

REFLEXIONES SOBRE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. APLICACIÓN Y EFECTOS.

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI¹

SUMARIO

1. Introducción. 2. Normas generales y particulares. Contenido. 3. Normas dispositivas e imperativas. 4. Jerarquía normativa. 5. La jerarquía y el principio de armonización. 6. Aplicación del derecho internacional. 7. Fragmentación. Aplicación y efectos. 8. Interpretación. 9. Conclusiones a modo de interrogantes. 10. Casos Prácticos.

1. INTRODUCCIÓN.

La función del Derecho Internacional Público -como de todo derecho- está vinculada al objeto y a la finalidad del derecho. Habitualmente se considera que los fines del derecho son la seguridad y la justicia, es decir, que el derecho en general y el Derecho Internacional Público en particular, cumplen la función de asegurar la pacífica convivencia en un orden justo. En consecuencia, dentro de la finalidad esencial de asegurar la paz, la función de carácter general del Derecho Internacional Público es la de reglamentar las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad de carácter jurídico. Su función puede abarcar situaciones de paz o de guerra, pues incluso esta última queda, en amplios sectores, regida por el Derecho Internacional Público. Por otra parte, sirve como un delimitador de las competencias estatales o, dicho de otro modo, ejerce la función de ordenar los ámbitos de validez de dichas competencias.

¹ Catedrático de Derecho Internacional Público en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. República Argentina. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.

La ampliación de las funciones del DIP Clásico al Contemporáneo, producto del cambio operado en la comunidad internacional, se traduce, fundamentalmente, en el campo de la cooperación internacional y, su correlato, la institucionalización de la comunidad. La función de cooperación da nacimiento a nuevas ramas jurídicas como el Derecho del Desarrollo, el Derecho Económico Internacional, el Derecho del Medio Ambiente, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, etc., que determinan el surgimiento de nuevos conceptos de contenido jurídico. En este proceso-función de cooperación y desarrollo, juegan un papel significativo las Organizaciones Internacionales, consideradas el paso necesario en la institucionalización de la comunidad internacional.

2. NORMAS GENERALES Y PARTICULARES. CONTENIDO.

Una de las peculiaridades de este ordenamiento jurídico es la coexistencia de un Derecho Internacional común o general con ordenamientos internacionales particulares, parciales o especiales, que, cuantitativamente, son muy superiores a las generales. Se denomina derecho internacional general al conjunto de normas y principios jurídicos que son válidos para todos los sujetos de la comunidad internacional², mientras que, la denominación de derecho internacional particular, queda reservada para aquellas normas jurídicas que obligan sólo a cierto número de Estados o sujetos internacionales, es decir, que no tiene validez universal. Como la mayor parte del derecho internacional es de naturaleza dispositivo (sin perjuicio de las excepciones en materias de normas imperativas y de otros casos de inderogabilidad), los acuerdos especiales o particulares pueden dejarlo sin efecto, o bien, es posible y admisible jurídicamente, apartarse del derecho general. Siendo el tratado una fuente primordial de Derecho Internacional, tanto los convenios bilaterales como los multilaterales pueden crear este derecho particular para regir sus mutuas relaciones³. Se trata de normas convencionales, pero también existen normas particulares de Derecho Internacional consuetudinario. Así, las normas que sólo obligan a dos o más Estados constituyen el llamado Derecho Internacional "particular"⁴. Pero una norma puede ser especial o

² Normas básicas en materia de fuentes, Subjetividad, representación, Responsabilidad, y reglas que establecen los principios fundamentales del derecho internacional.

³ Derecho de las organizaciones internacionales, Derecho Comunitario.

⁴ Ciertas normas particulares, al ser desarrolladas y aceptadas por todos los Estados de una región geográfica, han sido denominadas normas jurídicas regionales, como el caso del denominado "derecho internacional americano". Una norma regional es una norma del Derecho Internacional cuyo ámbito de aplicación queda limitado a las relaciones entre los sujetos de un área geográfica determinada.

particular, no sólo en relación al número de Estados a los que se aplica, sino también por la extensión y contenido de la materia que trata⁵.

A través del Derecho Internacional particular se va ampliando el Derecho Internacional general, provocando su diversificación y expansión lo que ha suscitado lo que se denomina el proceso de fragmentación del derecho internacional⁶. El Derecho Internacional particular presupone el Derecho Internacional “común” o “general”. La existencia de un derecho internacional particular no significa que las normas que lo integran se encuentren aisladas del derecho internacional general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores a él y que son de aplicación supletoria. El derecho internacional general siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

3. NORMAS DISPOSITIVAS E IMPERATIVAS.

La evolución del derecho internacional tendiente a su universalización ha logrado imponerse a una concepción radicalmente voluntarista, conforme a la cual el Derecho Internacional era sólo el resultado de un simple acuerdo de voluntades, y por ello, la existencia de normas no vinculadas exclusivamente al consentimiento no era admisible. En la actualidad, se encuentra admitido que el Derecho Internacional no es estrictamente dispositivo, ya que se reconoce la existencia de un conjunto de normas que excluyen toda posibilidad de modificación o derogación por parte de los Estados, a las que se denomina normas imperativas o de *jus cogens*. Estas normas, limitativas de la soberanía estatal, responden y se justifican porque protegen intereses generales y esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, significando la subordinación de los intereses particulares de los Estados a los intereses fundamentales de la Comunidad Internacional. La existencia de normas imperativas de derecho internacional público hoy no se discute. Lo que todavía es motivo de análisis son los problemas derivados en cuanto a su origen (clarificación en cuanto se trate de un principio o norma consuetudinaria), determinación (ausencia de un mecanismo formal que determine objetivamente las normas imperativas o bien que una norma de derecho internacional

⁵ Normas específicas referidas a los Derechos de la Persona Humana, Derecho Humanitario, Derecho del Desarrollo, Derecho del Mar y Fluvial, Derecho espacial, Derecho del medio ambiente, etc.

⁶ Existen tres clases de fragmentación: a) La derivada de interpretaciones antagónicas del derecho general; b) La resultante de la aparición de un derecho especial como excepción al derecho general; c) La dimanante de un conflicto entre diferentes tipos de derecho especial.

general haya alcanzado la categoría de imperativa) y aplicación (carencia de un órgano decisorio para establecer una jerarquía de fuentes y de normas en derecho internacional).

Trasladado el problema al orden internacional, que presenta rasgos propios y diferenciados de los órdenes internos (descentralizado, inorgánico, etc.), es preciso señalar que también existe esa dicotomía normativa, entre normas dispositivas y normas imperativas. Quizás un marco referencial para establecer una diferencia entre ambas, esté en el objeto regulado por la norma, ya sea consuetudinaria o convencional: La limitación de la voluntad de los Estados está centrada en el aspecto fundamental de la licitud del objeto regulado.

El reconocimiento internacional de su existencia, naturaleza, alcance y efectos, se ha reflejado en su inclusión en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 en los artículos 53, 64 y 71. La primera de estas disposiciones establece la sanción de nulidad para todo tratado que en el momento de su celebración se oponga a una norma imperativa de derecho internacional general. A continuación define lo que debe entenderse como norma *ius cogens*: *Es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*. El artículo 64, en consonancia con el anterior, dispone que si surge una nueva norma imperativa que esté en oposición con un tratado vigente, éste se considerará nulo y terminará; el artículo 71 reglamenta las consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Esta clase de normas presentan los siguientes caracteres: 1. Constituyen un orden público internacional; 2. Son de derecho internacional general, por ende son universales⁷; 3. Protegen el interés común (el bien común universal) de la comunidad internacional; 4. Constituyen derecho coactivo, perentorio, imperativo; 5. Sancionan con la nulidad toda norma derogatoria; 6.

