la Carta de las Naciones Unidas[642]. En la práctica, esto anularía el significado del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 y sería contrario a una reiterada práctica judicial y arbitral en el plano internacional. Además, indicaría arbitrariamente que el significado de un tratado para sus partes es independiente del entorno normativo en que éstas acordaron celebrarlo.

456. El Magistrado Simma adoptó la postura contraria, pues consideraba que la Corte podría haber aprovechado la oportunidad de declarar el derecho internacional consuetudinario sobre el uso de la fuerza y la importancia de la Carta de las Naciones Unidas, con una firmeza aún mayor que la que había mostrado[643]. A raíz de la postura sostenida previamente por Lauterpacht y otros, el Magistrado Simma abogó por un uso generalizado del derecho internacional general y de otras normas de tratados aplicables a las partes, y sostuvo que esto podía justificarse en virtud del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31[644]. La Magistrada Higgins fue mucho más crítica con la interpretación que la Corte hizo del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31[645]. Señaló la necesidad de interpretar el apartado *d* del párrafo 1 del artículo XX de conformidad con el sentido corriente de sus términos y en su contexto como parte de un tratado económico. No consideraba que la disposición «a primera vista plantee incorporar todo el contenido del derecho internacional a una cuestión que no se menciona en la cláusula —al menos, no sin más explicaciones que las ofrecidas por la Corte—»[646].

457. La postura del Magistrado Kooijmans se situaba en un punto intermedio. Señaló que la Corte debería haber comenzado por analizar el texto del propio Tratado de 1955. No obstante, para determinar si una medida en particular que implicaba el uso de la fuerza era «necesaria» en el marco de ese Tratado, la Corte «no tenía más opción que remitirse para tal fin al conjunto del derecho internacional general»[647]. Aun cuando la Corte no era competente según la Carta, no podía evitarse recurrir al concepto de legítima defensa del «derecho internacional general» para otorgar significado al tratado sobre el que sí era competente[648]. Esto es, ni más ni menos, lo que se ha afirmado a lo largo de este informe: el derecho internacional general constituye el telón de fondo de toda aplicación del derecho especial. Al mismo tiempo, en el asunto de las *Plataformas petrolíferas* estaba involucrado un gran número de normas sobre la condición de Estado, el tránsito marítimo, la representación y la responsabilidad que todas las partes presumieron aplicables sin ningún problema.

458. El asunto de las *Plataformas petrolíferas* constituye una aplicación audaz del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 por parte de la Corte Internacional de Justicia para pasar de la disposición técnica de un tratado a lo que la Corte consideraba el verdadero meollo de la cuestión: el uso de la fuerza[649]. La Corte introdujo en su análisis del tratado un considerable conjunto de normas del derecho internacional general, incluida la Carta de las Naciones Unidas. A continuación, la conducta del Estado en cuestión fue examinada en relación con la norma según el derecho internacional general, que a su vez se aplicó para evaluar la situación del Estado respecto del tratado. La Corte reconoció por primera vez la importancia fundamental del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 en este

[638] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (véase la nota 128 *supra*), págs. 181 y 182, párr. 40.

[639] Ibíd., pág. 182, párr. 41.

[640] Ibíd., pág. 199, párr. 78.

[641] La Corte dictó sentencia por 14 votos a 2 desestimando la demanda del Irán (discreparon los Magistrados Al-Khasawneh y Elaraby) y por 15 a 1 en contra de la reconvención de los Estados Unidos (discrepó el Magistrado Simma).

[642] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (véase la nota 128 *supra*), págs. 278 y 279 (voto particular del Magistrado Buergenthal), párrs. 22 y 23.

[643] Ibíd., págs. 326 a 334 (voto particular del Magistrado Simma), párrs. 5 a 16.

[644] Ibíd., págs. 329 y 330, párr. 9.

[645] Ibíd., pags. 236 a 240 (voto particular de la Magistrada Higgins), párrs. 40 a 54.

[646] Ibíd., pág. 237, párr. 46.

[647] Ibíd., pág. 261 (voto particular del Magistrado Kooijmans), párr. 48.

[648] Ibíd., pág. 262, párr. 52.

[649] Como ya se ha subrayado en Jouannet (nota 129 *supra*). El caso ha suscitado reacciones variadas. Quienes celebran la audacia con que la Corte interpretó el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 pueden consultar P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 7ª ed., París, Dalloz, 2004, págs. 314 y 315.

proceso, pero no ofreció ninguna orientación adicional sobre cuándo y cómo aplicarlo.

459. De hecho, la remisión de la Corte al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, en la medida en que se refería al *derecho internacional general*, puede haber sido innecesaria. La disposición del Tratado en cuestión emplea el término «necesaria», que no está definido y requiere interpretación. Ante la imposibilidad de utilizar una prueba documental de la voluntad de las partes para dilucidar la cuestión, la Corte podría haberse limitado a remitirse a lo que el «derecho internacional general» decía sobre el contenido de esa norma. El fundamento para ello lo estableció la Corte en los asuntos relativos a la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969). El derecho consuetudinario general

> debe tener por su propia naturaleza la misma validez para todos los miembros de la comunidad internacional y, por lo tanto, no puede ser objeto de ningún derecho de exclusión unilateral[650].

460. Asumir que un tribunal puede no estar facultado para aplicar el derecho internacional general en la interpretación de un tratado es afirmar que cuando los Estados suscriben un tratado bilateral crean un vacío que constituye precisamente una exclusión de este tipo. Como ya hemos visto en el capítulo II *supra*, esta opinión no está respaldada por la práctica internacional. Al contrario, existe una gran cantidad de material que fundamenta la aplicabilidad del derecho internacional general para interpretar cualquier relación jurídica particular, aunque ya se ocupe de ella un tratado bilateral, una costumbre local o una serie de conversaciones oficiosas equivalente a normas vinculantes por aquiescencia o preclusión (*estoppel*).

D. Cuestiones especiales

461. Hay tres cuestiones especiales relacionadas con la aplicación del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31. Una de ellas se refiere al alcance de la referencia que contiene dicho apartado. ¿A qué normas alude cuando dice «[t]oda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes»? El segundo problema se refiere al valor normativo de esa referencia. ¿Qué quiere decir que esas normas «habrá[n] de tenerse en cuenta» «[j]untamente con el contexto»? La tercera es la cuestión de la intertemporalidad: ¿cuál es la fecha crítica para tener en cuenta las normas (la fecha de conclusión del tratado o la legislación vigente en el momento de su aplicación)?

1. Las normas que deben «tenerse en cuenta»

462. El que hasta hace poco los tribunales raramente hayan hecho un uso específico del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 no significa que no se hayan remitido a fuentes de derecho externas al tratado en cuestión. Por su propia naturaleza, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho (al igual que los principios generales del derecho internacional) tienen carácter de *lex generalis* respecto de cualquier acuerdo particular. Son plenamente aplicables y a menudo se aplican junto con tratados particulares. Habitualmente, cuando se ha acudido al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 se ha hecho en referencia a la posibilidad y alcance del recurso a normas que tienen el mismo nivel de generalidad y fuerza vinculante que el tratado objeto de interpretación (por lo común otros tratados), pero en los aspectos en los que parecen entrar en conflicto con éste o que plantean consideraciones que de otro modo parecerían poco ortodoxas en ese contexto.

a) *Derecho consuetudinario y principios generales*

463. Como se ha explicado en el capítulo II *supra*, aunque no existe una jerarquía oficial de las fuentes de derecho internacional, sí hay una jerarquía oficiosa que emana del procedimiento mediante el que los abogados abordan el derecho aplicable, yendo de la *lex specialis* a las *lege generali*, o de lo más específico a lo más general —lo que a menudo significa del texto del tratado al derecho consuetudinario y a los principios generales del derecho—. Max Huber, de manera esclarecedora, describió este proceso en cierta ocasión como una progresión del razonamiento jurídico a través de unos círculos concéntricos, cada uno de los cuales constituía un ámbito de referencia que podría ser de ayuda para la interpretación del tratado:

> Así pues, debe buscarse la voluntad de las partes en el texto de la convención, primero en las cláusulas relativas a la impugnación, después en la totalidad de la convención, luego en el derecho internacional general y, por último, en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. A través de este recorrido en círculos concéntricos, el juez logrará en muchos casos determinar la presunta voluntad de las partes «de conformidad con las exigencias fundamentales de la plenitud del derecho y de la justicia internacional». Así es como el relator describe admirablemente la labor del juez[651].

464. El apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 es solo una parte de un proceso de interpretación más amplio en el que el intérprete debe estudiar en primer lugar el significado llano de los términos de un tratado, si procede, y pasar de ahí al contexto y las consideraciones relativas a su objeto y su fin, la práctica ulterior y, finalmente, los trabajos preparatorios. Esto no pretende ser la descripción real de un proceso psicológico. La práctica de la interpretación no puede captarse en unos términos tan nítidamente racionales[652]. Como observó el mismo Waldock con el cuidado que le caracteriza: «la interpretación de documentos es hasta cierto punto un arte, no una ciencia exacta»[653]. También es una acertada descripción de un razonamiento público realizado de forma competente por parte de abogados y tribunales. En el asunto de las *Plataformas petrolíferas*, por ejemplo, la Corte empezó analizando el texto del apartado *d* del párrafo 1 del artículo XX del Tratado de Amistad de 1955 y pasó luego a ocuparse de la intención de las partes, lo cual reveló nuevamente la necesidad de estudiar el estado del derecho general relativo al uso de la fuerza. El punto de partida es el propio tratado, y la interpretación avanzó desde lo más concreto

---

[650] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 95 *supra*), pág. 38, párr. 63.

[651] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 44-I (período de sesiones de Sienna, 1952), págs. 200 y 201.

[652] Uno de los mejores análisis del proceso interpretativo en el ámbito del derecho internacional sigue siendo el de M. Sørensen, *Les sources du droit international. Étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*, Copenhague, Munksgaard, 1946, especialmente págs. 210 a 236.

[653] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (véase la nota 323 *supra*), pág. 53, párr. 6, comentario al proyecto de artículo 73.

y obvio (diccionario, contexto) a lo más tangible y menos obvio (objeto y fin, tratados análogos, etc.) con el fin de dar al texto un significado justificable.

465. Examinar el proceso de interpretación no como un proceso psicológico (del pensamiento) sino como un ejercicio de argumentación jurídica competente lo presenta inevitablemente como un intento de «integración sistémica» —es decir, de integración en el sistema de principios y presunciones que subyacen en la idea de un ordenamiento jurídico interestatal y que le aportan su material argumentativo. De estos elementos, cabe mencionar dos presunciones, una positiva y la otra negativa:

a) Según la *presunción positiva*, las partes «se remiten a los principios generales de derecho internacional en todas aquellas cuestiones que [el tratado] no resuelve por sí mismo en términos explícitos o de otra manera»[654].

b) Según la *presunción negativa*, en el momento de concertar obligaciones convencionales, las partes no tienen intención de actuar de manera no conforme con los principios del derecho internacional generalmente reconocidos ni con obligaciones adquiridas respecto de terceros Estados en el marco de tratados anteriores[655].

