

# EN TORNO A LA UNIDAD SISTÉMICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Mariano J. AZNAR GÓMEZ

Profesor titular de Derecho Internacional Público  
Universitat de València

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.–1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 1.1 *El síntoma: la divergencia de pronunciamientos judiciales.* 1.2. *La causa: la sectorialización del Derecho internacional actual:* 1.2.1 Cuestiones conceptuales. 1.2.2 Cuestiones epistemológicas.–2. LA ESPECIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL: 2.1 *Planteamiento de la cuestión.* 2.2 *Las soluciones a los distintos problemas:* 2.2.1 La unidad interpretativa. 2.2.2 La unidad en la norma de conflicto. 2.2.3 El principio de armonización.–3. LA UNIDAD SISTÉMICA DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL: 3.1 *La porosidad del sistema.* 3.2 *La ausencia de «regímenes autosuficientes».* 3.3. *La necesidad de la unidad sistémica.*–CONCLUSIÓN

## INTRODUCCIÓN

Los importantes cambios que se producen en el medio social internacional, que están teniendo su rápido reflejo en el ordenamiento jurídico internacional, pudieran estar alterando hoy aspectos nucleares de su arquitectura como orden jurídico y como sistema jurídico. En el ámbito del contenido de las normas, principios básicos como el de la prohibición del uso o la amenaza del uso de la fuerza armada, el de no injerencia en los asuntos internos, el de la libre determinación de los pueblos, el del respeto a las más elementales reglas de humanidad o el emergente principio del respeto al medio humano se están viendo acosados por una práctica que aparenta ponerlos en entredicho.

Pero es significativo que no son sólo los principios básicos y resto de normas primarias de nuestro ordenamiento los que pueden verse afectados. En el ámbito de la articulación de las normas secundarias también pueden observarse determinadas alteraciones que ofrecen dudas acerca de la unidad del sistema jurídico. El *law-making*

*process* parece verse hoy afectado, de un lado, por la insoslayable presencia de nuevos actores cuyos intereses son tenidos normativamente en cuenta<sup>1</sup> y, de otro, por la aceleración de la historia que invita a pensar en que el tiempo, el ritmo del proceso nomogenético, también asiste a modulaciones. Asimismo, la sectorialización del Derecho internacional actual en diferentes «subsistemas» está originando una diversificación en la aplicación de las normas internacionales (mediante el posible establecimiento de normas particulares de responsabilidad internacional) y en la interpretación de dichas normas (debido a una multiplicación de las instancias judiciales internacionales).

Entiendo, sin embargo, que cabe distinguir dos conjuntos de alteraciones: unas se dirigirían a lo que cabría denominar *orden* jurídico internacional; otras, a lo que cabría denominar *sistema* jurídico internacional. Ambos conceptos –orden y sistema– se han visto utilizados por la teoría general del derecho de formas diversas, confundándose a veces y, en muchas ocasiones, de manera sinónima<sup>2</sup>. Ahora bien, como método de trabajo a la hora de analizar la supuesta crisis de su unidad, creo que la distinción que lleva a cabo Pierre-Marie Dupuy entre la «*unité substantielle*» y la «*unité formelle*»<sup>3</sup> nos sirve para aceptar como presupuesto teórico de partida que la unidad del *orden* jurídico internacional se referiría a la unidad y coherencia entre sus *normas primarias* mientras que la unidad del *sistema* jurídico internacional se referiría a la unidad y coherencia entre las *normas secundarias* de nuestro ordenamiento<sup>4</sup>. Este trabajo pre-

<sup>1</sup> Para Pierre-Marie Dupuy, «c'est en raison de la nature particulière de ses sujets primaires [les États] que [l'ordre juridique international] doit son unité» [DUPUY, P. M., «L'Unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», *RdC*, vol. 297, 2002, p. 93].