⁷ la nota de la generalidad impuesta por la propia redacción (norma de derecho internacional general), significa que estas normas son necesariamente generales (nunca particulares) pero dentro de éstas se distinguen por su carácter de inderogabilidad (admisibles sólo por otra norma ulterior de igual naturaleza). Por otra parte, el dispositivo no exige la unanimidad en cuanto a su formación, pero sí que sean aceptadas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, vinculando, una vez reconocidas como tales, a la totalidad de los miembros de la comunidad internacional.

Son supremas (en cuanto a la categoría de normas); 7. Introducen una seria limitación a la autonomía de voluntad de los Estados; 8. Son modificables⁸.

Las normas imperativas son generadas por los principios del derecho y la costumbre internacional. Es difícil admitir que una norma de esta naturaleza pueda ser creada por vía convencional, ya que se tendrían que poner de acuerdo todos los Estados del mundo en la celebración y aprobación de un tratado que la contenga⁹. Consecuencia de esto es que los actos particulares de los Estados, en cualquier forma que se expresen, no pueden crear normas imperativas, ya que de aceptarse esta postura, no sólo iría en contra del mismo concepto y naturaleza de la norma imperativa, sino que también podría constituirse en un pretexto de incumplimiento de un tratado o atacarlo de nulidad, lo que violaría abiertamente el Principio de la *Pacta Sunt Servanda* ¹⁰.

En cuanto a la Jerarquía de las Fuentes, esta clase de normas están en el escalón más alto¹¹ e implícitamente incorporadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte, ya sea vía Principios o por la Costumbre. El *ius cogens* se halla en la cúspide de las fuentes normativas, tanto por su carácter inderogable (en tiempos de paz como de guerra), como por su contenido. No le es oponible al *ius cogens* la regla del objeto persistente (como en las normas de derecho internacional general consuetudinario). Tiene su fundamento en la calidad del bien protegido¹².

⁸ La posibilidad de modificación surge también de su propia definición, ya que la norma imperativa puede ser modificada por el transcurso del tiempo, por otra norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

⁹ Para algunos autores y la posición de ciertos Estados cuando se discutió sobre este tema, las disposiciones de la Carta de San Francisco constituirían normas *ius cogens*. Tunkin, coincidente con su concepción general del derecho internacional, sostiene que las normas imperativas nacen del derecho convencional. Acorde con esta postura la Unión Soviética sostuvo la importancia preponderante de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas como fuente del *ius cogens*. A juicio de la representación australiana, el artículo 75 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, destaca el carácter *supercogens* de la Carta.

¹⁰ Las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 no admiten tal posibilidad.

¹¹ Las normas *ius cogens* ocupan el primer lugar en el ordenamiento jurídico internacional en tanto y en cuanto, quiebran el carácter eminentemente dispositivo de las normas internacionales, condicionando y limitando todo proceso de creación del derecho internacional.

¹² Violaciones graves a normas jurídicas internacionales, como el genocidio o la agresión, constituyen normas *ius cogens* aceptadas universalmente, como también los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la esclavitud, etc. Cualquiera de estas acciones violatorias del derecho internacional, “conlleva a la destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales de la comunidad internacional”. Zlata Drnas de Clement. Las normas imperativas de derecho internacional general. Dimensión sustancial, en Estudios de De-

Más difícil es precisar la determinación de las normas imperativas, que su definición se limita a establecer el concepto como “*normas reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional de estados en su conjunto*”, pero sin especificar cuáles son tales normas. También la propia definición nos conduce al camino a seguir a esos fines: La práctica de los Estados, el reconocimiento por las organizaciones internacionales (especialmente la ONU) y la jurisprudencia internacional. En este sentido, se puede afirmar que sin constituir una enumeración taxativa, son consideradas normas imperativas aquellas que condenan el genocidio, la violación del denominado núcleo duro de los derechos humanos (derecho a la vida, esclavitud, trata de blancas, *apartheid*, agresión, etc.), la salvaguardia y protección del medio ambiente, como la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, la prohibición del uso de la fuerza, etc.

Por último, es necesario precisar las diferencias en cuando a la legitimidad para invocar y reclamar por una infracción a normas dispositivas o imperativas. En cuanto a las primeras, sólo lo puede hacer el Estado lesionado (víctima de la infracción), mientras que en relación a las segundas, su cumplimiento es exigible por cualquier Estado de la comunidad internacional, aunque no sea el directamente perjudicado¹³.

4. JERARQUÍA NORMATIVA.

Relaciones jerárquicas entre las normas de derecho internacional. No existe ninguna relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho, como se indica en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Generalmente, no es procedente hacer analogías con las jerarquías vigentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, a causa de las diferencias existentes entre esos ordenamientos y el derecho internacional. Sin embargo, algunas normas de derecho internacional son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional.

recho Internacional (Homenaje al Prof. Ernesto Rey Caro. Ed. Lerner. Córdoba. Argentina. 2002.

¹³ Esta nota referente a la invocación de la responsabilidad, se da no solamente en relación a las normas imperativas, sino también en referencia a la violación de las obligaciones internacionales denominadas *erga omnes*, que son obligaciones que tienen los Estados en relación a la protección de intereses fundamentales de la comunidad internacional. Si bien todas las obligaciones que contienen normas imperativas son *erga omnes*, no todas las obligaciones *erga omnes* constituyen normas imperativas.

Relación jerárquica reconocida por la naturaleza de las normas: *jus cogens*. Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena), es decir, toda norma “*aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario*”. **Contenido del *jus cogens*.** 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 como normas que no admiten acuerdo en contrario.

Relación jerárquica reconocida en virtud de una disposición de un tratado: Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Una norma de derecho internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de una disposición de un tratado. Así ocurre con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual “*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*”. **Ámbito de aplicación del Artículo 103 de la Carta.** El ámbito de aplicación del Artículo 103 comprende no sólo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad. Teniendo en cuenta el carácter de algunas disposiciones de la Carta, el carácter constitucional de la Carta y la práctica establecida de los Estados y de los órganos de las Naciones Unidas, las obligaciones de la Carta pueden prevalecer también sobre las normas del derecho internacional consuetudinario que sean incompatibles con ellas. **Rango de la Carta de las Naciones Unidas.** También se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus Propósitos y Principios y su aceptación universal.

Normas en que se establecen obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto: obligaciones *erga omnes*. Algunas normas gozan de un rango especial a causa de su ámbito de aplicación universal. Así ocurre con las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas normas son aplicables a todos los Estados, y se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos de que se trata: “... *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*¹⁴. Una obligación *erga omnes* es “[u]na 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”¹⁵. Todo Estado puede invocar la responsabilidad del Estado que vulnera esas normas¹⁶. **Distintos enfoques del concepto de obligaciones erga omnes.** El concepto de obligaciones *erga omnes* se ha utilizado también para referirse a las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con todos los demás Estados Partes (obligaciones *erga omnes partes*) o para con Estados no partes en cuanto terceros beneficiarios. Además, las cuestiones relativas al régimen jurídico de territorios se han tratado a menudo en términos *erga omnes*, refiriéndose a su oponibilidad a todos los Estados. Así, se ha dicho que los tratados sobre fronteras y territorios representan una realidad jurídica que necesariamente afecta a terceros Estados, porque tienen efecto *erga omnes*.