466. De acuerdo con estas presunciones, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho adquieren una importancia especialmente significativa. En palabras de un Grupo Especial de la OMC:

> … la relación entre los Acuerdos de la OMC y el derecho internacional consuetudinario tiene mayor alcance [que lo dicho en el párrafo 2 del artículo 3 respecto de las normas usuales de interpretación]. El derecho internacional consuetudinario se aplica en forma general a las relaciones económicas entre los Miembros de la OMC, siempre que los Acuerdos de la OMC no se «aparten» de él. Para decirlo de otra forma, siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un Acuerdo de la OMC abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC[656].

467. La mayoría de los asuntos estudiados anteriormente implicaban la afirmación y aplicación de los principios del derecho internacional consuetudinario. Habitualmente, esto se hace cuando la norma convencional es poco clara o su formulación es abierta y su significado se determina acudiendo a un conjunto desarrollado de normas de derecho internacional (como en la cuestión de la doble nacionalidad tratada por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el asunto *Esphahanian c. el Banco Tejarat* o en la interpretación del artículo XX del GATT, debatida en relación con el asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga); también puede ser que el sentido de los términos utilizados en el tratado esté reconocido en el derecho internacional consuetudinario y por tanto se pueda considerar que es ese el sentido que las partes tenían la intención de atribuirles. Este resultó ser el caso, por ejemplo, en la interpretación de las expresiones «trato justo y equitativo» y «plena protección y seguridad» por la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en *Pope and Talbot Inc. c. el Canadá*[657].

468. Aquí no tiene en realidad importancia el que un tribunal opte expresamente por invocar el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31. Estas normas y principios generales se aplican en función únicamente de su simple «generalidad», y su validez no se basa más que en el hecho de haber superado lo que Thomas Franck denomina «la prueba de la obviedad» —un más o menos inestable «sentido común de la comunidad interpretativa (gobiernos, jueces, especialistas)»[658]. La Corte Permanente de Justicia Internacional no necesitó hacer ninguna referencia especial cuando, por ejemplo, en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, afirmó lo siguiente:

> … es un principio del derecho internacional, e incluso un principio general del derecho, que todo incumplimiento de un compromiso conlleva la obligación de reparar[659].

469. Lo mismo se aplica a muchos principios declarados por la Corte Internacional de Justicia, como la libertad de las comunicaciones marítimas[660], la «buena fe»[661], la preclusión (*estoppel*)[662], la máxima *ex injuria jus non oritur*[663], etc. Otros ejemplos son los criterios de la calidad de Estado (*Loizidou*); el derecho de la responsabilidad del Estado (que ha influido en el alcance de las obligaciones en materia de derechos humanos[664] y en el derecho de las contramedidas económicas en la OMC); el derecho de la inmunidad del Estado; el uso de la fuerza; y el principio de la buena fe[665]. Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas desempeñan una labor bastante similar al ubicar la disposición convencional dentro de un marco de principios (como fue el caso al determinar el alcance del derecho a un juicio imparcial en el asunto *Golder*). Pauwelyn enumera, entre los principios procesales utilizados habitualmente por el Órgano de Apelación de la OMC, los de «la carga de la prueba, la legitimación activa (*jus standi*), las debidas garantías procesales, la buena fe, la representación ante grupos

[654] *Georges Pinson (France) v. United Mexican States* (véase la nota 244 *supra*), pág. 422.

[655] *Case concerning the right of passage over Indian territory*, excepciones preliminares, fallo de 26 de noviembre de 1957 (véase la nota 38 *supra*), pág. 142; Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (nota 37 *supra*), pág. 1275.

[656] Corea – Medidas que afectan a la contratación pública (véase la nota 44 *supra*), párr. 7.96.

[657] *Pope and Talbot Inc.* v. *Government of Canada*, decisión de 31 de mayo de 2002, *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), págs. 148 y ss., donde se cita la interpretación de la Comisión de Libre Comercio; véase también ILM, vol. 41, núm. 6 (noviembre de 2002), págs. 1347 y ss.

[658] Th. M. Franck, «Non-treaty law-making: when, where and how?», en Wolfrum y Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (nota 11 *supra*), pág. 423.

[659] *Factory at Chorzów*, cuestiones de fondo, fallo, 13 de septiembre de 1928, *P.C.I.J., Series A*, núm. 17, pág. 29.

[660] *Corfu Channel* (véase la nota 449 *supra*), pág. 22

[661] *Nuclear Tests* (véase la nota 555 *supra*), pág. 268, párr. 46.

[662] *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (véase la nota 135 *supra*), págs. 31 y 32.

[663] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 491 *supra*).

[664] Véase, por ejemplo, *Loizidou v. Turkey*, excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995 (nota 56 *supra*), págs. 22 a 24, párrs. 57 a 64. Véase también la remisión a las normas del derecho internacional público que rigen la competencia en *Banković and Others v. Belgium and Others* (nota 221 *supra*), págs. 351 y 352, párrs. 59 y 60.

[665] Pauwelyn, *Conflict of Norms*… (nota 21 *supra*), págs. 270 y 271.

especiales, la fuerza retroactiva de los tratados y el error en la formación de un tratado»[666]. Estos principios no han sido «promulgados» por los Estados por medio del derecho positivo (aunque su origen quizá podría encontrarse en la voluntad de los Estados), sino que son elementos del marco general del derecho internacional, o —lo que es lo mismo— aspectos de la técnica jurídica para justificar las decisiones sobre cuestiones jurídicas[667].

b) *Otros elementos aplicables del derecho internacional convencional*

470. Como ya se ha señalado, el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 va más allá de la obviedad de que el «derecho internacional general» se aplica de manera general y prevé la eventualidad de que otra norma del derecho internacional convencional sea aplicable en las relaciones entre las partes. El problema principal es el siguiente: ¿es necesario que *todas* las partes en el tratado que se interpreta sean también partes en el tratado invocado como otra fuente de derecho internacional a efectos de la interpretación?

471. El problema es aún más candente cuando se está interpretando un tratado multilateral de gran aceptación (como los tratados abarcados por la OMC). Como hemos visto, el Grupo Especial del asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* concluyó que solo los acuerdos en los que fueran partes todos los miembros de la OMC podían tenerse en cuenta de conformidad con el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 a los efectos de la interpretación de los acuerdos de la OMC[668]. Habida cuenta de lo improbable de una coincidencia total de los miembros de las convenciones multilaterales más importantes, sería muy difícil que pudiera utilizarse *algún* elemento del derecho internacional convencional para interpretar esas convenciones. Esto tendría el efecto paradójico de que cuantos más miembros tuviese un tratado multilateral, como los tratados abarcados por la OMC, más incomunicados quedarían esos tratados del resto del derecho internacional[669]. En la práctica, los acuerdos multilaterales se convertirían en «islas» que no permitirían remisiones *inter se* en su aplicación. Esto también prohibiría el uso de acuerdos de aplicación regionales o de otro tipo —incluidos los acuerdos *inter se*— que puedan haber sido suscritos a modo de ayuda para la interpretación de un acuerdo marco. Esto parecería contrario al espíritu legislativo de la mayoría de procesos de celebración de tratados multilaterales y, presumiblemente, a la intención de la mayoría de sus autores. Naturalmente, una parte de estas repercusiones pueden atenuarse si se exige que se determine que, si el tratado no está en vigor para todos los miembros del tratado que se interpreta, la norma que figure en él se considere parte del derecho internacional consuetudinario[670]. Con esta fórmula se mantendría el «carácter general» de por lo menos algunos tratados multilaterales, pero tendría consecuencias excesivamente restrictivas en dos casos:

a) Podría impedir la remisión a tratados que gozan de gran aceptación en la comunidad internacional (incluidos los Estados partes en la controversia) pero que pese a ello no han sido ratificados universalmente y respecto de los que no se ha aceptado en todos los sentidos que enuncian únicamente normas de derecho internacional consuetudinario (como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

b) También podría impedir la remisión a tratados que constituyen la elaboración más importante en el contenido del derecho internacional referido a un tema especializado, con el argumento de que no han sido ratificados por todas las partes del tratado que se interpreta.

472. Mejor solución es permitir la remisión a otro tratado siempre que las partes en la controversia sean también partes en el otro tratado. Esto crea la posibilidad de que acaben suscitándose interpretaciones divergentes (en función de qué Estados partes sean también partes en la controversia), pero ello no sería más que el reflejo de la necesidad de respetar las voluntades (intrínsecamente divergentes) de las partes, dilucidadas por remisión a esos otros tratados, así como el carácter bilateralista de la mayoría de los tratados sustentados por las prácticas en materia de reservas, modificación *inter se* y tratados sucesores, por ejemplo[671]. El riesgo de divergencia —algo habitual en el derecho convencional— se vería mitigado si se distinguiese entre tratados «recíprocos» o «sinalagmáticos» (en los que la mera «divergencia» en la interpretación no crea ningún problema) y los tratados «integrales» o «interdependientes» (o tratados concertados *erga omnes partes*) en los que no debería permitirse que la utilización de ese otro tratado para la interpretación amenace la coherencia del tratado que se interpreta[672]. Esto también daría respuesta a la inquietud precisa expresada por el Grupo Especial de la OMC en *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* respecto de la coherencia en la interpretación de tratados[673]. Asimismo, quizá sería útil tener en cuenta también hasta qué punto puede decirse que ese otro tratado objeto de remisión puede haber sido «implícitamente» aceptado, o al menos tolerado, por las

[666] J. Pauwelyn, «The World Trade Organization», en Huesa Vinaixa y Wellens (dirs.) (nota 14 *supra*), págs. 225 y 226 y notas correspondientes.

[667] Véase además Koskenniemi, «General principles: reflexions on constructivist thinking in international law» (nota 24 *supra*), págs. 359 y ss.

[668] *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* (véase la nota 582 *supra*), párrs. 7.68 a 7.70.

[669] Marceau, «WTO dispute settlement and human rights» (nota 43 *supra*), pág. 781.

[670] Véase, por ejemplo, la importancia atribuida en el asunto *Estados Unidos – Camarones* al hecho de que, a pesar de que los Estados Unidos no habían ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sí habían aceptado durante el litigio que las disposiciones pertinentes reflejaban en su mayor parte el derecho internacional consuetudinario, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación (véase la nota 223 *supra*), párr. 171, nota 174.

[671] Nunca está de más insistir en que este riesgo de «divergencia» no es mayor que en cualquier otra interpretación de un tratado multilateral mediante remisión a la voluntad de las partes.

[672] Puede consultarse un estudio reciente de esta idea en el contexto de los acuerdos del ámbito de la OMC en Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), págs. 440 a 486, y en J. Pauwelyn, «A typology of multilateral treaty obligations: are WTO obligations bilateral or collective in nature?», EJIL, vol. 14, núm. 5 (2003), pág. 907.

[673] *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* (véase la nota 582 *supra*), párr. 7.70.

demás partes «en el sentido de que pueda considerarse razonablemente que expresa las intenciones o entendimiento comunes de todos los miembros respecto del significado del […] término en cuestión»[674]. Éste ha sido de hecho el planteamiento adoptado en algunas decisiones del Órgano de Apelación de la OMC[675]. Pone en práctica la idea de que ciertas nociones o conceptos de tratados multilaterales, a pesar de figurar en tratados que no cuentan con los mismos miembros, suscitan sin embargo la aceptación suficiente para dar una indicación válida de cuál es el «entendimiento común» o la «situación actual» en un ámbito técnico concreto sin que reflejen necesariamente el derecho consuetudinario reconocido.