<sup>2</sup> Para Hart, «[u]n sistema jurídico es una unión compleja de reglas primarias y secundarias» (HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2.ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 142). Michel Virally ha señalado que «[o]n peut définir un ordre juridique comme un ensemble cohérent ou système de normes juridiques régissant une société donnée» (VIRALLY, M., «Notes sur la validité du droit et son fondement», en *Mélanges Eisenmann*, Cujas, París, 1975, p. 459). Jean COMBACAU, por su parte, utiliza el término «sistema» «pour désigner un ensemble dont les éléments ne s'agrègent pas au hasard mais constituent un «ordre» en ce qu'ils sont reliés les uns aux autres et à l'ensemble lui-même par des liens tels qu'on ne peut envisager l'un de ces éléments isolé de son entourage sans l'analyser faussement» (COMBACAU, J., «Le droit international: bric-à-brac ou système?», en *Archives de philosophie du droit. Le système juridique*, tomo 31, París, 1986, p. 86). En este sentido amplio, «ser sistema» implica «ser ordenado». Frente a la opinión de Hart según la cual el Derecho internacional es una estructura «primitiva» (a-sistémica), se admite en general que «las distintas decisiones, reglas y principios de que está compuesto el derecho no se relacionan aleatoriamente» (Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional titulado «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», elaborado por Martti Koskenniemi [«Informe de Koskenniemi (2006)» de ahora en adelante] (doc. NU A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006, párr. 33).

<sup>3</sup> La primera derivaría del conjunto mínimo de «principes dont chacun reconnaît que le respect est nécessaire au maintien de la communauté internationale comme un ensemble cohérent et viable» mientras que, de aceptarse la segunda, los sujetos de nuestro ordenamiento «se reconnaissent soumis aux mêmes règles formelles pour créer des normes et acceptent l'ouverture des mêmes conséquences de droit lorsqu'ils méconnaissent les obligations qui découlent de ces normes» (DUPUY, P. M., «Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international», en *Harmonie et contradictions en droit international*, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Pedone, París, 1996, p. 19). Vide asimismo las pp. 93-206 de su Curso general en la Academia de La Haya (*op. cit. supra* núm. 1, y en particular la p. 203).

<sup>4</sup> Junto al fundamento teórico de la distinción entre normas primarias y secundarias de HART (en *El concepto del derecho...*, *op. cit. supra* núm. 2, especialmente sus pp. 99 y ss.), puede verse la revisión que Norberto BOBBIO lleva a cabo en su trabajo «Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondai-

tende plantear algunas reflexiones sobre la unidad *sistémica* del Derecho internacional actual a través de varias reflexiones sobre las que, en general, ha llamado la atención la doctrina iusinternacionalista y que ha tenido reflejo en la misma Comisión de Derecho internacional que, en su sesión de 2002, decidió incluir el tema «Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional» en su programa de trabajo, estableció un Grupo de Estudio y posteriormente decidió cambiar el título del tema por el de «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»<sup>5</sup>.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Tema de moda entre los internacionalistas, particularmente en las últimas dos décadas<sup>6</sup>, en cierto modo saltaron las alarmas cuando Sir Robert Jennings, en su última intervención ante la Asamblea General de las Naciones Unidas como Presidente de la Corte Internacional de Justicia el 15 de octubre de 1993, advirtió de este «peligro»<sup>7</sup>. Pocos años después, el juez Vereshchetin, al igual que otros jueces de la

---

res» (en PERELMAN, Ch., *La règle de droit*, Bruylant, Bruselas, 1971, pp. 104 y ss.) e integrado en *Contribución a la teoría del derecho* (Debate, Madrid, 1990, en particular las pp. 307 a 321).

<sup>5</sup> *Documentos oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/57/10)*, párs. 492-494. Las conclusiones finales del Grupo de Estudio se recogen en Informe reproducido en *Documentos oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10)*, párs. 241-251.

<sup>6</sup> Debe advertirse que ésta es una discusión recurrente pues en varios momentos históricos la doctrina se ha preguntado –acaso por otros motivos– sobre la unidad o fragmentación de nuestro ordenamiento. Como prueba de lo dicho, de manera introductoria, podría verse el informe que Wengler presentó en 1952 al *Institut de droit international (Annuaire de l'IDI, 1952, vol. I, pp. 224 a 292)* y las sucesivas discusiones en las sesiones del Instituto de 1954, 1956, 1957 y 1959; o la obra de Joël RIDEAU, *Jurisdiction international et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales*, LGDJ, París, 1969. Parecieran, en cierto modo, muy atinadas las palabras de William M. Reisman al advertir hace ya tiempo que «[u]ntil scholars begin to comment on the relative nakedness of the emperor, no one will feel impelled to suggest means to clothing him» (REISMAN, W. M., *Nullity and Revision*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1971, pp. 221-222). En España, Fernando Mariño Menéndez se ocupó de la cuestión a finales de los setenta en su trabajo «Sobre ciertos aspectos de la unidad del orden jurídico internacional», *8/9 Anuario de estudios sociales y jurídicos*, vol. 8/9, 1979-1980, pp. 116 y ss.