Relación entre las normas de jus cogens y las obligaciones erga omnes.

Se reconoce que mientras que todas las obligaciones establecidas por normas de *ius cogens* tienen también el carácter de obligaciones *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto según la Corte Internacional de Justicia: “[e]sas 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 instru-

¹⁴ CIJ. Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase), I.C.J. Reports 1970,

¹⁵ Institut de droit international, «Obligations and Rights Erga Omnes in International Law», reunión de Cracovia, Annuaire de l'Institut de droit international (2005), art. 1.

¹⁶ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10), artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, apartado b) del párrafo 1 del artículo 48. Aquí se incluiría el artículo 1 común al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, al Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y al Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos de 12 de agosto de 1949.

*mentos internacionales de carácter universal o cuasi universal*¹⁷. No todas las obligaciones *erga omnes* son establecidas por normas imperativas de derecho internacional general. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales. Ejemplos de esas obligaciones son las establecidas por el artículo 1 del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

Relación entre el *jus cogens* y las obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones Unidas ha sido aceptada universalmente por los Estados, por lo que resulta difícil imaginar un conflicto entre normas de *jus cogens* y obligaciones impuestas por la Carta. En cualquier caso, según el párrafo 2 del Artículo 24 de la Carta, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, que comprenden normas que han sido posteriormente tratadas como *jus cogens*. **Funcionamiento y efectos en caso de conflicto entre normas de *jus cogens* y el Artículo 103 de la Carta.** a) La norma que entre en conflicto con una norma de *jus cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto*; b) La norma que entre en conflicto con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas será inaplicable como resultado de ese conflicto y en toda la amplitud de ese conflicto.

5. LA JERARQUÍA Y EL PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN.

Los conflictos entre normas de derecho internacional deberán resolverse aplicando el principio de armonización. En caso de conflicto entre una de las normas jerárquicamente superiores y otra norma de derecho internacional, esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera, es decir, que las normas deben interpretarse de

¹⁷ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Reports 1970,. Véase también el caso a Timor (Portugal v. Australia), I.C.J. Reports 1995, En igual sentido también el caso Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, (donde se incluyen como obligaciones *erga omnes* “determinadas obligaciones del derecho internacional humanitario”, así como el derecho a la libre determinación). En cuanto a la prohibición del genocidio como obligación *erga omnes*, véase Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, y el caso “concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), I.C.J. Reports 2006. En el asunto Furundzija se definió la prohibición de la tortura como norma perentoria y como obligación *erga omnes*, sentencia de 10 de diciembre de 1998.

modo que den lugar a una serie de obligaciones similares. De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior. Sobre la naturaleza y alcance de la Compatibilidad (“Complementariedad”), se puede decir que esta condición no afecta la jerarquía normativa, y que sólo si existiera una contradicción evidente entre dos normas de igual rango y naturaleza con una imperativa, sería de obligatoria aplicación la norma *ius cogens*. No existiendo relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho), la armonización e interpretación entre distintas normas debería realizarse conforme a la siguiente pauta hermenéutica: Las diferentes normas internacionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que debe buscarse la manera de armonizarlas a todas (o ambas) a fin de que conserven igual valor y efecto. Es decir, que la “compatibilización” de las normas induce a una tesis armonizadora entre ellas, por lo que el intérprete deberá en lo posible amalgamar ambas normas, emitiendo repuestas jurídicas inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición.

6. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.

La aplicación del derecho internacional se encuentra vinculada al problema de la eficacia del orden jurídico internacional para posibilitar el cumplimiento de una de sus funciones más importantes: garantizar la paz y seguridad en el seno de la comunidad internacional. Generalmente se afirma que, a diferencia del orden interno, el derecho internacional posee un grado muy reducido de eficacia. Para juzgar tal eficacia debemos tener en cuenta que son los propios Estados los que crean las normas internacionales y se someten a ellas. El análisis de la eficacia de las normas puede hacerse de dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. El primero debe ser especialmente tenido en cuenta, ya que los sujetos internacionales, en la práctica, observan y aplican las normas internacionales tanto o más que los individuos en el orden jurídico interno. En definitiva, ha sido reconocido que, cuantitativamente, la eficacia del derecho internacional en la práctica no es inferior a la que se registra en el orden interno de los Estados. En cambio, desde el punto de vista cualitativo, el cumplimiento del derecho internacional es más problemático pues está vinculado a la controvertida materia de la responsabilidad internacional del infractor, su imputabilidad y, en definitiva, a la aplicación coactiva de las normas internacionales. *“La eficacia del actual ordenamiento internacional no puede ser apreciada sin tener en cuenta el hecho de que las estructuras fundamentales del sistema sufren hoy una profunda crisis. La estabilidad del ordenamiento, en ciertos sectores, posibilita la diaria aplicación de sus normas; en otros, en cambio, la impug nación del derecho en vigor afecta decisivamente a su eficacia”.*

Las normas y obligaciones internacionales adoptadas y aceptadas por los Estados deben ser cumplidas por ellos de buena fe (*Pacta sunt servanda*) y, generalmente, así lo hacen en forma espontánea. Para la aplicación de una norma internacional es preciso la determinación previa, tanto de su existencia, como de su contenido y alcance. Si bien este proceso aparece como sencillo en los tratados, se torna más dificultoso en los casos de principios, normas imperativas y normas consuetudinarias. En efecto, aún cuando la norma sea identificada y se constate que se encuentra vigente, resta determinar si la misma es oponible al sujeto de que se trate. Esta situación se encuentra estrechamente vinculada con el carácter relativo de las normas internacionales (las consuetudinarias, por la figura del objetor persistente; las convencionales, por la regla *res inter alios acta*).

La aplicación está íntimamente vinculada con el proceso de interpretación de la norma. La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos, y en tal sentido los Estados, sujetos principales, la aplican y cumplen no sólo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino también porque en muchos casos la incorporan a su derecho interno y, consecuentemente, son aplicadas por sus propios órganos. En efecto, los tribunales nacionales en muchos casos aplican el derecho internacional en virtud de la incorporación al derecho interno de los tratados debidamente ratificados, pero también pueden hacerlo con normas internacionales consuetudinarias.¹⁸ La aludida reconocida carencia de órganos centrales de naturaleza judicial y ejecutiva en la comunidad internacional, impide, la mayoría de las veces, el cumplimiento forzoso de las normas internacionales.

Efectuadas tales precisiones, señalamos que desde el punto de vista jurídico, la aplicación del derecho internacional se encuentra regida por los siguientes principios fundamentales: Igualdad jurídica¹⁹; Responsabilidad Internacional; No Intervención; Prohibición del uso de la fuerza; Arreglo

¹⁸ La aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales también muestra la naturaleza evolutiva del orden internacional...Este es un fenómeno creciente en la función judicial, pero también se ha prestado a abusos en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales o en la propia interpretación del derecho internacional aplicable.