2. La importancia de las obligaciones que han de tenerse en cuenta

473. Las consideraciones anteriores también han dado respuesta a la cuestión de la *importancia* que ha de otorgarse al derecho —los derechos y obligaciones— que debe tenerse en cuenta de conformidad con el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31. La importancia de esos derechos y obligaciones no reside en su carácter dominante. Como hemos visto, el derecho internacional reserva esta función al *jus cogens*. Un planteamiento que otorgase una importancia excesiva al entorno normativo en detrimento de los tratados particulares provocaría —al igual que la generalización de la presunción de que la *lex generalis* tiene preferencia frente a la *lex specialis*— recortaría la celebración de tratados: la necesidad de reaccionar ante nuevas circunstancias y de dar vigencia a intereses o necesidades que por algún motivo han estado infrarrepresentados en el derecho tradicional. La importancia de la necesidad de «tener en cuenta» estriba más bien en que cumple una función sistémica en el ordenamiento jurídico internacional, al vincular entre sí los sectores especializados, y éstos a los principios universales[676].

474. La cuestión de la importancia normativa que ha de atribuirse a unos determinados derechos y obligaciones cuando parecen chocar con otros derechos y obligaciones solo puede estudiarse caso por caso. En este sentido, hay poco que agregar a lo observado por los Magistrados Higgins, Buergenthal y Kooijmans en su reflexión sobre el equilibrio que hay que buscar entre las exigencias contrapuestas de la norma de la inmunidad del Estado, por un lado, y la de la responsabilidad por los delitos internacionales, por el otro:

> El derecho internacional persigue conciliar este valor [evitar las injerencias externas injustificadas en los asuntos internos de los Estados] con la lucha contra la impunidad, y no el triunfo de una norma sobre la otra[677].

3. Intertemporalidad y tendencias generales del derecho internacional

475. La tercera cuestión general —la que ha dado lugar a la mayoría de los debates en la propia Comisión— es la del derecho intertemporal o, dicho de otro modo, la cuestión de cuál es el momento indicado (la fecha crítica) para estudiar qué normas «habrá[n] de tenerse en cuenta» de conformidad con el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31. La norma tradicional[678], y la propuesta a la Comisión por Waldock, constaba de dos partes: una que establece la «contemporaneidad» y la otra que permite tener en cuenta los cambios producidos en la legislación. Según la primera parte, un tratado debe interpretarse «a la luz del derecho vigente en el momento en que fue redactado»[679]. Sin embargo, la segunda parte exigía lo siguiente: «la aplicación de un tratado se regirá por las normas del derecho internacional vigentes en el momento en que se aplique ese tratado»[680].

476. El fundamento de las dos partes del principio es claro y difícil de discutir. Por un lado, cuando los Estados establecen una relación jurídica, lo hacen sin duda teniendo presente el entorno normativo existente en ese momento. O lo que es lo mismo, la preferencia por el derecho vigente en el momento en que se celebra un tratado da mejor cuenta de la intención de las partes. Sin embargo, ninguna relación jurídica permanece inalterable con el paso del tiempo. Esto se confirma por la propia necesidad de tener en cuenta las ulteriores prácticas de las partes. De modo similar, los pareceres de las partes acerca del significado y aplicación del tratado evolucionan con el paso del tiempo, la acumulación de experiencia y la aparición de nueva información y nuevas circunstancias.

477. La doctrina del derecho intertemporal recuerda fundamentalmente estos dos fundamentos, de los cuales uno apunta al pasado como guía para determinar la intención de las partes y el otro apunta al presente por exactamente el mismo motivo. Como señaló Jiménez de Aréchaga en la Comisión en 1964:

> La intención de las partes debe prevalecer y existen dos posibilidades al parecer por lo que se refiere a esta intención; o bien han querido incorporar al tratado algunos conceptos jurídicos que seguirán invariables, o bien si ésta no ha sido su intención, los conceptos jurídicos pueden ser objeto de modificaciones y habrán de interpretarse, pues, no solo en el contexto del instrumento de que se trate sino también dentro del marco del ordenamiento jurídico total al que pertenecen. No debe impedirse que la voluntad de las partes intervenga libremente con la

---

[674] Pauwelyn se muestra a favor de este planteamiento en el caso de los tratados abarcados de la OMC (Pauwelyn, *Conflict of Norms…* (nota 21 *supra*), págs. 257 a 263, en especial pág. 261).

[675] Véanse, por ejemplo, las fuentes a las que se remite el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación (nota 223 *supra*), párr. 130.

[676] Este tema se analizó de manera precoz sobre todo en H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longmans, 1927 (donde se subraya el papel de los principios del derecho privado en la interpretación de las relaciones jurídicas internacionales).

[677] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 531 *supra*) págs. 86 y 87 (voto particular conjunto de los Magistrados Higgins, Kooijmans and Buergenthal), párr. 79.

[678] Esa norma fue formulada por el Magistrado Huber en el contexto de las reclamaciones territoriales y sus dos partes dicen así: «… un hecho jurídico debe examinarse a la luz de la legislación que le es contemporánea, y no de la legislación vigente en el momento en que surgió la controversia» («contemporaneidad») y «El mismo principio que somete el acto creador de un derecho a la legislación vigente en el momento en que surge el derecho exige que la existencia del derecho, es decir, sus manifestaciones continuadas, sigan las condiciones requeridas por la evolución de la legislación» (*Island of Palmas (Netherlands/United States of America)*, laudo de 4 de abril de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II (núm. de venta: 1949.V.1), págs. 829 y ss., en especial pág. 845).

[679] Tercer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/167 y Add.1 a 3) (véase la nota 323 *supra*), pág. 6, proyecto de artículo 56, párr. 1.

[680] Ibíd., pág. 7, proyecto de artículo 56, párr. 2.

cristalización de cada concepto en la forma que tenía en el momento de la elaboración del tratado[681].

478. Dado que parece inútil intentar fijar una preferencia general y abstracta por el pasado o el presente[682], es mejor, nuevamente, limitarse a escoger algunas consideraciones que pueden ser pertinentes a la hora de decidir si aplicar el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 para «tener en cuenta» esas «otras obligaciones» existentes cuando se concertó el tratado, o cuando el tratado estaba en aplicación. El punto de partida debe ser, de nuevo, el hecho de que adoptar una decisión al respecto es una cuestión de interpretación del propio tratado. ¿Hay alguna indicación en la formulación empleada? El punto de partida del argumento puede ser lógicamente el «principio de contemporaneidad» —con respecto al entorno normativo existente en el momento de entrada en vigor de la obligación para la parte correspondiente[683]. En este contexto ¿cuándo podría la formulación del propio tratado establecer que deben tenerse en cuenta la futura evolución? He aquí unos ejemplos de cuándo se puede suponer esto razonablemente:

a) Cuando en un tratado se utiliza un término que «no es estático, sino sujeto a una evolución»[684]. Este caso se da cuando las partes optan por una formulación que les permita acceder a ese significado evolutivo sin adoptar la definición singular que les es propia (ejemplo de ello es la utilización de términos como «expropiación» o «plataforma continental» en los tratados correspondientes)[685]. Este caso también puede darse cuando, al leer la formulación a la luz de su objeto y su fin, se concluye que las partes se han comprometido a un programa de desarrollo progresivo[686].

b) Cuando las obligaciones se describen en términos muy generales, lo que constituye una especie de remisión a la situación del derecho en el momento de su aplicación. Así, las excepciones generales previstas en el artículo XX del GATT, abordadas en el asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga), que permiten la adopción de medidas «necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales» o «relativas a la conservación de los recursos naturales agotables», están pensadas para adaptarse a la evolución de la situación a lo largo del tiempo[687]. Por ejemplo, las medidas necesarias para proteger a los camarones evolucionan en función de la gravedad de la amenaza que pesa sobre esa especie. Aunque el significado del artículo XX siga siendo el mismo en términos generales, su contenido real cambiará con el tiempo. En este contexto, la remisión a «otras normas del derecho internacional», como los tratados multilaterales sobre medio ambiente, se convierte en una forma de prueba secundaria que sustenta la investigación de tipo científico y sobre los valores y expectativas de la comunidad, alimentadas por el sentido corriente de las palabras, así como por su objeto y finalidad.

4. Conclusión

479. El apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, y el «principio de la integración sistémica» consagrado en él, resumen los resultados de las secciones anteriores. En ellos se pide al órgano de resolución de controversias —o al abogado que quiere averiguar «cuál es el derecho aplicable»— que sitúe las normas invocadas por las partes interesadas en el contexto de otras normas y principios que podrían tener relación con la causa. En este proceso, las fuentes más concretas o inmediatamente disponibles se interpretan las unas respecto de las otras y teniendo en cuenta el derecho general «que sirve de fondo». El significado de interpretar normas «unas respecto de otras» no puede explicarse en abstracto. Sin embargo, el resultado de esa interpretación específica puede ser de hecho, desde la perspectiva del apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, menos importante que eso, sea cual sea el resultado, su justificación reside en el entorno jurídico más amplio, el «sistema» del derecho internacional en su conjunto.

---

[681] *Anuario… 1964*, vol. I, pág. 35, acta resumida de la 728ª sesión de la Comisión, celebrada el 21 de mayo de 1964, párr. 10. Thirlway sugiere una versión de la doctrina con ciertas reservas: «Siempre que pueda establecerse que la intención de las partes fuera que el significado o alcance de un término o expresión empleados en un tratado siguiera la evolución del derecho, el tratado deberá interpretarse de acuerdo con dicha intención» (Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Three)» (nota 586 *supra*), pág. 57). Véanse también: Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part One)» (nota 98 *supra*), págs. 135 a 143, y R. Higgins, «Time and the law: international perspectives on an old problem», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, núm. 3 (julio de 1997), págs. 515 a 519.

[682] Este fue, después de todo, el motivo por el que la Comisión no fue capaz de elaborar un artículo sobre esta cuestión.

[683] Esto expresa «la necesidad primaria de interpretar un instrumento de acuerdo con las intenciones de las partes en el momento de su celebración» (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (véase la nota 491 *supra*), pág. 31, párr. 53).

[684] Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (nota 37 *supra*), pág. 1282. El ejemplo habitual es el uso del concepto de «misión sagrada de civilización» que formaba parte del régimen de mandatos de la Sociedad de las Naciones. Véase *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (nota 491 *supra*), pág. 31, párr. 53.

[685] Así, en el caso *Agean Sea Continental Shelf*, la Corte Internacional de Justicia aplicó la presunción según la cual un término genérico se utiliza «con la intención de seguir la evolución del derecho y de ajustarse al significado que el derecho atribuya a esa expresión en cualquier momento concreto» (*Agean Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1978*, págs. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 77).