<sup>7</sup> «No puedo abandonar el tema del papel que desempeña la Corte Internacional de Justicia –decía Sir Robert– sin mencionar la tendencia actual a la proliferación de otras cortes y tribunales especializados. Quizás pronto, tan sólo en La Haya, tengamos tres: la Corte Internacional de Justicia, la Corte Permanente de Arbitraje y el nuevo 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. La relación de estos tres tribunales entre sí y entre sus jurisdicciones, y sus respectivas contribuciones a la orientación que tome el desarrollo del derecho internacional a consecuencia de la jurisprudencia resultante de sus decisiones, plantea cuestiones interesantes y difíciles, que tendrían que examinarse en algún momento. Hay un pensamiento que deseo dejar a los miembros de esta Asamblea General en esta oportunidad, a saber, que sólo puede haber un solo «órgano judicial principal» de las Naciones Unidas, así como sólo hay una sola Corte Suprema en cualquier comunidad con un ordenamiento jurídico; y que la posición de la Corte Internacional de Justicia siempre debe recordarse y protegerse enérgicamente» (documento NU A/48/PV.31). Ésta ha sido una advertencia recurrente de Jennings: puede verse en parecido sentido el informe que preparó para el Instituto de Derecho internacional para su sesión de Milán (*Annuaire de l'IDI, 1994, vol. 65-II, pp. 279 a 283, en particular p. 282*); o su trabajo «The Judiciary, International and National, and the Development of International Law», en *ICLQ*, vol. 45, 1996, pp. 5 y ss.

Corte<sup>8</sup>, volvía a reclamar la atención de la comunidad internacional ante los posibles efectos de la proliferación de tribunales internacionales sin jerarquía alguna entre ellos<sup>9</sup>.

Como síntoma o consecuencia del problema general sobre la unidad o fragmentación del Derecho internacional actual, a partir de ese momento se multiplicó exponencialmente la producción científica alrededor del mismo<sup>10</sup> advirtiendo, esencialmente, sobre dos cuestiones íntimamente ligada entre sí: de un lado la multiplicación de instancias judiciales internacionales y el impacto que sus decisiones discordantes pudieran tener sobre la unidad del sistema jurídico internacional<sup>11</sup>; y, de otro, la confirma-

<sup>8</sup> Al presentar el 26 de octubre de 1999 el Informe de la Corte Internacional de Justicia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 54.º Período de Sesiones, el Presidente Schwebel manifestó que «con el propósito de reducir al mínimo la posibilidad de que puedan suscitarse interpretaciones conflictivas importantes del derecho internacional, podría ser conveniente permitir que otros tribunales internacionales requieran las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia sobre cuestiones de derecho internacional que surjan de causas planteadas ante esos tribunales y que sean de importancia para la unidad del derecho internacional» (doc. NU A/54/PV.39, 26 de octubre de 1999, pp. 4 y 5). No era la primera vez que el Presidente Schwebel ofrecía este tipo de reflexiones sobre la labor de la Corte Internacional de Justicia en el mantenimiento de la unidad y coherencia del Derecho internacional. Poco antes, en el Libro homenaje a Boutros-Ghali, ya había advertido que «States look to the Court not only to decide their particular disputes, but as the source and the guardian of a coherent and evolving body of law which will serve to guide them across the spectrum of their international dealings» (SCHWEBEL, S. M.: «The Impact of the International Court of Justice», en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruselas, 1998, p. 672).

Vide más recientemente BUERGENTHAL, TH., «The proliferation of international courts and the future of International law», *CEBDI*, vol. 5, 2001, pp. 29 y ss.

<sup>9</sup> «With the proliferation of international tribunals –mantenía el juez ruso–, and in the absence of their formal hierarchy, different tribunals may announce the existence of conflicting rules of international law in relations to the same subject-matter, with the effect of undermining the unity of international law. At the same time, this law must preserve its universality and coherence if it is to secure the stability of the legal order» (VERESHCHETIN, V. S., «Is “Deceptive Clarity” better than “Apparent Indecision” in an Advisory Opinion?», en *Liber Amicorum-Mohammed Bedjaoui*, Springer, Dordrecht, 1999, p. 537).