¹⁹ El principio de igualdad jurídica de los Estados es inherente al concepto de soberanía: los Estados son iguales porque son soberanos. El artículo 21 de la Carta de la ONU consagra la igualdad soberana de sus Estados Miembros. En igual sentido, la Resolución 2625: "todos los Estados gozan de igualdad soberana; tienen iguales derechos y deberes". Una derivación de este principio de igualdad jurídica, es el de Prohibición de intervención en los asuntos que sean esencialmente internos de los Estados Partes, establecido en el artículo 2 ap.7 de la Carta de San Francisco y que ha sufrido en los últimos tiempos hondas transformaciones, pues muchos asuntos considerados esencialmente de jurisdicción doméstica de los Estados han evolucionado hacia temas de interés de la comunidad

pacífico de las controversias; Buena fe. Por ello, el ordenamiento jurídico internacional ha previsto mecanismos sobre el particular que se traducen en: a) el régimen de responsabilidad internacional, b) la aplicación coactiva y, c) el arreglo pacífico de las controversias.

- a) **Responsabilidad Internacional.** La violación de las normas jurídicas o de las obligaciones internacionales vigentes, generan responsabilidad internacional del autor. La responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional²⁰. En efecto, *“se puede considerar a la responsabilidad internacional como aquella situación resultante del incumplimiento de una obligación jurídica internacional por un sujeto del derecho internacional, cualquiera sea la naturaleza de esa obligación y a la materia a que se refiere”*²¹. Es decir, que todo comportamiento (por acción u omisión) atribuible a un sujeto internacional violatorio de una obligación internacional, conforma un hecho internacional ilícito, que genera responsabilidad internacional.²² Las consecuencias jurídicas que se derivan del acto internacionalmente ilícito, en síntesis, son las siguientes: a) La continuidad del deber del autor de la violación de cumplir la obligación violada; b) Poner fin al hecho ilícito; c) Ofrecer garantías de no repetición; c) Reparar íntegramente el perjuicio causado por la violación.

Todo sujeto internacional lesionado por el hecho internacionalmente ilícito, puede invocar la responsabilidad internacional del responsable exigiendo que se cumplan las consecuencias propias del mismo. Pero, si el sujeto infractor de la norma internacional no reconoce y acepta su responsabilidad internacional ante el ilícito internacional, ¿existen procedimientos de aplicación coactiva de las normas internacionales? Y en su caso, ¿cuáles son esos procedimientos y de qué manera se instrumentan? Las características propias del derecho internacional (carencia de órganos centrales y de una jurisdicción obligatoria) no privan a sus normas de coactividad, aunque condicionan sus mecanismos.

internacional en su conjunto, incluso transformándose en normas *ius cogens* (Ej. El respeto de los derechos humanos fundamentales).

²⁰ Tanto el principio de que la violación de una obligación internacional origina la responsabilidad internacional, como su corolario, el deber de reparar en forma adecuada el daño causado, han sido aceptados y ratificados en forma pacífica por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados. Pagliari, Arturo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Advocatus, 2007.

²¹ Pagliari, A., *ob. cit.*

²² Resolución AGNU 56/83, proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional (art.1).

b) **Sanciones.** Frente a un hecho ilícito internacional caben, en principio, dos clases de reacciones: una, centralizada de naturaleza vertical, de carácter institucional; la otra, descentralizada, de naturaleza horizontal, individual, unilateral. Las primeras se adoptan en el marco de sistemas normativos centralizados, previstas en las cartas o tratados de las organizaciones internacionales, y generalmente se las tipifica como sanciones por su verticalidad, ya que las mismas son resueltas por los órganos de la organización con competencia para ello; de ahí que ellas respondan siempre a pautas convencionales institucionales²³. Esta clase de reacciones (sanciones) pueden ser decididas no solamente en el marco de organizaciones mundiales, sino también en el de las organizaciones regionales²⁴, o bien por normas establecidas en tratados²⁵ que establecen mecanismos de esta naturaleza para aplicar en el caso de controversias entre las partes o bien cuando una de ellas viola las disposiciones convencionales. En cambio la reacción descentralizada, unilateral, es llevada a cabo por el Estado directamente lesionado, mediante medidas de retorsión, reciprocidad o represalias (contramedidas). Parte de la doctrina engloba dentro de la denominación genérica de contramedidas, todas aquellas acciones individuales que puede tomar el Estado lesionado para presionar al Estado infractor al cumplimiento de la obligación violada²⁶ y que asuma las consecuencias del hecho ilícito.²⁷ Otros circunscriben el término, únicamente a las represalias. La razón de estos últimos, es que la retorsión y las medidas de reciprocidad son acciones lícitas y se toman en el marco del derecho de los tratados, respectivamente, mientras que las represalias (contramedidas propiamente dichas) son acciones normalmente ilícitas pero que el derecho las transforma en lícitas. La importancia y trascendencia de estas últimas motivó que la resolución AGNU 56/83 le dedicara su particular atención. En efecto, las contramedidas componen el Capítulo II (Contramedidas, artículos 49 a 54) de la Tercera Parte (Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado). Las contramedidas significan un comportamiento de un Estado que no está en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro, y presentan los siguientes caracteres y condiciones:

²³ Las medidas adoptadas por la organización internacional general o regional, se las denomina sanciones (ya que pueden tener carácter punitivo) de naturaleza vertical (se dirigen desde el órgano competente hacia el Estado (miembro de la organización) infractor).

²⁴ Facultades del Consejo de Seguridad en las Naciones Unidas, o del Consejo Permanente de la OEA.

²⁵ Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

²⁶ Retorsión, represalias, denuncia de un tratado, incumplimiento de normas convencionales, legítima defensa.

²⁷ Cese del hecho ilícito, reparación y, en su caso seguridades y garantías de no repetición.

a) Objeto: Inducir al Estado infractor a que cumpla con la obligación violada y al pago de la reparación pertinente; b) Finalidad: Lograr la reanudación del cumplimiento de la obligación violada; c) La contramedida adoptada debe ser limitada en el tiempo: hasta la cesación del ilícito o cuando se someta la controversia a un tribunal con facultades para dictar una decisión vinculante; d) Debe ser proporcional al perjuicio sufrido y a la gravedad del hecho ilícito. Si bien el Estado facultado para adoptar las contramedidas es el Estado directamente lesionado, el proyecto autoriza en casos especiales a terceros Estados (art.48) a invocar a la responsabilidad internacional del Estado infractor²⁸ para reclamar la cesación del ilícito, obtener garantías de no repetición y obligarlo a cumplir con la obligación de reparar; incluso ha quedado inserta en la resolución, lo que se denomina como “cláusula de salvaguardia” (art.54), por la que se deja a salvo el derecho de cualquier Estado, facultado de conformidad al citado art.48, a tomar medidas lícitas contra el Estado infractor para asegurar la cesación de la violación y el pago de la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.²⁹

c) **Arreglo Pacífico de Controversias.** Si bien, de conformidad a lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en el *asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la obligación general de los Estados de solucionar pacíficamente sus controversias ya contaba con diversos antecedente convencionales³⁰, constituye un principio de derecho internacional general consuetudinario, la misma se encuentra establecida en la Carta de las Naciones Unidas en sus artículos 1, apartado 1 (como un propósito), 2 apartados 3 y 4 (traducidos en dos obligaciones:

²⁸ En los casos en que la obligación violada exista con relación a un grupo de Estados del que el tercer Estado forme parte o que la obligación violada exista con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

²⁹ Algunos autores afirman que estas disposiciones consagran una especie de acción pública internacional (*actio popularis*), ya que se legitima a Estados no directamente lesionados en sus derechos subjetivos por el ilícito, para invocar la responsabilidad del Estado responsable y solicitar el cese de la violación, el otorgamiento de garantías de no repetición que cumpla con su violación de reparar (en interés del Estado lesionado y de los beneficiarios de la obligación violada). Téngase presente que esta legitimación no sólo se otorga en caso violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas (lo que en el proyecto original se denominaban como “crímenes internacionales”), sino también en los casos de violaciones de obligaciones colectivas o con la comunidad internacional en su conjunto.