[686] Esta fue la situación que se dio en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros Project* planteado ante la Corte Internacional de Justicia. «[L]a Corte desea señalar que las recientes normas del derecho ambiental son pertinentes a la hora de aplicar el Tratado, y que las partes podrían, de mutuo acuerdo, incorporarlas… [al] … Tratado. [Los artículos 15, 19 y 20] no contienen obligaciones de hacer, sino que requieren a las partes que, en cumplimiento de sus obligaciones de velar por que la calidad del agua del Danubio no se degrade y por que la naturaleza esté protegida, tengan en consideración las nuevas normas ambientales al convenir los medios que han de especificarse en el Plan Contractual Conjunto. Al introducir en el tratado estas disposiciones evolutivas, las partes reconocieron la eventual necesidad de adaptar el proyecto. Por consiguiente, el Tratado no es estático y puede adaptarse a las nuevas normas del derecho internacional» (*Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 119 *supra*), págs. 67 y 68, párr. 112). Véase asimismo el voto particular del Magistrado Weeramantry, ibíd., págs. 113 a 115.

[687] «Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, advertimos que el término genérico "recursos naturales" del párrafo *g* del artículo XX no es "estático" en su contenido o en sus referencias sino más bien "por definición, evolutivo"» (*Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, informe del Órgano de Apelación (véase la nota 223 *supra*), párr. 130).

480. El modo en que se «tienen en cuenta» «otras normas del derecho» es fundamental para las partes y para el resultado de cualquier causa. No obstante, el principio de la integración sistémica va más allá de la causa particular. Al asegurarse de que el resultado está relacionado con el entorno jurídico y de que se tienen en cuenta las normas adyacentes (quizá aplicadas, quizá invalidadas, quizá descartadas momentáneamente), toda decisión expresa además el entorno jurídico-institucional respecto de unas preferencias básicas, opciones en materia de distribución y objetivos políticos. Esta expresión es muy importante en un mundo descentralizado y espontáneo cuyas prioridades y objetivos suelen enunciarse de manera deficiente. También es importante para el desarrollo crítico y constructivo de instituciones internacionales, sobre todo de las que tienen competencias en materia de aplicación de leyes. Mantener esas instituciones aisladas entre sí y permitir que solo presten atención a sus propios objetivos y preferencias es entender el derecho como un mero instrumento para lograr los objetivos establecidos por un determinado régimen. Pero la ley también sirve para proteger derechos y hacer cumplir obligaciones, sobre todo los derechos y obligaciones que se basan en algo como el interés público y general. Sin el principio de «integración sistémica» sería imposible plasmar y mantener viva cualquier noción del bien común de la humanidad que no sea reducible al bien de alguna institución o «régimen» particulares.

Capítulo VI

Conclusiones generales

A. La naturaleza de la fragmentación

481. Un aspecto de la mundialización es la aparición de redes de cooperación técnicamente especializadas de alcance mundial: el comercio, el medio ambiente, los derechos humanos, la diplomacia, las comunicaciones, la medicina, la prevención de la delincuencia, la producción de energía, la seguridad, la cooperación indígena y así sucesivamente, es decir, ámbitos de la vida y de la cooperación de expertos que trascienden las fronteras nacionales y son difíciles de regular por medio del derecho internacional tradicional. Los derechos nacionales parecen insuficientes debido al carácter transnacional de las redes, y el derecho internacional, por una parte, solo tiene en cuenta de forma insuficiente sus objetivos y necesidades especializados.

482. En consecuencia, las redes tienden a desarrollar sus propias normas y sistemas de normas. Esto sucede a veces de forma oficiosa, mediante la adopción por los principales actores de formas de conducta o soluciones uniformes que crean expectativas o son copiadas por otros. A veces la coordinación se logra mediante la armonización de las leyes y reglamentos nacionales o regionales, por ejemplo, mediante la creciente uniformación de las formas contractuales o de las normas en materia de responsabilidad. Pero, frecuentemente, las normas y sistemas de normas especializados también surgen a través de la cooperación intergubernamental y, en particular, con la asistencia de organizaciones intergubernamentales (especializadas). El resultado es la aparición de regímenes de derecho internacional que se basan en tratados multilaterales y constituciones de organizaciones internacionales, tratados especializados y pautas consuetudinarias que se ajustan a las necesidades e intereses de cada red pero que rara vez tienen en cuenta el mundo exterior.

483. En estos antecedentes se enmarca la preocupación por la fragmentación del derecho internacional: la aparición de normas y sistemas de normas especializados que no guardan una clara relación entre sí. Las respuestas a las cuestiones jurídicas dependen de a quién se pregunte, o de qué sistema de normas se trate. En consecuencia, este estudio ha tratado de buscar respuestas a cuestiones que, aunque parecen bastante elementales, frecuentemente no se han planteado: ¿cuál es la naturaleza de los sistemas de normas especializados? ¿Cómo deberían entenderse las relaciones *inter se* de esos sistemas? ¿Qué normas deberían regir sus conflictos?

B. La perspectiva del presente estudio

484. El presente estudio no tiene por objeto establecer relaciones definidas de prioridad entre las diferentes normas o sistemas de normas del derecho internacional. En ese sentido, sus resultados pueden parecer insatisfactorios o, por lo menos, no concluyentes. No obstante, esas prioridades no pueden lógicamente alcanzarse por medio de algo que es simplemente una elucidación del proceso de razonamiento jurídico. Deberían reflejar las preferencias (políticas) de los actores internacionales, en particular los Estados. Los conflictos de normas no surgen como «errores» técnicos que podrían «evitarse» mediante un razonamiento jurídico más elaborado. Nuevas normas y nuevos regímenes surgen como respuestas a nuevas preferencias, y a veces mediante un propósito consciente de apartarse de las preferencias que existían en regímenes anteriores. Requieren una respuesta legislativa, no una respuesta técnico-jurídica.

485. Pero la ausencia de jerarquías generales en derecho internacional no significa que los conflictos de normas conduzcan a una parálisis jurídica. Las jerarquías pertinentes deben establecerse solamente de forma específica y con miras a resolver problemas particulares a medida que surjan. Para estos problemas los artículos de la Convención de Viena de 1969 tienen su relevancia y un estudio elaborado dentro de los límites de la Comisión puede aportar una contribución constructiva. El propósito ha sido aclarar mediante ejemplos, tomados de la práctica de las cortes y tribunales internacionales, las técnicas de que disponen los juristas para abordar problemas que parecen entrañar conflictos entre normas o sistemas de normas.

486. Una idea clave desarrollada en este estudio es que los conflictos de normas son frecuentes en derecho internacional. Debido a la naturaleza espontánea, descentralizada y carente de jerarquía de la formación del derecho internacional —derecho que se forma por medio de la costumbre y el tratado— los juristas siempre han tenido

que habérselas con materiales heterogéneos de diferentes niveles de generalidad y de diferente fuerza normativa. Precisamente en su primer asunto, la Corte Permanente de Justicia Internacional, como hemos visto, se enfrentó a la tarea de resolver la cuestión del conflicto o superposición entre dos conjuntos de normas: el Tratado de Versalles y el derecho de una Potencia neutral en tiempo de guerra a controlar el acceso a un territorio beligerante. No obstante, por medio de una interpretación de la soberanía alemana y de la invocación del precedente (los canales de Panamá y de Suez), el tribunal pudo establecer la prioridad del Tratado de Versalles[688]. Desde entonces, ha sido habitual que los tribunales internacionales establezcan los derechos y deberes de los Estados o de otros sujetos mediante referencia a los principales tipos de documentos jurídicos aplicables, como parte del trabajo que están llamados a realizar.

487. Pero abordar los problemas a este nivel, es decir, los conflictos a medida que surgen, significará que se abordan de una manera oficial y abierta, como cuestiones técnico-jurídica más que como cuestiones de preferencia sustantiva (pólitico-jurídica). El informe en cierto modo ha ganado su aceptabilidad vaciando su fondo. Ahora bien, este «formalismo» no deja de tener su finalidad. El propósito de elaborar una técnica jurídico-formal coherente respecto de un mundo fragmentado expresa la convicción de que los conflictos entre regímenes especializados pueden superarse por medio del derecho, aunque el derecho no vaya mucho más allá de exigir la disposición a escuchar a otros, tener en cuenta sus puntos de vista y encontrar una solución razonada al final. Esto, sin embargo, puede expresar simplemente la razón por la que siempre ha existido el derecho internacional. El tránsito de un mundo fragmentado en Estados soberanos a un mundo fragmentado en «regímenes» especializados puede, en efecto, no requerir en absoluto una transformación fundamental del derecho internacional público, aunque puede requerir el uso imaginativo de sus técnicas tradicionales. Siempre hubo Estados que consideraron el derecho internacional incompatible con su soberanía. Análogamente, actualmente pueden existir regímenes mundiales o complejos de normas que consideran el derecho internacional una intrusión ajena. Tiene tan poco fundamento ceder a la lógica del «aislamiento clínico» en el segundo caso como lo tenía en el primero. Si la opinión de un Estado no puede ser la última palabra respecto de la licitud internacional de sus actividades, tampoco el punto de vista de una norma o de un régimen por sí solos pueden determinar cuáles son sus consecuencias jurídicas internacionales. Si el derecho internacional es necesario como estructura de coordinación y cooperación entre Estados (soberanos), no es menos necesario para coordinar y organizar la cooperación de complejos de normas e instituciones (autónomos).

488. Las normas y complejos de normas especiales indudablemente son necesarios, un poco en el sentido en el que las diferentes soberanías lo son. El mundo es irreductiblemente pluralista. El derecho no puede resolver de forma abstracta todos los conflictos posibles que pueden surgir entre regímenes económicos y medioambientales, entre los derechos humanos y la inmunidad diplomática o entre el derecho universal del régimen marítimo y un tratado regional de pesquería. Cada uno tiene sus expertos y su ética, sus prioridades y preferencias, su sesgo estructural. Esos regímenes están «programados» institucionalmente para dar prioridad a determinadas preocupaciones sobre otras. La preocupación por la fragmentación concernía a la continuación de la viabilidad del derecho internacional tradicional, incluidas las técnicas de razonamiento jurídico que conlleva en un marco de especialización. Las máximas jurídicas (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*) ¿siguen teniendo relevancia para resolver los conflictos producidos en una situación de complejidad económica y tecnológica? Aunque el presente informe da una respuesta afirmativa, destaca también los límites de la respuesta. El derecho internacional público no contiene normas en las que, por decirlo así, problemas de la sociedad mundial ya están resueltos. Desarrollar esas normas es una tarea política.

489. La preocupación por la fragmentación del derecho internacional tiene un aspecto institucional y un aspecto sustantivo. En el plano institucional, la proliferación de órganos de aplicación —frecuentemente Cortes y Tribunales— para regímenes específicos establecidos por tratados ha despertado una preocupación respecto de la jurisprudencia desviada y la búsqueda del foro más favorable. Los derechos y obligaciones de los sujetos jurídicos pueden depender del órgano al que se recurra para reconocerlos. Siguiendo la decisión adoptada por la Comisión en 2002 y 2003, este informe deja de lado los aspectos institucionales de la fragmentación. En vez de ello se centra en problemas sustantivos, la aparición de «derechos especiales», regímenes establecidos por tratados, y grupos funcionales de normas y ramas especializadas del derecho internacional y en las relaciones entre esas normas y con el derecho internacional general. Se ha prestado particular atención a la aplicación de las máximas de la *lex specialis* y la *lex posterior*, y a las relaciones de importancia y «sistema» en derecho internacional. En todo el estudio la orientación la ha proporcionado la Convención de Viena de 1969 con un esfuerzo consciente, no obstante, de interpretar el propio tratado en su entorno sistémico, que consiste, en parte, en las prácticas de los tribunales internacionales y de otros órganos encargados de aplicar el derecho y, en parte, en el derecho internacional general del que forma parte. El proyecto de conclusiones prácticas de los trabajos del Grupo de Estudio se expone con detalle en el anexo al presente informe.