<sup>10</sup> Vide entre otros, en la doctrina española, CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», *CEBDI*, vol. 2, 1998, pp. 35 y ss.; REMIRO BROTONS, A., «Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada», *CEBDI*, vol. 5, 2001, pp. 45 y ss.; RIQUELME CORTADO, R., *Derecho internacional: entre un orden global y fragmentado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005; FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: «Sobre la unidad del Derecho internacional», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 265 y ss.; y ZAPATERO MIGUEL, P., «Sistemas jurídicos especiales», *REDI*, vol. 57, 2005, pp. 187 y ss. Vide asimismo HUESA VINAIXA, R. & WELLENS, K., *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruselas, 2006; SCHERMERS, H. G. AND BLOKKER, N. M., *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, 4.ª ed. Martinus Nijhoff, Leiden, 2004; ZIMMERMAN, A. AND HOFMANN, R. (eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Duncker & Humblot, Berlín, 2006; KOSKENNIEMI, M. & LEINO, P., «Fragmentation of International Law: Postmodern Anxieties», *LJIL*, vol. 15, 2002, pp. 553 y ss.; o CRAVEN, M.: «Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law», *Finnish YbIL*, vol. 14, 2003, pp. 3 y ss. Vide asimismo los números monográficos dedicados al tema por el *New York University Journal of International Law and Politics* (vol. 31 de 1999) y el *Michigan International Law Journal* (núm. 4 del vol. 25 de 2005) y, muy particularmente, el Curso general de Pierre-Marie DUPUY en la Academia de La Haya (*op. cit. supra* núm. 1).

<sup>11</sup> Vide recientemente DELAS, O., CÔTÉ, R., CRÉPEAU, F. AND LEUPRECHT, P., *Les juridictions internationales: complémentarité ou concurrence?*, Bruylant, Bruselas, 2005; SIMMA, B., «Fragmentation in a Positive Light», *Michigan JIL*, vol. 25, 2004, pp. 845 y ss.; OETER, S., «The International Legal Order and its Judicial Function: Is there an International Community-despite the Fragmentation of Judicial Dispute Settlement?», en *Völkerrecht als Wertordnung/Common Values in International Law. Festschrift für/Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, Kehl, 2006, pp. 583 y ss.; VIGNI, P.,

ción de regímenes normativos particulares, con normas secundarias propias, distintas de las del Derecho internacional general<sup>12</sup>.

### 1.1 El síntoma: La divergencia de pronunciamientos judiciales

Cabe resaltar que, efectivamente, ciertos pronunciamientos jurisprudenciales parecen haber abonado el campo de dudas sobre la unidad interpretativa (y en consecuencia aplicativa) del Derecho internacional actual, optando por defender su ámbito de actuación situándolo al margen o en un plano distinto que el del Derecho internacional general<sup>13</sup>. Así encontramos las expresiones, por ejemplo, del Tribunal de Justicia

---

«The Overlapping of Dispute Settlement Regimes», *ItYbIL*, vol. 11, 2001, pp. 139 y ss.; o la obra de ORREGO VICUÑA, F., *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society: Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, CUP, Cambridge, 2004. Puede verse asimismo el volumen editado por la Société Française pour le Droit International sobre *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, París, 2003.

Para un recorrido anterior, pueden verse, entre otras muchas, las obras de ABI-SAAB, G., «De l'évolution de la Cour internationale: Réflexions sur quelques tendances récentes», *RGDIP*, vol. 96, 1992, pp. 273 y ss.; BOYLE, A. E., «Dispute Settlement in the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction», *ICLQ*, vol. 46, 1997, pp. 37 y ss.; CONDORELLI, L., «La Cour internationale de justice: 50 ans et (pour l'heure) pas une ride», *EJIL*, vol. 6, 1995, pp. 388 y ss.; CHARNEY, J. I., «Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?», *RdC*, vol. 271, 1998, pp. 101 y ss.; DUPUY, P. M., «The Judicial Policy of the International Court of Justice», en SALERNO, F. (Ed.), *Il ruolo del giudice internazionale nell'evoluzioni del diritto internazionale e comunitario. Atti del Convegno di Studi in memoria di Gaetano Morelli*, CEDAM, Padua, 1995, pp. 61 y ss.; DUPUY, P. M., «Fonction de la Cour internationale de justice dans un ordre juridique en danger de fragmentation», *CEBDI*, vol. 3, 1999, pp. 259 y ss.; GUILLAUME, G., «The Future of International Judicial Institutions», *ICLQ*, vol. 44, 1995, pp. 848 y ss. y «Quelques propositions concrètes à l'occasion du Cinquantenaire», *RGDIP*, vol. 100, 1996, pp. 323 a 333; JENNINGS, R., «The International Court of Justice at Fifty», *AJIL*, vol. 89, 1995, pp. 493 y ss.; ODA, S., «The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)», *RdC*, vol. 244, 1993-VII, especialmente las pp. 54 y ss.; ROSENNE, S., «Lessons of the Past and Needs of the Future», en Connie PECK y Roy S. LEE (Eds.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1997, pp. 466 y ss.; SHAHABUDDIN, M., *Precedent in the World Court*, CUP, Cambridge, 1996, especialmente sus pp. 92 a 94; SCHWEBEL, S. M., «Fifty Years of the World Court: A Critical Appraisal», *Proceedings of the ASIL*, vol. 90, 1996, pp. 44 y ss.; o TREVES, T., «Recent Trends in the Settlement of International Disputes», *CEBDI*, vol. 1, 1997, pp. 395 y ss., especialmente las pp. 431 y ss.