³⁰ Los antecedentes de esta obligación se encuentra fundamentalmente en Las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907; el Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Acta General para el arreglo pacífico de las controversias internacionales de 1928, vinculado al Tratado de París del mismo año conocido como el Tratado Briand Kellog.

la primera, donde consta concretamente el deber del arreglo pacífico, y la segunda, referente a la prohibición del uso de la fuerza), y 33 (donde se enumeran los distintos medios de solución pacífica). El principio de la obligación del arreglo pacífico de las controversias internacionales también se encuentra contemplado en la Resolución 2625 (XXV), del que se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) Constituye una obligación de todos los Estados la de solucionar pacíficamente las controversias, a fin de no poner en peligro la paz, la seguridad y la justicia; b) El arreglo pacífico se basa en dos principios: 1) Igualdad soberana de los Estados y, 2) Libre elección de los medios. En este sentido, las partes son libres para elegir cualquier medio que resulte adecuado a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia (negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recursos previstos en los organismos regionales, etc.). De ello se deduce que este deber constituye una obligación de comportamiento, no de resultado, regida por el principio de la buena fe³¹. Por lo tanto, la circunstancia de no lograr un acuerdo por los medios elegidos, no desobliga a los Estados de seguir comprometidos al arreglo de la controversia por otros medios pacíficos, ya que en definitiva los Estados tienen la obligación de no agravar la situación conflictiva a fin de no poner en peligro la paz y seguridad internacionales. Una controversia internacional significa un desacuerdo (grave) entre dos o más sujetos internacionales sobre un punto de derecho o de hecho que revela una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos sujetos de derecho internacional. En la práctica es común que las controversias jurídicas entre Estados se presenten en un contexto político, ya que *“a menudo representan sólo un elemento de un diferendo político más vasto y existente de larga data”*³².

Los Procedimientos de arreglo pacífico se encuentran enumerados en la Carta de la ONU y en la Resolución 2625: negociación, buenos oficios, mediación, investigación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial. Salvo la negociación, en los restantes medios de solución siempre interviene un tercero. La solución propuesta al diferendo sólo es obligatoria para las partes en conflicto en los casos de arbitraje y arreglo judicial; de tal forma, a estos medios

³¹ El Prof. Julio Barboza entiende que se trata de “una obligación sui generis de un contenido especial cuyo cumplimiento se basa enteramente en la buena fe de las partes... una obligación de tratar de llegar a un acuerdo de buena fe..., pero no de alcanzar ese acuerdo...”. Derecho Internacional Público, Zavalía, 2008.

³² CIJ, asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán. Reports 1979/1980.

de solución se los clasifica en jurisdiccionales (los dos últimos nombrados) y no jurisdiccionales, designación reservados a los restantes.

Los medios jurisdiccionales presentan los siguientes caracteres: a) Intervención de un tercero imparcial; b) La jurisdicción o sometimiento a este medio se basa en el consentimiento o voluntad de los Estados; c) La solución tiene que estar fundada en derecho, salvo que las partes expresamente convengan la cláusula *ex aquo et bono*; d) El procedimiento tiene carácter contradictorio; e) La decisión del tribunal (laudo, fallo o sentencia) es obligatoria para las partes.

Dos son los medios clásicos jurisdiccionales para resolver las controversias: el arbitraje y el arreglo judicial. Las distinciones entre ambos consisten fundamentalmente en lo siguiente: a) El arbitraje es un medio especial y puntual para un conflicto concreto, mientras que en el arreglo judicial el tribunal que decide la controversia le es preexistente; no ha sido creado para decir ese conflicto en particular, sino para resolver litigios en general. b) En el arbitraje, el tribunal es nombrado (generalmente) por los propios Estados en conflicto; lo que no sucede en la constitución del órgano judicial. c) En el arbitraje las propias partes litigantes son las que hacen frente a los gastos que supone la constitución y funcionamiento del tribunal arbitral, cosa que no ocurre con el órgano judicial. d) El órgano judicial, por su carácter estable y permanente, puede desarrollar una jurisprudencia firme y continuada, lo que refuerza el principio de seguridad jurídica en el orden internacional.

El arbitraje tiene por objeto que las partes designen árbitros para la solución de un diferendo para que éstos, sobre la base del derecho, den una solución al conflicto. Si bien no existe una obligación jurídica de someter una cuestión a arbitraje –salvo la existencia de una cláusula arbitral o compromiso arbitral–, una vez aceptado, la solución emitida por el árbitro es obligatoria y debe ser cumplida de buena fe. En definitiva, tanto el recurso al arbitraje como la jurisdicción del tribunal, se basan en el consentimiento y la voluntad de los Estados. Siempre se arriba al arbitraje mediante un compromiso arbitral que, en algunos casos, puede obedecer a la aplicación de una cláusula arbitral preexistente. La cláusula arbitral, previa al diferendo, puede encontrarse ya sea en un tratado específico de arbitraje, o en cualquier otra clase de tratados, que establece que cualquier controversia que surja entre las partes con motivo de la interpretación o aplicación del tratado, será sometida a arbitraje; incluso, en esta clase de cláusula, puede de antemano estar designado el árbitro que entenderá en la cuestión. La práctica más reciente muestra una renovación del arbitraje internacional con relación a las controversias relacionadas con las inversiones, y en

particular con las controversias entre Estados y sociedades de inversión de capitales. Generalmente los tribunales arbitrales se crean en forma circunstancial y para un caso determinado, desapareciendo una vez finalizado su cometido. El procedimiento puede ser determinado por las propias partes o por el tribunal arbitral. Por ejemplo, en el caso del Arbitraje en el CIADI³³ se debe tener en cuenta que las controversias son arbitradas por tribunales *ad hoc*, lo que posibilita que cada tribunal ponga su sello particular a su pronunciamiento en base a una interpretación del derecho que puede alejarse de los antecedentes jurisprudenciales. Por otra parte, no debemos olvidar que este medio de solución es el preferido por los Estados, entre los medios de solución jurisdiccionales, debido a la posibilidad que tienen las partes de elegir cada una de ellas un árbitro que responda mejor a su posición. Por otra parte, los arbitrajes ante el CIADI ha permitido la intervención de nuevos sujetos (empresas, compañías e inversionistas). En tal sentido, el invertir en un país extranjero constituye un proceso de naturaleza compleja que involucra varios sujetos en juego: el inversionista, el Estado receptor, la transferencia de capital hacia ese Estado y el Estado nacional del inversionista. Cuando intereses contrapuestos de las partes entran en pugna, entre el inversionista y el Estado receptor surge una controversia. En circunstancias normales, esa disputa ha de ser resuelta según las leyes y los mecanismos del Estado receptor. En el pasado, cuando un conflicto debía ser resuelto inexorablemente según los mecanismos del Estado receptor, los inversionistas solicitaban la protección diplomática de los Estados de su nacionalidad. Sin embargo, esta eventualidad quitaba al inversionista el control de la disputa y hacía que las controversias pudiesen ser resueltas según los intereses del Estado de su nacionalidad y no según los intereses del inversionista.