490. No se han tratado todos los problemas sustantivos. Por ejemplo, no se han examinado las cuestiones relativas al derecho «blando» como tipo especial de derecho con su aplicación particular («blanda») y los mecanismos de solución de controversias. No obstante, en la medida en que el derecho blando afirma existir de forma «aislada» respecto del «derecho duro», gran parte de lo que se ha dicho sobre las relaciones entre derecho especial y derecho general en el capítulo II *supra* es aplicable al derecho blando. Análogamente, las cuestiones que tienen que ver con la aparición de pautas de apremio surgidas de actividades privadas o de actividades público-privadas combinadas, en particular la *lex mercatoria* (derecho mercantil) y otros tipos de regulación oficiosa de las actividades transnacionales, y sus efectos sobre la formación tradicional del derecho, se han dejado fuera de este estudio. Un examen de la medida en que los nuevos tipos de «derecho

[688] *S. S. «Wimbledon»* (véase la nota 150 *supra*), págs. 25 y 28 a 30.

mundial» pueden estar surgiendo fuera del ámbito del derecho internacional Estado-céntrico tradicional requeriría un estudio de diferente naturaleza. Esto no significa, sin embargo, que la Convención de Viena de 1969 o incluso el derecho internacional general no puedan utilizarse para encauzar y controlar también esas pautas de regulación oficiosa, frecuentemente determinadas por intereses privados. Cuanto más complejas y flexibles sean las formas en que el derecho de los tratados permite el uso de tratados marco, grupos de tratados y regímenes integrados por múltiples tipos de materiales normativos, tanto más esa reglamentación privada descentralizada podrá comprenderse dentro del ámbito del derecho internacional.

C. Entre la coherencia y el pluralismo: sugerencias para ulteriores trabajos

491. La fragmentación cuestiona la coherencia del derecho internacional. La coherencia recibe una valoración positiva por su relación con la previsibilidad y la seguridad jurídica. Además, solo un sistema jurídico coherente trata de forma igual a los sujetos jurídicos. Ahora bien, la coherencia es una virtud formal y abstracta. Cuando un sistema jurídico se considera injusto o impracticable en algunos aspectos no aporta ningún valor el hecho de que lo haga de forma coherente. Por tanto, junto con la coherencia, el pluralismo debe considerarse un valor constitutivo del sistema. En efecto, en un mundo de múltiples soberanías, esto siempre ha sido así.

492. Aun cuando la diversificación del derecho internacional puede amenazar a su coherencia, lo hace aumentando su sensibilidad al contexto regulador. La fragmentación impulsa el derecho internacional en sentido del pluralismo jurídico pero lo hace, como el presente informe ha tratado de subrayar, utilizando constantemente las fuentes del derecho internacional general, especialmente las normas de la Convención de Viena de 1969, el derecho consuetudinario y los «principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas». *Una conclusión principal de este informe ha sido que la aparición de regímenes especiales establecidos por tratados (que no deberían denominarse «autónomos» o «self-contained») no ha socavado seriamente la seguridad jurídica, la previsibilidad del derecho y la igualdad de los sujetos jurídicos*. Las técnicas de la *lex specialis*, la *lex posterior* y los acuerdos *inter se* y la posición superior conferida a las normas imperativas y a la noción (hasta ahora no suficientemente elaborada) de «obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto» ofrecen un repertorio técnico básico que permite responder de manera flexible a los problemas más sustantivos de la fragmentación. Pueden utilizarse para dar expresión a preocupaciones (por ejemplo, el desarrollo económico, los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la seguridad) que son legítimas y se consideran muy importantes.

493. El sistema jurídico internacional nunca ha gozado del grado de coherencia que puede haber caracterizado los ordenamientos jurídicos de los Estados. No obstante, la creciente complejidad de las sociedades modernas, la tolerancia y el estímulo de tradiciones y objetivos sociales en conflicto en el seno de las sociedades nacionales, y las necesidades de la especialización técnica, también han socavado la homogeneidad del Estado-nación. Actualmente, el derecho de los recientes Estados modernos surge de varias fuentes normativas cuasi autónomas, tanto internas como externas. Si esto puede haber socavado la coherencia constitucional del derecho nacional, se ha contrarrestado con la sensibilidad contextual y el funcionamiento del incipiente pluralismo (moderado). Análogamente, la aparición de normas de conflicto y de regímenes jurídicos superpuestos indudablemente crearán problemas de coordinación a nivel internacional. Pero, y esta es la segunda conclusión principal del presente informe, *no se dispone en realidad de un metasistema homogéneo jerárquico que pueda eliminar esos problemas*. El derecho internacional tendrá que operar en un ámbito en que las exigencias de coherencia y de pluralismo razonable apuntarán en direcciones diferentes. Para que pueda hacerlo con éxito, *habrá que prestar cada vez más atención a la colisión de normas y regímenes y a las reglas, métodos y técnicas para tratar esas colisiones*. La posible manera de hacer esto se expone con detalle en las conclusiones propuestas por el Grupo de Estudio en el anexo. Además, este propósito podría requerir por lo menos tres tareas:

a) prestar atención a la función de la Convención de Viena de 1969 como base de un «derecho internacional de los conflictos»;

b) prestar atención a la noción y funcionamiento de los «regímenes»;

c) examinar la noción de «derecho internacional general».

1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como base del «derecho internacional de los conflictos»

494. La Comisión decidió situar sus trabajos sobre esta cuestión dentro de los límites de la Convención de Viena de 1969. El presente informe indica que esta decisión estaba justificada. Como se ha explicado con detalle, la Convención de Viena ofrece la base normativa —el repertorio de «instrumentos»— para tratar la fragmentación. No hay razones para que no ofrezca también la base para seguir desarrollando un «derecho internacional de los conflictos». Los conflictos entre tratados, regímenes establecidos por tratados y otras fuentes del derecho se producirán inevitablemente en un futuro, quizás cada vez más. A falta de una jerarquía fija, esos conflictos solo pueden resolverse mediante «normas de conexión» que tengan en cuenta tanto las necesidades de coherencia como las exigencias del contexto. Al elaborar esas normas de conexión, varios aspectos de la Convención de Viena de 1969 deberían someterse a un análisis más detallado.

495. Por ejemplo, el tratamiento que da la Convención de Viena a los tratados bilaterales y multilaterales estableciendo normas idénticas parece insatisfactorio. Los problemas que surgen son diferentes y deben tratarse con técnicas diferentes. En la interpretación de los tratados bilaterales, por ejemplo, la intención de las partes es relativamente fácil de determinar, en tanto que los tratados multilaterales surgen como paquetes de medidas o acuerdos y rara vez tienen un propósito único y claramente definido de las partes. Además, actualmente no

se reconoce el carácter especial de los «tratados marco» y «tratados de ejecución» mientras gran parte de este informe ha indicado que esos tratados tienen tipos especiales de relaciones que no pueden identificarse con las relaciones entre cualesquiera tratados. Además, nada ha socavado el punto de partida de Fitzmaurice, según el cual, por ejemplo, los tratados de derechos humanos y los tratados de derecho humanitario (así como, por ejemplo, los tratados sobre el medio ambiente) forman una clase especial de instrumentos («integrales» o «interdependientes») no bilaterales que no pueden aplicarse utilizando las mismas técnicas que los tratados «ordinarios» que crean relaciones bilaterales. A lo largo de este informe hemos visto cómo la naturaleza de un tratado —en particular su objeto y su fin— ha limitado la libertad de las partes de apartarse del mismo por medio de una *lex specialis* o de un acuerdo *inter se*. Pero de hecho ya la prioridad convencional concedida al derecho especial sobre el derecho general, y las técnicas igualmente convencionales de anular esa prioridad, son aspectos de una jerarquía oficiosa de tratados que frecuentemente ha sido soslayada por la atención prestada a la jerarquía oficial o formal expresada por medio del *jus cogens* o el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

496. En general, la Convención de Viena no reconoce suficientemente los tipos especiales de tratados y las normas especiales que pueden intervenir en su interpretación y aplicación. Parece necesario trabajar más sobre estos aspectos. *Se propone que se elaboren directrices sobre cómo las disposiciones de la Convención de Viena podrían reconocer la amplia variedad de tipos de tratados y las consecuencias normativas de esos tipos y sobre la posibilidad de establecer directrices oficiosas sobre la manera de tratar los conflictos entre tratados. Por lo menos los siguientes temas podrían formar parte de esa labor*:

a) Debería reconocerse más la diferencia de las relaciones entre los tratados bilaterales y los tratados multilaterales.

b) Debería seguir examinándose el proceso de la «legislación» internacional por medio de tratados multilaterales adoptados para realizar normas técnicas específicas. Esto podría suponer el establecimiento de una tipología de disposiciones de tratados susceptibles de trato diferente. Esa tipología podría contrastar, por ejemplo, las disposiciones «programáticas» con las disposiciones que establezcan derechos subjetivos y las disposiciones de «derecho duro» relacionadas con una responsabilidad formal con las disposiciones de «derecho blando» con arreglo a regímenes especiales de «responsabilidad blanda».

c) Deberían precisarse más las nociones de «tratado marco» y «tratado de ejecución», en particular con miras a destacar las relaciones especiales (jerárquicas) entre ellos y entre las instituciones que establezcan.

d) Debería reconocerse más la distinción entre convenciones multilaterales cuyas disposiciones son «bilateralizables» y las convenciones que no lo son (es decir, los llamados tratados «integrales» o los tratados que establecen obligaciones «interdependientes» o de otra forma «absolutas»).

e) Debería precisarse más el significado de las obligaciones que se tienen con «la comunidad internacional en su conjunto» (obligaciones *erga omnes*) o con «la comunidad de Estados partes en su conjunto» (obligaciones *erga omnes partes*).

f) La práctica reciente ha elaborado una amplia gama de modelos de «cláusulas de conflicto» que trata de eliminar o de tratar los posibles conflictos entre las partes. Ahora bien, frecuentemente esas cláusulas no son claras o son ambivalentes. ¿Qué significa, por ejemplo, que dos tratados deban entenderse de forma «recíprocamente afirmativa»?

2. Hacia un derecho de regímenes

497. Gran parte de este estudio ha señalado la creciente importancia de las cadenas o grupos de tratados, en particular las relaciones entre los tratados marco y los tratados de ejecución. En la práctica, la fragmentación se produce por el desarrollo de redes de normas e instrumentos internacionales que, a todos los efectos prácticos, inclusive a efectos de interpretación, se tratan como «conjuntos» o «regímenes» únicos. El presente estudio ha catalogado tres tipos de regímenes especiales:

a) los conjuntos especiales de normas secundarias de responsabilidad de los Estados;

b) los conjuntos especiales de normas y principios sobre la gestión de un problema determinado;

c) las ramas especiales del derecho internacional que tienen sus principios, instituciones y finalidades propios.