<sup>12</sup> Junto a la doctrina citada a lo largo de las siguientes páginas, centrada en cuestiones sistémicas particulares, el Informe de Koskenniemi (2006) y los trabajos ya clásicos de SØRENSEN, M., «Autonomous Legal Orders; Some Considerations relating to the Analysis of international organisations in the World legal order», *ICLQ*, vol. 32, 1983, pp. 559 y ss.; SIMMA, B., «Self-Contained Regimes», *NYbIL*, 1985, pp. 111 y ss.; VALTICOS, N., «Pluralité des ordres internationaux et unité du droit international», en MAKARCZYK, J. (ed.), *Theory of International Law at the threshold of the 21st Century: Essays in Honour of K. Skubiszewski*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1996), pp. 301 y ss.; y BARNHOORN, L. A. N. M. & WELLENS, K. (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1995), puede verse en la literatura reciente OST, F. & VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 2002; FISCHER-LESCANO, G. & TEUBNER, A., «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», *Mich JIL*, vol. 25, 2004, pp. 999 y ss.; SIMMA, B. & PULKOWSKI, D., «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law», *EJIL*, vol. 17, 2006, pp. 483 y ss.; o NOORTMAN, M., *Enforcing International Law: From Self-Help to Self-Contained Regimes*, Aldershot, Ashgate, 2005.

<sup>13</sup> Y al revés también: sirva como ejemplo la distinta posición mantenida por los tribunales nacionales (nuestro propio Tribunal Constitucional, la Cámara de los Lores británica o la Corte de Casación francesa) o el Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre la cuestión de la inmunidad penal del jefe de

de las Comunidades Europeas recordando el carácter «propio», «nuevo» y «autónomo» del Derecho comunitario<sup>14</sup>, calificadas hace tiempo de «una insistencia no desprovista de cierta altivez»<sup>15</sup>; o la reclamación de una naturaleza «específica», «objetiva», «normativa» de un «orden legal» propio para los regímenes protectores de derechos humanos en Europa<sup>16</sup> o América<sup>17</sup>; o en el ámbito de la atribución de la responsabilidad, son conocidas igualmente las «desviaciones» por parte del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia o del Tribunal Europeo de Derechos humanos, que entendieron preferible la utilización *in casu* del criterio del «control general»<sup>18</sup> o «control último»<sup>19</sup>, respectivamente, frente al criterio del «control efectivo» sentado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de *Nicaragua c. Estado Unidos*<sup>20</sup>, y

---

Estado o altos cargos de una administración y la posición de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, *CIJ Recueil 2002*, pp. 24-26, párs. 58-61. Vide entre otros SASSOLI, M., «L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur un affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», *RGDIP*, vol. 106, 2002, pp. 791 y ss.; JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho internacional», *ADI*, vol. 18, 2002, pp. 63 y ss.; BOLLO AROCENA, M. D., «Sobreranía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia», *REDI*, vol. 56, 2004, pp. 91 y ss.; o FERRER LLORET, J., «Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)», *ADI*, vol. 18, 2002, pp. 305 y ss.

<sup>14</sup> En los célebres asuntos *Van Gend end Loos* (1963), *Costa c. ENEL* (1964) o *Comisión c. Luxemburgo y Bélgica* (1964).

<sup>15</sup> SÁNCHEZ RODRIGUEZ, L. I., «Sobre el Derecho. Internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo (A propósito del asunto *Matthews c. Reino Unido*)», *RDE*, vol. 5, 1999, p. 102.