7. FRAGMENTACIÓN. APLICACIÓN Y EFECTOS.

En la aplicación de la norma especial, el derecho general no queda excluido sino simplemente mantiene su efecto y aplicación en un segundo plano.

³³ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones es un tribunal arbitral dependiente del Banco Mundial, especializado en resolver controversias entre las partes firmantes de los tratados bilaterales. Es una institución internacional autónoma establecida en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, o Convenio de Washington. Se abrió a la firma el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

En las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, general y particular, juega un papel importante el principio de la *Lex Specialis*³⁴ que se relaciona estrechamente con la idea del derecho internacional como sistema jurídico. Este principio tiene como objeto armonizar las normas en conflicto mediante el establecimiento entre ellas de relaciones de primacía definidas³⁵.

Existen dos maneras de examinar la relación entre una norma particular con una general: a) La norma especial como aplicación, profundización o actualización de una norma general; b) La norma especial como modificación, reformulación o exclusión de la norma general (es decir, como excepción).

Pero conviene recordar que una norma nunca es especial o general en abstracto, sino en su relación con otra norma: a) conflicto entre dos disposiciones, una especial y una general, dentro de un mismo instrumento; b) conflicto de normas existentes en dos instrumentos diferentes; c) conflicto entre un tratado y una norma no convencional; d) conflicto entre dos normas no convencionales. En estos casos, si bien no existe una jerarquía formal entre las fuentes del derecho, sí existe una informal³⁶, que se sirve en forma pragmática de un razonamiento jurídico: antepone la norma especial a la más general.

Lo importante, pues, es determinar las soluciones y técnicas que ofrece el derecho internacional tradicional para encontrar las relaciones entre normas y principios jurídicos generales o especiales entre sí, con el objeto de determinar cómo deben aplicarse a un conflicto determinado.

³⁴ Constituyen una subcategoría de ley especial, los llamados regímenes autónomos. Esta expresión se utiliza en tres sentidos diferentes: a) En sentido amplio (disposiciones convencionales que versan sobre una misma cuestión); b) En sentido restringido, hace referencia a un conjunto especial de normas secundarias (por ejemplo las normas sobre derecho diplomático), cuya primacía se invoca sobre las normas generales sobre la responsabilidad del Estado relativas a las consecuencias de un hecho ilícito; c) En sentido académico, como forma de describir esferas completas de especialización funcional en el sentido de aplicación de normas y técnicas especiales de interpretación y administración (Ej. Derechos humanos, derecho humanitario, OMC, etc.)

³⁵ El principio, constituye una excepción al derecho general. Es un principio tradicional y ampliamente aceptado como regla de interpretación jurídica y técnica de solución de conflictos de normas.

³⁶ Si bien existen motivos fundados para distinguir entre la jerarquía de las normas jurídicas y la jerarquía de las fuentes del derecho, con respecto a estas últimas no existen una jerarquía formal ni informal. Si habitualmente se da primacía a un tratado sobre una costumbre general no es debido a una jerarquía de derecho, sino simplemente de dar efecto a la voluntad de las partes; no puede excluirse que con el mismo motivo una costumbre especial puede tener primacía sobre un tratado general.

En la aplicación de la norma especial, ya sea con otra norma especial o de naturaleza general, se hace necesario determinar la relación existente entre ellas, cuando ambas son válidas y aplicables a una misma situación. En tal caso puede resultar: a) Que la norma sirva como elemento de interpretación de la otra; b) Que su aplicación produzca como efecto decisiones incompatibles, en cuyo caso se hace necesario escoger entre ellas.

En dichos casos se hace necesaria una interpretación, situación que está reglada por la CV69 sobre el Derecho de los Tratados, a la cual acuden todos los tribunales internacionales en sus resoluciones, como, en numerosos casos, a los principios generales del derecho.

Entre estos últimos tiene una especial importancia el "*lex specialis derogat legi generali*". La preferencia en la aplicación de la ley especial sobre la general tiene su fundamento que la primera es más específica o concreta que la segunda, y puede ser aplicada en cualquier clase de conflicto de normas de distintas o igual naturaleza: La fuente de la norma no es decisiva para la determinación o aplicación de la norma especial.

En cuanto a **los efectos o funciones de la ley especial**, la misma puede ser aplicada para interpretar o modificar la ley general; es más discutible si una norma especial puede dejar sin efecto una general (no puede derogar una norma imperativa o violar el art.103 de la Carta). En efecto, en principio la ley general sigue siempre plenamente válida y será de aplicación en los casos no previstos en la especial. Más aún, la especial tiene siempre su fundamento en una general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores a él y que son de aplicación supletoria. El derecho internacional general siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

Constituyen un caso de particular estudio los llamados Regímenes Especiales o Autónomos, como supuestos de Ley especial. Una determinada cuestión puede constituir un régimen especial y ser aplicable como ley especial. Estos regímenes especiales, generalmente compuestos por una serie o sistema de normas, pueden reglamentar cuestiones específicas: La utilización de un río o bien una materia determinada: (Derecho del Mar, del Medio Ambiente, Derecho mercantil, Derechos humanos), o en forma más compleja una región determinada. Pueden tener como base uno o varios tratados, como así también prácticas consuetudinarias (tanto generales como particulares). Como la ley especial, estos regímenes autónomos pueden prevalecer sobre la ley general. Cumplen las siguientes funciones: a) Llenar lagunas, es decir, regular relaciones o casos no contemplados por el derecho general; b)

Regular relaciones específicas que hacen a los intereses propios de la materia o Estados involucrados.

8. INTERPRETACIÓN.

La interpretación como medio de aplicación de la ley especial, hace de imprescindible aplicación principios de derechos internacional general que se encuentran contemplados en la CV69 sobre el Derecho de los Tratados, a la cual acuden todos los tribunales internacionales en sus resoluciones. La interpretación de los tratados es fundamental para determinar el sentido, alcance y aplicación de las normas convencionales, ya que la función esencial de todo tratado es la de crear derecho, ya sea a través de una norma general o particular. Por ello, las normas y reglas de la CV69 sobre interpretación de los tratados son importantes no sólo para la aplicación de los tratados, sino también para su redacción. Los métodos mas generalizados a los fines de interpretación de una norma jurídica y particularmente de los tratados internacionales son: el método objetivo, textual o gramatical (se basa en el texto del tratado); el método teleológico (consideración del objeto o fin del tratado) y el método subjetivo (verificar la verdadera intención de las partes).

8.1. Art.31. Regla general de interpretación.

1. *El 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 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.*

Del párrafo 1 se destacan las siguientes pautas de interpretación:

- a) **El principio de la Buena fe.** La buena fe, que desde el punto de vista ético se traduce en una actitud de honradez, lealtad, rectitud, en el cumplimiento de obligaciones recíprocas, denota la confianza que una de las partes del tratado espera de la actitud leal de la otra u otras partes. La buena fe en derecho internacional es un principio general del derecho y

un principio general de derecho internacional, que es aceptado como tal por la comunidad internacional en su conjunto, y que ha sido receptado en numerosos textos convencionales³⁷. El principio de la buena fe impregna toda la Convención. Por ello, tanto en materia de cumplimiento (Pacta Sunt Servando: los tratados deben cumplirse de buena fe) como en la interpretación de los mismos, es indispensable para una correcta aplicación, observar la disposición de que los tratados deben interpretarse de buena fe.