498. Ni la Convención de Viena ni la práctica internacional, judicial o arbitral hasta el momento han llegado a una regulación elaborada de esos tipos especiales de conjuntos. Del presente estudio se desprende, no obstante, que un «régimen» puede funcionar como tratado oficial, como conjunto de tratados e instituciones formales, o en términos culturales «más amplias». Los conflictos entre normas en el seno de un régimen parecen diferentes y probablemente deberían tratarse de forma diferente que los conflictos entre regímenes. Los «regímenes» pueden también tener participantes no gubernamentales y representar intereses no gubernamentales de una forma que puede influir en su interpretación y aplicación. Frecuentemente los regímenes funcionan sobre la base de la coordinación administrativa y el «apoyo recíproco» con el objeto de alcanzar resultados óptimos para el régimen. Aunque esto es perfectamente adecuado respecto de las disposiciones convencionales que se formulan en términos «generales» o «de programa», parece menos adecuado respecto de las disposiciones que establecen derechos subjetivos u obligaciones cuya finalidad es garantizar esos derechos. Las controversias relativas al funcionamiento de los regímenes quizás no se hayan tratado siempre debidamente por los mismos órganos que tiene que ocuparse del reconocimiento de las reclamaciones de derechos. Igualmente, cuando surgen conflictos entre disposiciones de tratados que pertenecen a regímenes diferentes, hay que procurar garantizar que la solución que se adopte no sea dictada por órganos exclusivamente relacionados con uno de los demás regímenes en conflicto.

499. Se propone que la Comisión exponga las funciones de los regímenes especiales en algunos o varios de los tres sentidos mencionados. Con este fin, podría examinar:

a) Los tipos de regímenes internacionales y trasnacionales que han surgido como resultado del proceso de mundialización.

b) La forma del funcionamiento autónomo de los regímenes. Esto podría abordar cuestiones tales como la formación y funcionamiento de las jerarquías interiores de los regímenes, los principios de interpretación aplicables a los instrumentos de los regímenes, los tipos específicos de normas e instituciones requeridos para el funcionamiento coherente de los regímenes y así sucesivamente.

c) La función del derecho internacional (público) general en los regímenes, particularmente resolviendo los conflictos de interpretación y estableciendo la responsabilidad por toda violación de las normas de los regímenes. Podrían examinarse las relaciones entre el derecho público y el derecho privado, inclusive entre el derecho «blando» y otros instrumentos no vinculantes de esos regímenes.

d) Muchas disposiciones de los regímenes establecidos por tratado tienen un carácter exhortatorio, procedimental o «programático». Esas disposiciones contrastan bruscamente con las disposiciones que establecen derechos subjetivos u obligaciones. En tanto que los primeros pueden ajustarse fácilmente en caso de conflicto (o, por ejemplo, de falta de recursos), los segundos no son tan fáciles de «equilibrar» o «coordinar». En todo estudio de las normas pertenecientes a un régimen se debería tener en cuenta ese contraste en el poder normativo de las distintas normas de ese régimen.

e) Las condiciones y las consecuencias de un fallo del régimen. En primer lugar ¿qué se entiende por «fallo del régimen»? ¿Qué sucede cuando los medios procedimentales para restablecer el derecho general, normalmente suspendidos, resultan aplicables?

f) Todo el complejo de las relaciones entre los regímenes constituye actualmente un vacío jurídico. ¿Qué principios de solución de conflictos pueden utilizarse para tratar los conflictos entre dos regímenes o entre instrumentos de distintos regímenes?

g) La solución de controversias dentro de los regímenes puede no estar sujeta a las mismas normas o los mismos procedimientos que la solución de controversias entre regímenes. Para este segundo supuesto, hay una necesidad particular de garantizar que se disponga de mecanismos de solución imparciales.

3. La naturaleza y la aplicación del «derecho internacional general»

500. Como hemos visto a lo largo de este estudio, la fragmentación se produce en este marco y frecuentemente mediante referencia expresa no solo a la Convención de Viena de 1969 sino a algo denominado «derecho internacional general». Ahora bien, no existe un acuerdo bien definido o uniforme sobre lo que esto significa. El término «derecho internacional general» se refiere claramente al derecho consuetudinario general, así como a los «principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas», con arreglo al apartado *c* del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Pero también puede referirse a los principios de derecho internacional propiamente dichos y a las analogías derivadas de los derechos internos, en especial los principios del procedimiento jurídico (*audiatur et altera pars*, *in dubio mitius*, reclusión y otros). En la práctica de los tribunales internacionales, incluido el Órgano de Apelación de la OMC el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constantemente se hace referencia a diversos tipos de «principios» a veces derivados del derecho interno, a veces derivados de la práctica internacional, pero frecuentemente de una manera que no especifica su autoridad.

501. Gran parte del contenido del «derecho internacional general» fue analizado en el estudio encargado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1948 a Hersch Lauterpacht con el fin de iniciar los trabajos de la Comisión para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional[689]. En 1996, la Comisión analizó el margen existente para el desarrollo progresivo y la codificación después de casi 50 años de trabajo y, a fin de ofrecer un panorama de las principales ramas del derecho internacional público general, estableció un plan general de temas de derecho internacional clasificados en 13 ramas diferentes[690]. Cualesquiera que sean las perspectivas de «la codificación y el desarrollo progresivo» en la actualidad, parece claro que la mayor parte del desarrollo del derecho internacional tendrá lugar en el marco de conferencias legislativas y de organizaciones especializadas sobre la base de trabajos preparatorios de especialistas, y conducirá a regímenes complejos establecidos por tratados con sus propias disposiciones y procedimientos institucionales. Esto ciertamente forma parte del clima en el que surgió la preocupación por la fragmentación del derecho internacional.

502. En un entorno jurídico cada vez más especializado, quedan pocas instituciones que utilicen los términos del derecho internacional general con el fin de regular, a nivel universal, relaciones que no pueden reducirse a la realización de intereses especiales y que van más allá de la coordinación técnica. La Comisión es una de esas instituciones. La labor de codificación y desarrollo que ha realizado ha consistido precisamente en dilucidar el contenido del «derecho internacional general» como aspecto de algo que solo puede entenderse como un tipo de ámbito público internacional. El hecho de que en este estudio haya sido posible elaborar una posición global partiendo de la perspectiva de la Convención de Viena de 1969 ha demostrado que el derecho internacional general se dirige a las preocupaciones actuales

[689] Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International law Commission (Examen del derecho internacional en relación con los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional), memorando del Secretario General (A/CN.4/1/Rev.1, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 48.V.1(1)); publicado también en Lauterpacht, *International Law. Collected Papers*, vol. I (nota 106 *supra*), págs. 445 a 530.

[690] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), párrs. 246 a 248 y anexo II.

no tanto en términos de normas y principios sustantivos —una parte de los cuales, después de todo, ya ha sido codificada—, sino como técnica de argumentación formal. Lo importante en cierto sentido es que esa técnica representa lo que es «general» en un mundo en el que proliferan los particularismos técnicos.

503. La tendencia a elaborar tratados especializados y la disminución de temas en el programa de la Comisión demuestran que lo que puede conseguirse en términos de codificación y desarrollo progresivo de normas universales tiene un límite. Llegado cierto punto, se traspasa el umbral en el que el grado necesario de generalidad y abstracción, que es el precio que hay que pagar para que el derecho de los tratados tenga un alcance universal, resulta demasiado elevado. Dentro del marco de las normas «universales», lo que en realidad a menudo suele suceder es la elaboración de normas especiales mediante lo que formalmente aparece solamente como aplicación de normas generales (pero totalmente indeterminadas) a un nivel local o a un nivel técnicamente especializado. En ese momento, resulta útil señalar la manera en que el «derecho internacional general» aparece constantemente en la práctica de las instituciones regionales o especializadas. Es ese derecho internacional general el que ofrece las bases de un ámbito público internacional desde cuya perspectiva pueden evaluarse los objetivos especializados y las operaciones técnicas realizadas en el marco de regímenes específicos establecidos por tratados.

504. Por tanto, se propone que la Comisión siga cada vez más la senda de «reformular» el derecho internacional general en formas distintas de la codificación y desarrollo progresivo, pero no para instituirlos sino para complementarlos. Esa labor de reformulación podría centrarse, por ejemplo, en lo siguiente:

a) ¿Qué fuentes comprende la referencia al «derecho internacional general»?

b) ¿Cómo aparece el «derecho internacional general» en el derecho internacional de los tratados y en la práctica de las cortes y tribunales nacionales e internacionales, y de otros órganos internacionales encargados de aplicar el derecho?

c) ¿En qué medida el éxito de la «codificación y desarrollo progresivo» puede requerir efectivamente en la actualidad estudios —debidamente realizados por la Comisión— sobre la manifestación y el funcionamiento espontáneo del derecho internacional general?

ANEXO

PROYECTO DE CONCLUSIONES DE LOS TRABAJOS DEL GRUPO DE ESTUDIO, COMPLETADO POR EL SR. MARTTI KOSKENNIEMI

A. Introducción

1. En su 54º período de sesiones (2002), la Comisión de Derecho Internacional estableció un Grupo de Estudio encargado de examinar el tema «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»[1]. En su 55º período de sesiones (2003), la Comisión aprobó un calendario provisional de los trabajos que había de llevar a cabo durante el resto del quinquenio (2003 a 2006) y confió a cinco de sus miembros la tarea de elaborar esquemas sobre los siguientes temas:

a) la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los «regímenes autónomos» (*self-contained regimes*) (Sr. Martti Koskenniemi);

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 (Sr. William Mansfield);

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

d) la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena de 1969) (Sr. Riad Daoudi), y

e) 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 (Sr. Zdzislaw Galicki)[2].

2. En sus períodos de sesiones 56º (2004) y 57º (2005), el Grupo de Estudio recibió varios esquemas y estudios sobre estos temas. El Grupo de Estudio afirmó que tenía la intención de redactar, como resultado sustantivo de su labor, un documento colectivo único dividido en dos partes. Una consistiría en un «estudio analítico relativamente amplio» que resumiría el contenido de los diversos informes individuales y de los debates del Grupo de Estudio. Esta es la parte principal del informe elaborado por el Presidente del Grupo de Estudio en 2006. La otra parte comprendería una «versión resumida de las conclusiones y directrices dimanantes de los estudios y los debates del Grupo de Estudio»[3]. Como sostenía el propio Grupo de Estudio y como corroboró la Comisión, esto debía consistir en «una serie de exposiciones breves, concretas y prácticas que servirían de resumen y conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio, por una parte, y de un conjunto de directrices prácticas para ayudar a reflexionar sobre la cuestión de la fragmentación en la práctica jurídica»[4].

3. El presente anexo contiene un proyecto de estas «conclusiones, directrices o principios». El proyecto plasma el resultado de las amplias deliberaciones que el Grupo de Estudio sostuvo en 2004 y 2005. Se trata de un producto colectivo de los miembros del Grupo de Estudio.

4. No obstante, debe observarse que:

a) Solo la formulación de las conclusiones 1 a 23, basada en los estudios mencionados en los apartados *a* a *c* del párrafo 1 *supra*, ha sido aceptada hasta ahora, provisionalmente, por el Grupo de Estudio.

b) Los proyectos de conclusiones 24 a 32, relativos al tema mencionado en el apartado *d* del párrafo 1 *supra* con el título general de «conflictos entre normas sucesivas», no se han presentado al Grupo de Estudio ni han sido examinados por éste. Son propuestas formuladas por el Presidente del Grupo de Estudio para que se debatan en el 58º período de sesiones (2006).

c) Los proyectos de conclusiones 33 a 43 se basan en el informe mencionado en el apartado *e* del párrafo 1 *supra*. Se distribuyeron al Grupo de Estudio en 2005, pero no han sido objeto de un debate a fondo. Se propone que se examinen y se aprueben cuando se concluyan los trabajos del Grupo de Estudio, en el 58º período de sesiones de la Comisión, en 2006.