<sup>16</sup> Vide entre otras las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en los asuntos *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, série A, núm. 25, pár. 239; *Sohering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, núm. 161, pár. 87; o *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, arrêt du 23 mars 1995, série A, núm. 310, pár. 84.

<sup>17</sup> Vide por ejemplo el asunto *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, C.I.A.D.H., serie C núm. 79, pár. 146.

<sup>18</sup> Señalaba el Tribunal, en su decisión de 15 de julio de 1999, que «[i]f it is under the overall control of a State, it must perforce engage the responsibility of that State for its activities [...]» (*The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgement, 15 July 1999, Case núm. IT-94-1-A, Appeals Chamber, p. 50, pár. 122).

<sup>19</sup> En su decisión de 31 de mayo de 2007, el Tribunal de Estrasburgo, en relación con las actuaciones de la KFOR en Kosovo, estimó que «même si l'ONU elle-même admet qu'une certaine marge de progression existe quant aux structures de coopération et de commandement entre le Conseil de sécurité, les Etats fournisseurs de contingents et les organisations internationales contributrices, la Cour estime que le Conseil de sécurité détient l'autorité et le contrôle ultimes et que le commandement effectif des questions opérationnelles pertinentes appartient à l'OTAN» [*Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, l'Allemagne & Norvege*, décision sur la recevabilité (GC) du 31 mai 2007, pár. 140]. El Tribunal de Estrasburgo parece separarse así del criterio de «control efectivo» que utilizó, por ejemplo, en el asunto *Affaire Ilascu et autres c. Moldova et Russie* cuando estimaba que «la responsabilidad de la Federación de Rusia es engagée pour les actes illégaux commis par les séparatistes transnistriens, eu égard au soutien militaire et politique qu'elle leur a accordé pour établir le régime séparatiste et à la participation de ses militaires aux combats. Ce faisant, en effet, les autorités de la Fédération de Russie ont contribué, tant militairement que politiquement, à la création d'un régime séparatiste dans la région de Transnistrie, qui fait partie du territoire de la République de Moldova» (*Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 8 juillet 2004, CEDH 2004-VII, pár. 382).

<sup>20</sup> Para la que, «pour que la responsabilité juridique soit engagée, il devrait en principe être établie qu'ils (les États-Unis) avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites» (*Activités militaires...*, *CIJ Recueil 1986*, p. 64, pár. 115). Vide recientemente *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, fond, arrêt 27 février 2007 (*CIJ Recueil 2007*), párs. 396 y ss. Control efectivo que, según la Corte en este último asunto, «s'exerçait, ou que ces instructions ont été données, à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient

seguido en general por la CDI a la hora de atribuir un hecho internacionalmente ilícito<sup>21</sup>; o la, como poco, curiosa aplicación del régimen de atribución de la responsabilidad internacional a un Estado por la conducta de uno de sus agentes en la sentencia de 17 de abril de 2007 por parte de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>22</sup>.

Y es que, en general, cuando nos encontramos ante el ejercicio de la función judicial por un órgano internacional, sea general o particular, cada institución se muestra celosa de su ejercicio sin interferencias<sup>23</sup>. Como el Tribunal penal para la ex Yugoslavia

---

produites, et non pas en général, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis lesdites violations» (ibídem, p. 400).

<sup>21</sup> Según el artículo 8 de los artículos sobre la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos (doc. NU A/RES/56/83, de 28 de enero de 2002, anexo), «[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento». Según el comentario de la CDI a este artículo, el comportamiento de unos particulares «[s]ólo será atribuible al Estado si éste dirigió o controló la operación y si el comportamiento denunciado era una parte integrante de esa operación. Este principio no es extensivo al comportamiento relacionado sólo incidental o periféricamente con la operación y que haya escapado a la dirección o al control del Estado» (doc. NU A/56/10, p. 93).

<sup>22</sup> Según el Tribunal, «la imputabilidad de las declaraciones de un funcionario al Estado depende, sobre todo, de la percepción que los destinatarios hayan podido tener de dichas declaraciones», siendo «[e]l elemento determinante para que las declaraciones de un funcionario sean imputables al Estado reside en si los destinatarios de tales declaraciones pueden razonablemente suponer, en el contexto dado, que se trata de posiciones que el funcionario adopta en virtud de la autoridad de su cargo» (Asunto C-470/03, párs. 56 y 57, respectivamente). Frente a este criterio, debemos recordar las normas generales de atribución recogidas en los artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados (doc. A/RES/56/83) según las cuales «1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá qué órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado» (art. 4).