- b) **El Sentido corriente de los términos.** Esta expresión como regla de interpretación hace referencia a que los términos de un tratado deben interpretarse con el significado usual, normal, natural y espontáneo que poseen en el lenguaje corriente relacionados en el contexto en que se encuentran utilizados y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. Esta es la regla general que debe utilizarse a menos que, la interpretación de esa forma efectuada, conduzca a resultados irrazonables o absurdos. En tal sentido la jurisprudencia internacional ha establecido que para aceptar una interpretación que no sea la reflejada por el sentido normal y corriente de los términos, es necesario que exista una razón o prueba decisiva en tal sentido. Por ello, la parte que alega una excepción a la utilización del sentido natural de los términos, debe soportar la carga de la prueba, debe demostrar en forma convincente que los términos usados han sido utilizados en un sentido especial, diferente a los corrientes; tal es lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 31: *“se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”*.
- c) **Los términos del tratado en el contexto de éstos.** Significa que los términos de las disposiciones de un tratado no deben ser interpretados en forma separada sino considerando al tratado como un todo, ya que determinadas palabras, si se disocian del contexto, pueden tener más de un sentido o conducir a resultados irrazonables o absurdos. El artículo 31 aclara lo que debe entenderse por contexto de un tratado: a) *El texto del tratado propiamente dicho; b) El Preámbulo; c) Los Anexos; d) Todo acuerdo celebrado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; e) Todo instrumento formulado por una o más partes y aceptado por las demás con motivo de la celebración del tratado, como instrumento referente al tratado.*
- d) **Teniendo presente el objeto y fin.** Objeto y fin, gramaticalmente significan finalidad, propósito, objetivo o intención. El objeto y fin del tratado

³⁷ Carta de la ONU; Resolución 2625; Carta de la OEA, etc.

generalmente se encuentran consignados en su preámbulo, sin perjuicio de ubicarlos en cláusulas particulares del mismo o en otros acuerdos que puedan considerarse dentro de su contexto. En este sentido, la consideración del objeto y fin del tratado respondería al método de interpretación textual o gramatical. Sin embargo, no hay que olvidar que objeto y fin, gramaticalmente significan finalidad, propósito, objetivo o intención. En este sentido, es indudable que sería de aplicación el método teleológico ya que estaría íntimamente vinculado al propósito o fin que guió a las partes a celebrar el tratado. En este sentido la jurisprudencia, con mayor frecuencia al decidir sobre el sentido de cláusulas insertas en tratados constitutivos de organizaciones internacionales, ha establecido que sólo cuando se conoce lo que las partes intentaron hacer y el propósito que tuvieron al contratar, es posible interpretar el sentido corriente de los términos del tratado. Debemos recordar que el objeto y fin del tratado son los elementos esenciales que las partes han tenido en cuenta para celebrarlo.

Agrega el artículo 31: 3. *Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta:*

- a) *Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación 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 de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*
- e) **Interpretación “auténtica”.** Los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 31 consignan lo que se denomina una interpretación “auténtica” del tratado, es decir, aquella que realizan las propias partes del tratado, ya sea por un acuerdo o comportamiento posterior a su entrada en vigor a los fines de su interpretación o aplicación. La práctica ulterior cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para determinar el sentido y alcance de los términos del tratado. Constituye una prueba del consenso de las partes sobre la interpretación del tratado y cumple el mismo fin que un acuerdo sobre tal interpretación. El consentimiento colectivo para que equivalga a una verdadera interpretación auténtica del tratado, puede manifestarse no solamente mediante un obrar positivo, sino también manifestarse

tácitamente, ya sea mediante la aquiescencia o bien por la ausencia de protesta ante la conducta seguida por la mayoría de las partes.

- f) **Interpretación “sistémica”**. El apartado c) del párrafo 3 del artículo 31, al establecer que a los fines de la interpretación debe tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes”, fija una regla de interpretación esencial a la hora de promover la armonización y otorgar garantías para la unidad del orden jurídico internacional. Es lo que parte de la doctrina denomina “interpretación sistémica”, es decir, que aplicación se efectúa cuando las disposiciones del tratado de que se trata no son suficientes o son imprecisas o confusas; entonces se recurre a otras normas convencionales, consuetudinarias o a principios generales del derecho, tal es el objetivo de la interpretación sistémica. La interpretación textual de esta disposición permite extraer las siguientes conclusiones: 1) No circunscribe las normas de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes a las convencionales. En efecto, cuando la disposición se refiere a *toda norma pertinente de derecho internacional*, no descarta la aplicación de otras fuentes del derecho internacional, como el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho; 2) En consecuencia, la interpretación de un tratado debe tomar en cuenta todas las normas pertinentes de derecho internacional (no sólo las convencionales sino también las generales) vigentes entre las partes en el momento en que haya que interpretarse el tratado. Las convencionales son especialmente importantes cuando las partes en el tratado que es objeto de interpretación, son también partes en otro tratado; 3) No está limitado en lo temporal. La aplicación de la disposición es intemporal en su relación con la determinación del momento en que puede proceder a aplicar otras normas de derecho internacional; d) También puede interpretarse esta disposición en el sentido que las partes no han querido celebrar un convenio contrario al derecho internacional; es decir, que el criterio de esta regla es que debe interpretarse el texto de un tratado en el sentido de que busca producir efectos de conformidad con el derecho existente y no violándolo.

- g) **Interpretación “complementaria”**. Se encuentra reflejada en el artículo 32.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31,

o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad al artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Los medios de interpretación establecidos en este artículo, como lo dice expresamente su título, son además de complementarios, condicionados a que se compruebe la imposibilidad de conciliar los términos del tratado dentro de su contexto, ya sea por oscuridad de sus expresiones ya porque la aplicación textual de las mismas conduzcan a resultados irrazonables o absurdos. También cabe precisar que los medios complementarios citados – trabajos preparatorios³⁸ y circunstancias de su celebración³⁹-, no son taxativos, ya que la propia redacción de la disposición “...medios de interpretación complementarios en particular...”, refleja que existen otros medios aparte de los expresamente señalados, fijando que quizás los más apropiados son los consignados. Las condiciones determinadas para utilizar estos medios complementarios significa que no pueden utilizarse para interpretar el texto de un tratado que es suficientemente claro. Únicamente se podrá acudir a estos medios si después de interpretar los términos de un tratado de conformidad a las pautas del artículo 31, todavía persistieran dudas ciertas sobre su sentido y alcance. Los medios complementarios constituyen una excepción a las reglas de interpretación de los tratados y, por ende, deben ser de utilización restrictiva.

- h) Interpretación en la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.** Se encuentra legislado por el artículo 30, disposición que resulta de necesario análisis teniendo en cuenta que involucra materias importantes como responsabilidad, interpretación e incluso modificación o enmiendas a los tratados, que se encuentran contempladas en otros artículos de la Convención, y constituye un tema corriente

³⁸ El término “trabajos preparatorios” constituye una expresión global que se hace referencia a todos los documentos que sirvieron de base para la redacción del tratado, tales como acta de las sesiones o reuniones, memorandos, proyectos del tratado, declaraciones oficiales de los Estados, etc.