5. El Presidente del Grupo de Estudio desea consignar a continuación todos los proyectos de conclusión. Las conclusiones deberían ser aprobadas por el Grupo de Estudio y someterse a la Comisión para que tome las medidas del caso.

B. Proyecto de conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»

a) *Generalidades*

1) *El derecho internacional como sistema jurídico.* El derecho internacional es un sistema jurídico. Sus reglas y principios (o sea, sus normas) surten efecto en relación con otras normas y principios, y deben interpretarse en el contexto de estos. En su condición de sistema jurídico, el derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellos existen relaciones significativas. Así pues, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede requerir criterios generales o específicos en mayor o menor medida, y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores.

[1] *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 492 a 494.

[2] *Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), párrs. 424 a 428.

[3] *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 448.

[4] Ibíd.

2) En la aplicación del derecho internacional a menudo es necesario determinar la relación precisa existente entre dos o más normas y principios que son a un mismo tiempo válidos y aplicables con respecto a una situación[5]. A estos efectos, las relaciones pertinentes se dividen en dos tipos generales:

– *Relaciones de interpretación*. Son las que se dan cuando una norma contribuye a la interpretación de otra. Una norma puede contribuir a la interpretación de otra, por ejemplo, como aplicación, aclaración, actualización o modificación de esta. En tal situación, ambas normas se aplican conjuntamente.

– *Relaciones de conflicto*. Estas relaciones se producen cuando dos normas que son ambas válidas y aplicables dan lugar a decisiones incompatibles, por lo que hay que escoger entre ellas. Las normas básicas relativas a la solución de conflictos normativos están enunciadas en la Convención de Viena de 1969.

3) *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Cuando se quiere determinar la relación de dos o más normas entre sí, las normas deben interpretarse de conformidad o por analogía con la Convención de Viena, y especialmente las disposiciones de los artículos 31 a 33, relativas a la interpretación de los tratados.

4) *El principio de armonización*. Es un principio generalmente aceptado que cuando varias normas tienen que ver con una misma cuestión, dichas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles.

b) *La máxima* «lex specialis derogat legi generali»

5) *Principio general*. La máxima *lex specialis derogat legi generali* es una técnica de derecho internacional generalmente aceptada para la interpretación y la solución de conflictos. Según esta máxima, cuando dos o más normas tratan de una misma cuestión, deberá darse precedencia a la que sea más específica. Este principio puede aplicarse en varios contextos: entre disposiciones de un mismo tratado, entre disposiciones de dos o más tratados; entre un tratado y una norma no perteneciente a un tratado, y entre dos normas no pertenecientes a un tratado. La fuente de la norma (sea un tratado, la costumbre o un principio general de derecho) no es decisiva para la determinación de la norma más específica. No obstante, en la práctica los tratados surten a menudo efectos *de lex specialis* en relación con el derecho consuetudinario pertinente y los principios generales.

6) *Apreciación contextual*. La relación entre la máxima de la *lex specialis* y otras normas de interpretación o solución de conflictos no puede determinarse de un modo general. La consideración que deba ser predominante —o sea, el carácter especial o el momento de aparición de la norma— ha de decidirse según el contexto.

[5] Que dos normas sean *válidas* con respecto a una situación significa que cada una de ellas abarca los hechos en que consiste la situación. Que dos normas sean *aplicables* en una situación significa que tienen fuerza vinculante con respecto a los sujetos de derecho que se encuentran en la situación de que se trate.

7) *Justificación del principio*. La precedencia de la ley especial sobre la ley general se justifica por el hecho de que la ley especial, al ser más concreta, suele tener más en cuenta que cualquier ley general aplicable las características particulares del contexto en el que debe aplicarse. Además, con frecuencia su aplicación puede producir un resultado más equitativo, y a menudo reflejar mejor el propósito de los sujetos de derecho.

8) *Naturaleza dispositiva de la mayor parte del derecho internacional*. La mayor parte del derecho internacional es dispositivo. Esto significa que puede aplicarse, aclararse, actualizarse o modificarse, o bien que puede quedar sin efecto frente a la ley especial.

9) *El efecto de la* lex specialis *en la ley general*. De ordinario la aplicación de la ley especial no extingue la ley general aplicable. La ley general seguirá siendo válida y aplicable y, de conformidad con el principio de armonización del párrafo 4) *supra*, seguirá proporcionando orientaciones para la interpretación y la aplicación de la ley especial pertinente, y será claramente aplicable en situaciones que esta última no contemple.

10) *No derogabilidad*. Sin embargo, ciertos tipos de leyes generales[6] no pueden ser derogados por la ley especial. El *jus cogens* es expresamente no derogable. Otras consideraciones que pueden justificar la conclusión de que una ley general no es derogable son las siguientes:

– que se haya tenido la intención de que la ley general no sea derogable;

– que pueda inferirse la no derogabilidad de la forma o la naturaleza de la ley general;

– que la derogación pueda frustrar el propósito de la ley general;

– que terceros beneficiarios puedan resultar afectados negativamente por la derogación, y

– que el equilibro de derechos y obligaciones, establecido en la ley general, resulte afectado negativamente por la derogación.

Una norma que pretenda derogar o sustituir a otra norma que no sea derogable será inválida.

c) *Regímenes especiales (*«autonomes»*)*

11) *Regímenes especiales («autónomos») como* lex specialis. Un grupo de normas y principios relativos a una cuestión en particular puede constituir un régimen especial («régimen autónomo»), y ser aplicable como *lex specialis*. Con frecuencia estos regímenes especiales tienen sus propias instituciones que aplican las normas pertinentes.

12) Pueden distinguirse tres tipos de regímenes especiales:

[6] [Quizás deba aclararse todavía la noción de «ley general».]

– En ocasiones, la vulneración de un conjunto determinado de normas (primarias) va acompañada de una serie especial de normas (secundarias) relativas a la infracción y las reacciones a esta. Este es el caso principal contemplado en el artículo 55 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[7].

– Sin embargo, en otras ocasiones una serie de normas especiales constituyen un régimen especial, compuesto de derechos y obligaciones, en relación con una cuestión especial. Estas normas pueden referirse a una zona geográfica (por ejemplo, un tratado sobre la protección de un determinado río) o a una cuestión de fondo (por ejemplo, un tratado sobre la reglamentación de los usos de un arma particular). Estos regímenes especiales pueden surgir sobre la base de un solo tratado, de varios tratados, o de un hecho derivado o no de uno o varios tratados (práctica subsiguiente o derecho consuetudinario).

– Por último, a veces todas las normas y principios que regulan un determinado sector problemático se agrupan para dar forma a un «régimen especial». Expresiones tales como «derecho del mar», «derecho humanitario», «derecho relativo a los derechos humanos», «derecho del medio ambiente» y «derecho mercantil», etc., son indicativas de algunos de estos regímenes. A efectos de interpretación, estos regímenes pueden considerarse muchas veces como un todo.

13) *Efecto del carácter «especial» de un régimen*. El significado de un régimen especial estriba en la manera en que sus normas expresan un objeto y fin único. Así pues, su interpretación y aplicación deberían reflejar, en la medida de lo posible, este objeto y fin.

14) *Relación entre los regímenes especiales y el derecho internacional general*. Un régimen especial puede derogar la ley general en las mismas condiciones que la *lex specialis* en general (véanse los párrafos 6) y 8) *supra*).

15) *El papel de la ley general en los regímenes especiales I: colmar lagunas*. El alcance de las leyes especiales es, por su propia definición, menos amplio que el de las leyes generales. Así pues, con frecuencia ocurre que surja una cuestión no regulada por la ley especial en las instituciones encargadas de aplicarla. En tales casos será aplicable la ley general correspondiente.

16) *El papel de la ley general en los regímenes especiales II: fallo de los regímenes especiales*. Puede ocurrir que los regímenes especiales, o las instituciones creadas por éstos, no funcionen del modo previsto. En tal caso, la ley general correspondiente pasa a ser aplicable. Se entenderá que ha habido un fallo del régimen especial cuando las leyes especiales no ofrezcan perspectivas razonables de abordar de un modo adecuado los objetivos para las que fueron promulgadas. Puede manifestarse, por ejemplo, en el hecho de que las instituciones del régimen no respondan a los objetivos que se les han asignado, que una o varias de las partes incumplan de modo endémico la ley, que el régimen caiga en desuso, que se retiren las partes que son indispensables para el régimen, y otras. Sin embargo, el que un régimen haya «fallado» en este sentido es algo que debe decidirse, sobre todo, mediante una interpretación de sus instrumentos constitucionales.

d) *Apartado* c *del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*

17) *Integración sistémica*. El apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 define, dentro del marco de la Convención, un medio para la aplicación de las relaciones de interpretación (a que se hace referencia en el párrafo 2) *supra*. Requiere que el intérprete de un tratado tenga en cuenta «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Este artículo es expresión del objetivo de la «integración sistémica», según la cual, independientemente de la materia que constituya su objeto, los tratados son una creación del sistema jurídico internacional, y su funcionamiento se basa en ese hecho.

18) *La interpretación como integración en el sistema*. La integración sistémica inspira toda interpretación de los tratados, y los demás aspectos pertinentes de ella se exponen en los otros párrafos de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. En esos párrafos se describe un proceso de razonamiento jurídico, en el que determinados elementos tendrán mayor o menor relevancia de acuerdo con la naturaleza de las disposiciones del tratado en el contexto de la interpretación. En muchos casos, la cuestión de la interpretación podrá resolverse en el marco del propio tratado. El apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 es aplicable cuando deban tenerse en cuenta en la interpretación fuentes materiales externas al tratado, por ejemplo otros tratados, normas consuetudinarias o principios generales de derecho.

19) *Aplicación de la integración sistémica*. Cuando un tratado funcione en el contexto de otros acuerdos, será aplicable el objetivo de la integración sistémica como presunción que tiene aspectos tanto positivos como negativos:

a) *Presunción positiva*: se considera que las partes invocan el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho en todas las cuestiones que el tratado no resuelva de manera expresa.

b) *Presunción negativa*: al asumir obligaciones en virtud de un tratado, las partes no pretenden actuar en contradicción con [los principios de derecho internacional generalmente reconocidos,…].

Por supuesto, si se obtiene otro resultado empleando los métodos ordinarios de interpretación de los tratados deberá darse efecto a ese resultado, salvo que el principio pertinente forme parte del *jus cogens*.

20) *Aplicación de la costumbre y los principios generales de derecho*. El derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho son particularmente importantes para la interpretación de un tratado, de acuerdo con lo establecido en el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, especialmente cuando:

[7] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 149 y 150.

a) la disposición del tratado es confusa o ambigua;

b) los términos empleados en el tratado tienen un significado reconocido en el derecho internacional consuetudinario o de acuerdo con los principios generales de derecho;

c) el tratado no dice nada sobre la ley aplicable y es necesario que el intérprete, aplicando la presunción positiva enunciada en el apartado *a* del párrafo 19) *supra*, recurra a normas desarrolladas en otra parte del derecho internacional para resolver la cuestión.