Fue igualmente significativo el abandono por parte del TJCE en el asunto *Micheletti* del criterio de la nacionalidad efectiva sentado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Nottebohm*. Entendió así que, si bien «[l]a determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad [era], de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario», no correspondía en cambio «a la legislación de un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado». En consecuencia, proseguía el Tribunal, no podía admitirse «una interpretación [...] del Tratado según la cual, cuando el nacional de un Estado miembro ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un Estado tercero, los demás Estados miembros pueden subordinar el reconocimiento de su condición de ciudadano comunitario a requisitos tales como la residencia habitual del interesado en el territorio del primer Estado» (sentencia de 7 de julio de 1992, *Micheletti et al.*, asunto C-369/90, párs. 10 y 11). Vide sobre este asunto la crítica de David Ruzié en «Nationalité, effectivité et droit communautaire», 97 *RGDIP* (1993), pp. 107 y ss.

<sup>23</sup> Y la Corte Internacional de Justicia (y sus jueces) no escapá(n) a esta deriva, reclamando para sí la misión «d'assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe» [*Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, *fond, Arrêt du 9 avril 1949, CIJ Recueil 1949*, p. 35]. Leo Gross señalaba en 1971 que «[t]he proper rôle for the Court lies in promoting unification in the interpretation and application of international law, both customary and conventional, and contributing thereby to the rule of law and greater integration of the international society» (Gross, L., «The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing its Rôle in the International Legal Order», *AJIL*, vol. 65, 1971, p. 259). En su opinión separada a la providencia sobre el asunto *Lockerbie*, el juez Manfred Lachs señalaba que la Corte «est la gardienne de la légalité pour la communauté internationale dans son ensemble, tant à l'intérieur qu'en dehors du cadre de l'Organisation des Nations Unies»

señaló en su sentencia de 2 de octubre de 1995, «[i]n International Law, every tribunal is a *self-contained system* (unless otherwise provided)»<sup>24</sup>. Teniendo ello en cuenta, difiere enormemente la aproximación a la *lex specialis* por parte de un tribunal general (*ad. ex.* la propia Corte Internacional de Justicia o un tribunal arbitral) o por parte de un tribunal sectorial<sup>25</sup>. Como han señalado Simma y Pulkowski,

«[w]hile tribunals working on the basis of general international law resort to the *lex specialis* principle to justify the non-application of general international law, special tribunals are not required to provide a comparable justification for applying the special rules under which they were created»<sup>26</sup>.

Y ello afecta, por ejemplo, a dos cuestiones clásicas en la aplicación judicial de la norma, general o particular: de un lado, el tratamiento que del *non liquet* pueda hacerse; de otro, la carga de la prueba en la aplicación de la norma.

En relación con la primera cuestión, he intentado demostrar en otro lugar que, en principio, un tribunal internacional (y en particular la Corte Internacional de Justicia) no tiene prohibida la posibilidad de dictar un *non liquet*<sup>27</sup>. Aún así, la práctica más habitual ha sido la de encontrar expedientes normativos (analogía, equidad, evocación de principios generales) para evitar dictar un *non liquet*. Sin embargo, para los tribunales sectoriales sería casi imposible dictar un *non liquet*, por la sencilla razón de que, desde el punto de vista universalista, en ausencia de norma aplicable, siempre podrían referirse al Derecho internacional general para colmar dicha laguna. Desde el punto de vista pluralista, y trasladando los modelos del ámbito de la aplicación al ámbito puramente normativo, mientras que el Derecho internacional general puede perfectamente no ser pleno (y existir en él lagunas reales), de los diversos sectores se predica generalmente su plenitud, viéndose casi como un «fracaso» el tener que recurrir a un *non liquet*<sup>28</sup>.

---

[*Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamairiya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance de 14 avril 1992, CIJ Recueil 1992, p. 26*]. En su opinión disidente en el asunto de la *Solicitud de examen de la sentencia de 1974 sobre los ensayos nucleares*, Weeramantry que la Corte se encuentra «[p]lacée au sommet des juridictions internationales» (*Demande d'examen de la situation présentée par la Nouvelle-Zélande au titre du paragraphe 63 de l'Arrêt de la Cour de 1974 en l'affaire des essais nucléaires, arrêt, CIJ Recueil 1995, p. 345*). Y para el juez Guillaume, sin agotar la lista de pronunciamiento de los jueces (vide de nuevo las referencias en las notas *supra* 7 a 176), la Corte Internacional de Justicia debería estar autorizada para recibir cuestiones prejudiciales para, como en nuestro recurso en interés de ley, fijar el significado exacto de una cuestión jurídica controvertida (GUILLAUME, G., «Quelques propositions concrètes à l'occasion du cincuentaire de la CIJ», *RGDIP*, Vol. 70, 1996, pp. 323).