³⁹ Las circunstancias históricas de la celebración de un tratado alude a las circunstancias, condiciones y marco histórico en que los Estados celebraron el tratado. Algunos denominan este medio como “interpretación histórica”, ya que hace referencia al momento histórico en que el tratado se celebró resaltando el significado que los términos tenían en esa oportunidad, aunque la doctrina sostiene que la expresión es amplia y abarca no sólo los antecedentes históricos sino también las circunstancias contemporáneas.

como consecuencia de la expansión de cooperación internacional para atender a las nuevas necesidades surgidas en el seno de la comunidad internacional.

Artículo 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

1. *Sin perjuicio de lo dispuesto por 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.*
2. *Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.*
3. *Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.*
4. *Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:*
 - a) *en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;*
 - b) *en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los 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.*

h.1. Principio de Jerarquía. El párrafo 1, del referido artículo, consagra el Principio de Jerarquía al establecer la primacía de lo dispuesto por el

artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas con relación a cualquier otro tratado: “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”, ratificando en este sentido que el derecho internacional otorga a las normas y obligaciones emanadas de la Carta de las Naciones Unidas primacía sobre otras normas⁴⁰.

h.2. Principio de Ley Posterior. El párrafo 2 afirma el principio de la *lex prior*, remitiéndose a lo establecido en cada tratado, ya se encuentre subordinado a otro (anterior o posterior) o bien que lo establecido en ese tratado no sea incompatible con lo dispuesto en otro.

h.3. El principio de la *lex posterior derogat legi priori*. Está confirmado para los supuestos contemplados en el párrafo 3 y el apartado a) del párrafo 4 del artículo 30. El párrafo 3 establece que, cuando todas las partes en un tratado anterior sean las mismas que en un tratado posterior, sólo se aplicarán las disposiciones del tratado anterior en cuanto no sean incompatibles con las del tratado posterior. Esta norma es la expresión del Principio de que la “*la ley posterior derogat la ley anterior*”. El apartado a) del párrafo 4 instituye que en el caso de dos tratados sucesivos en que las partes no sean las mismas, las relaciones entre los Estados Partes que lo sean en ambos tratados, se regirán por lo dispuesto por el tratado posterior, aplicándose las normas del tratado anterior sólo en el supuesto que no sean incompatibles con el posterior.

i) Interpretación de la aplicación de tratados sucesivos *inter se*. El problema más grave en la aplicación de tratados sucesivos se manifiesta en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que lo sea en sólo uno de ellos. El apartado b) del párrafo 4, establece en este caso, que los derechos y obligaciones recíprocos entre ambos Estados en ese supuesto, se regirá por el tratado en el que los Estados sean Partes.

Sobre este particular caben las siguientes acotaciones: a) En materia de responsabilidad: La mera celebración de un tratado posterior incompatible con uno anterior, no da lugar *per se* a una violación del derecho internacional. Esta

⁴⁰ La primacía de las normas de la Carta obliga a reflexionar sobre el tema de jerarquía de normas, y, especialmente, la jerarquía existente entre las normas de la Carta y las normas *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

violación sólo se produciría en el supuesto de **aplicación** del tratado posterior. b) El apartado b) del párrafo 4 no regula una cuestión de validez de dos tratados incompatibles, sino sólo una cuestión de **prioridad** entre esos tratados. c) Las disposiciones del artículo 30 tienen carácter supletorio, no imperativo, no regulando cuestiones de suspensión o terminación de los tratados. d) Para interpretar esta disposición deben tomarse en cuenta dos principios: 1. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (un tratado no puede crear obligaciones ni derechos para un tercero sin su consentimiento – art.34 CV69-) y 2. *Prior tempore, potior jure* (quien es primero en el tiempo es primero en el derecho).

j) Interpretación de disposiciones de tratados pertenecientes al mismo o distinto “régimen”. El principio de la ley posterior es aplicable para resolver conflictos entre normas que forman parte de tratados institucionalmente conexos o que tienen por objeto alcanzar objetivos análogos (Por ej. ALADI, MERCOSUR, UNASUR). En cambio si existe controversia sobre normas de tratados de distinto régimen, la determinación de cuál de ellos es posterior no entrañará necesariamente ninguna presunción de prioridad entre ellos.

k) Modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente.

Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, la disposición del art.30 debe ser necesariamente relacionada con lo dispuesto por los arts. 41 y 31 de la CV69. El primero de tales dispositivos, regula los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. Esta clase de acuerdos da lugar a dos clases de relaciones jurídicas: a) Unas relaciones “generales”, aplicables a todas las partes en el tratado multilateral; y b) unas relaciones “especiales” aplicables sólo a dos o más partes en el acuerdo *inter se*. Este último acuerdo modifica la aplicación del tratado anterior original sin enmendarlo. La relación entre el acuerdo general anterior y el particular, posterior, es análoga a la que existe entre la ley general y la ley especial.

Los acuerdos particulares entre dos o más Estados que son partes en un tratado multilateral, si bien están permitidos, deben respetar la coherencia del tratado original anterior. En este sentido, las condiciones para celebrar un acuerdo posterior son: a) La preservación de los derechos e intereses de las demás partes y del objeto y fin del tratado original⁴¹ (art.41, 1.b) i y ii); b) la no

⁴¹ Las condiciones de admisibilidad de los tratados particulares posteriores deben estar en consonancia con los principios generales del derecho de los tratados tendientes a salvaguardar la integridad del tratado.

imposición de obligaciones adicionales a las partes en el acuerdo original; c) El deber de notificación del acuerdo particular a las demás partes del tratado original (art.41, 2.).

9. CONCLUSIONES A MODO DE INTERROGANTES.

El derecho internacional particular refleja la expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos, constituyendo muchos de estos regímenes especiales la expresión de preocupaciones legítimas para establecer normas sobre el desarrollo económico, la protección de los derechos humanos, del medio ambiente y el regionalismo. Además, la norma especial regula la materia que trata de forma más eficaz y eficiente, y refleja mejor la voluntad de las partes.

Pero es indudable que la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios o prácticas incompatibles entre sí o con el derecho internacional general. Ocasiona, sin duda, conflictos entre normas que pueden, y lo hacen, menoscabar la aplicación efectiva del derecho. El surgimiento de normas especiales (regímenes autónomos) y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente crea problemas de coherencia en el derecho internacional. El derecho de los derechos humanos, el penal internacional, el del medio ambiente, el derecho mercantil, tienen normas propias que a veces no coinciden con normas de derecho internacional general, o especial de otros regímenes.

Ello nos lleva a plantear las siguientes interrogantes:

¿El principio de ley especial menoscaba la seguridad, la previsibilidad jurídica del orden internacional y el principio de igualdad jurídica de los sujetos de derecho?

¿Significa la fragmentación del derecho internacional general, una erosión a la homogeneidad y jerarquía del sistema jurídico internacional?

Lo que parece cierto es que la fragmentación produce conflictos entre las normas del derecho internacional general y particular, divergencias que deben solucionarse mediante la interpretación que debe realizarse entre los propios sujetos o terceros intervinientes. En tal sentido, las orientaciones de la CV69 en esta materia constituyen un instrumento idóneo para hacer frente a la colisión de normas generales y regímenes particulares.