21) *Aplicación de las normas de otros tratados*. En virtud de lo establecido en el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, el intérprete deberá tener en cuenta otras normas convencionales para inferir un sentido coherente. Esas otras normas son especialmente importantes cuando las partes en el tratado que es objeto de interpretación son también partes en el otro tratado, cuando la norma del tratado se ha convertido en derecho internacional consuetudinario o expresa una norma de este, o cuando dichas normas demuestran la existencia de una coincidencia de pareceres de las partes con respecto al objeto y el fin del tratado que se interpreta o el sentido de un término determinado.

22) *Intertemporalidad*. El derecho internacional es un sistema jurídico dinámico. Que al aplicar el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 el intérprete se remita a normas de derecho internacional vigentes en el momento de la adopción del tratado o también tenga en cuenta los cambios legislativos registrados ulteriormente dependerá generalmente del sentido del tratado, con arreglo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Sin embargo, el sentido de una disposición de un tratado también puede verse afectado por hechos subsiguientes, independientemente de la voluntad original de las partes, especialmente cuando esos hechos quedan reflejados en el derecho consuetudinario y los principios generales de derecho.

23) *Conceptos abiertos o en evolución*. Podrán tenerse en cuenta normas de derecho internacional posteriores al tratado que ha de interpretarse particularmente cuando los conceptos empleados en el tratado sean abiertos o estén evolucionando. Así ocurre, en concreto, cuando *a*) el concepto supone que han de tenerse en cuenta novedades técnicas, económicas o jurídicas; *b*) el concepto comporta la obligación de un ulterior desarrollo por las partes; o *c*) el concepto es muy general o se expresa en términos tan generales que debe tenerse en cuenta la evolución de las circunstancias.

e) *Conflictos entre normas sucesivas*

24) *La norma básica*. La cuestión de las normas de tratados sucesivos relativas a la misma materia se regula en el artículo 30 de la Convención de Viena.

25) Lex posterior derogat legi priori. De conformidad con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 30 de la Convención de Viena, cuando todas las partes en el tratado posterior sean también partes en el tratado anterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. Esta norma es una expresión del principio según el cual «la ley posterior deroga la ley anterior». Ese mismo principio también se expresa en el modo en que los tratados, en términos generales, tienen prioridad sobre el derecho consuetudinario anterior.

26) *Límites del principio de la* «lex posterior». Sin embargo, la aplicabilidad del principio de la *lex posterior* es limitada. Por ejemplo, no podrá aplicarse automáticamente cuando las partes en el tratado posterior no sean idénticas a las partes en el tratado anterior. En esos casos, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 30 de la Convención de Viena, el Estado que sea parte en dos tratados incompatibles está obligado para con las partes en ambos tratados por separado. Si no puede cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de ambos tratados, seguirá siendo responsable por la conculcación de uno de ellos. En tal caso, podría ser aplicable el artículo 60 de la Convención de Viena. La cuestión de cuál de los tratados incompatibles debe aplicarse y la violación de cuál de ellos debe sancionarse de acuerdo con la responsabilidad de los Estados no puede resolverse con una norma general.

27) *Distinción entre las disposiciones de tratados que pertenecen al mismo «régimen» y las disposiciones de distintos «regímenes»*. El principio de la *lex posterior* es aplicable sobre todo para resolver conflictos o duplicaciones entre normas que forman parte de tratados institucionalmente conexos o que tienen por objeto promover objetivos análogos. Normalmente este es el caso de la relación entre «tratados marco» y «tratados de aplicación». Si hay conflicto o superposición de tratados de distintos regímenes, la cuestión de cuál de ellos es posterior no puede entenderse que suponga una prioridad intrínseca entre ellos.

28) *Adecuación mutua y protección de derechos*. Cuando haya conflicto o superposición de tratados de «regímenes» diferentes, se aplicarán ambos tratados en la medida de lo posible con miras a una adecuación mutua y de acuerdo con el principio de armonización. Esto se refiere sobre todo a las normas de procedimiento de esos tratados y a las disposiciones que prevén programas y calendarios de aplicación. Sin embargo, ello no irá en perjuicio de los derechos sustantivos de las partes en los tratados o de terceras partes beneficiarias. La violación de los derechos comporta la responsabilidad del Estado.

29) *El supuesto de los tratados especiales*. Algunas disposiciones de tratados tienen un rango normativo especial de modo que prevalecerán independientemente de que sean anteriores o posteriores. Cabe mencionar las siguientes:

a) las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas;

b) las disposiciones que forman el *jus cogens*;

c) las disposiciones que, en todo caso, podrían considerarse inderogables porque así se concibieron, porque la no derogabilidad puede inferirse de su propia naturaleza o del objeto y el fin del tratado o por cualquiera otra de las razones expuestas en el párrafo 10) *supra*.

30) *Solución de conflictos dentro de los regímenes y entre ellos*. La cuestión de la prioridad entre disposiciones de tratados que sean incompatibles entre sí deberá resolverse mediante la negociación entre las partes en los tratados de que se trate. Sin embargo, cuando no pueda llegarse a una solución negociada, será preciso recurrir a mecanismos de solución de conflictos. Cuando la incompatibilidad se refiera a disposiciones de un mismo régimen (según se define en el párrafo 4) *supra*), podrá resolverse aplicando el mecanismo específico del régimen. Sin embargo, cuando la incompatibilidad se refiera a disposiciones de tratados que no pertenecen al mismo régimen, deberán adoptarse las medidas necesarias para que el órgano encargado de la solución del conflicto sea independiente de ambos regímenes.

31) *Acuerdos* inter se. La celebración de acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (acuerdos *inter se*) está regulada por el artículo 41 de la Convención de Viena. Esos acuerdos son una técnica a menudo empleada para lograr una aplicación más eficaz del tratado original entre un número limitado de partes en él que estén dispuestas a adoptar medidas más eficaces y de mayor alcance para el cumplimiento del objeto y el fin del tratado original. Podrán celebrarse acuerdos *inter se* si así está previsto o no se prohíbe específicamente en el tratado original y «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» (párrafo 1 *b* del artículo 41 de la Convención de Viena).

32) *Cláusulas relativas a conflicto de normas*. Es aconsejable que, cuando los Estados suscriban tratados que puedan estar en conflicto con otros tratados, definan la relación entre esos tratados mediante la adopción de cláusulas apropiadas en los propios tratados. Al adoptar dichas cláusulas, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

a) que no afecten a los derechos de terceros;

b) que sean lo más claras y específicas posible. En particular, deben referirse a disposiciones concretas del tratado y no deben menoscabar el objeto y el fin de este;

c) que, a estos efectos, no sean ambiguas, o cuando, por otras razones, no quede claro cuáles son de hecho las obligaciones que las partes han asumido;

d) que estén vinculadas a mecanismos apropiados de solución de conflictos.

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

33) *Relaciones jerárquicas entre las normas de derecho internacional*. No existe ninguna relación jerárquica entre las fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre, principios generales de derecho). Generalmente no es apropiado hacer analogías con el carácter jerárquico de los regímenes jurídicos nacionales debido a la inexistencia de una jerarquía fija o reconocida de valores en el derecho internacional. Sin embargo, algunas normas son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional. Algunas veces se expresa este hecho calificando algunas normas de «fundamentales» o algunas violaciones de «graves». El efecto que dicha designación pueda tener suele depender del instrumento en el que aparezca esa designación.

34) *Relación jerárquica reconocida por el fondo de las normas I*: jus cogens. Una norma de derecho internacional puede ser superior a otra por su contenido. Así ocurre con las normas perentorias de derecho internacional (*jus cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena), es decir, una norma «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario».

35) *Contenido del* jus cogens. Las normas de *jus cogens* aceptadas comprenden las normas que prohíben el genocidio y la tortura, y también las que protegen los derechos básicos de la persona. También son normas de *jus cogens* el derecho de libre determinación y la prohibición del uso de la fuerza. Otras normas también pueden tener el carácter de *jus cogens* en la medida en que sean «aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto».

36) *Relación jerárquica reconocida II: Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas*. Una norma de derecho internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de la disposición de un tratado. Así ocurre con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud de la cual «[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

37) *Normas reconocidas por su ámbito de aplicación: las obligaciones* erga omnes *y la Carta de las Naciones Unidas*. Algunas normas gozan de un rango especial debido a su ámbito de aplicación. Así ocurre con las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Estas normas son aplicables a todos los Estados, y puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección. Todo Estado podrá invocar la responsabilidad del Estado que vulnere esas normas. También se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas goza de un rango especial por su aceptación prácticamente universal.

38) *Contenido de las obligaciones* erga omnes. Las normas *erga omnes* aceptadas comprenden las normas relativas a las relaciones diplomáticas. [Véase Responsabilidad del Estado.] Asimismo, el derecho de los pueblos de libre determinación y los derechos y deberes enunciados en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

39) *La relación entre las normas de* jus cogens *y las obligaciones* erga omnes. Se reconoce que, mientras que

todas las normas de *jus cogens* también tienen el carácter de obligaciones *erga omnes*, no es siempre cierto lo contrario. No todas las obligaciones *erga omnes* tienen el carácter de normas perentorias de derecho internacional.

40) *El ámbito de aplicación del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas*. El Artículo 103 de la Carta establece la prioridad de las obligaciones contraídas en virtud de ella con respecto a «cualquier otro convenio internacional», y también al derecho internacional consuetudinario. El ámbito de aplicación del Artículo 103 comprende no solo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por las Naciones Unidas, por ejemplo por el Consejo de Seguridad o la Corte Internacional de Justicia.

41) *Relación entre la jerarquía y la fragmentación*. La jerarquía normativa tiene por objeto resolver los conflictos entre las normas de derecho internacional determinando qué norma prevalecerá en caso de conflicto. Una jerarquía entre dos reglas o normas funciona de manera relacional y no fija. Si existe conflicto entre dos normas jerárquicamente superiores, por ejemplo *jus cogens* y Artículo 103 de la Carta, su relación sólo podrá establecerse de manera contextual teniendo en cuenta, entre otras cosas, el principio de armonización, es decir, que, en el supuesto de un conflicto *prima facie*, deberá interpretarse que ambas normas son compatibles.

42) *Funcionamiento y efectos en caso de conflicto entre normas de* jus cogens *y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas*.

a) La regla que entre en conflicto con una norma de *jus cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto*;

b) la regla que entre en conflicto con el Artículo 103 de la Carta será inaplicable debido a ese conflicto.

43) *El principio de armonización*. Independientemente del rango especial o la designación («fundamental») que puedan tener algunas normas, los conflictos entre normas de derecho internacional deberán resolverse aplicando el principio de armonización, es decir, teniendo presente que, en caso de conflicto, deberá interpretarse que las normas son compatibles entre sí en la medida de lo posible. A menudo, las relaciones jerárquicas aparecen en el contexto de otras normas de resolución de conflictos, como las contenidas en el párrafo 1 del artículo 30, el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 y el artículo 41 de la Convención de Viena de 1969, o al aplicar los principios de la *lex specialis* o la *lex posterior*.