<sup>24</sup> *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 10 August 1995, Case núm. IT-94-1, Trial Chamber, párr. 11, énfasis añadido.

<sup>25</sup> Así, el Tribunal de Estrasburgo, al analizar las reglas de su competencia en el asunto *Loizidou*, y ante posibles comparaciones con las reglas análogas de la Corte Internacional de Justicia, sostuvo que «[u]ne différence aussi fondamentale de rôle et de finalité entre les institutions dont il s'agit ainsi que l'existence d'une pratique de l'acceptation inconditionnelle en vertu des articles 25 et 46 [...], constituent des éléments commandant de distinguer la pratique de la Convention de celle de la Cour internationale» [*Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, arrêt du 23 mars 1995, série A, núm. 310, párr. 85].

<sup>26</sup> SIMMA & PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe...*, *op. cit. supra* núm. 12, p. 488.

<sup>27</sup> Vide AZNAR GÓMEZ, M. J., «The 1996 Nuclear Advisory Opinion and Non Liqueur in International Law», *JCLQ*, vol. 48, 1999, pp. 3 y ss.

<sup>28</sup> Utilizando aquí los paradigmas de los *critical studies*, el Derecho internacional como «lenguaje» de una profesión tiene mucho que ver con la asunción o no de ese «fracaso». Difícilmente un comunitarista «profesional», un especialista en derechos humanos o un experto en el mundo de la OMC admitirán fallos en sus respectivos



Pero es que, además, cabe entender –en relación con la segunda cuestión– que el tribunal sectorial (y las partes que a él se someten) aceptan la aplicación prioritaria (cuando no excluyente) del régimen particular sobre el régimen general. No necesita el juez particular, por así decirlo, demostrar la pertinencia *in casu* de la norma sectorial, al contrario, por ejemplo, que al invocar una norma regional o local ante un tribunal generalista, que queda a cargo del Estado que la alega<sup>29</sup>. Ello es lógico, hasta cierto punto, pues todo tratado (en relación con las normas generales) tiene un carácter en sí mismo considerado de *lex specialis*<sup>30</sup>; y en general, no lo olvidemos, los regímenes especiales derivan habitualmente de un régimen convencional. De ahí su especificidad<sup>31</sup>.

## 1.2 La causa: La sectorialización del derecho internacional actual

Sin embargo, a mi modo de ver, lo más importante en relación a la unidad o posible fragmentación del Derecho internacional actual deriva de la «sectorialización» del mismo en diversos regímenes especiales que reclaman para sí un conjunto particular de normas secundarias para crear, modular, interpretar y aplicar sus asimismo particulares normas primarias. La existencia misma de esos «tribunales especiales» deriva, ni más ni menos,

---

regímenes. Como miembros de una «profesión», se covierten en campeones de la misma, juzgando negativamente, incluso, al generalista que con las herramientas del Derecho internacional opera jurídicamente en ámbitos tan complejos.

Como han advertido Simma y Pulkowski, «[a]s a consequence of a presumption in favour of completeness, the threshold for resorting to rules outside the regime is much higher. Applied to our case study on the relationship between special regimes and general international law, any resort to the rules on state responsibility requires special justification. State responsibility is not a general fallback option, which automatically fills the gaps of the regime. Rather, the framework on state responsibility is an aliud only to apply in exceptional cases. Once a presumption in favour of a regime's completeness is accepted, tribunals established under the regime may easily conclude (in accordance with the maxim *expressio unius est exclusio alterius*) that resort may not be made to remedies other than those specified. Hence, from the particularistic perspective, regimes are likely to appear as self-contained» (SIMMA & PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe...*, *op. cit. supra* núm. 12, p. 505).

<sup>29</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, Arrêt du 20 novembre 1950, CIJ Recueil 1950*, p. 276-277; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, Arrêt du 27 août 1952, CIJ Recueil 1952*, pp. 200-201.

<sup>30</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, CIJ Recueil 1986*, p. 137, pár. 274; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, CIJ Recueil 1997*, p. 76, pár. 132. Como ha señalado Pierre-Marie Dupuy, «[a]u sein d'un ordre juridique déterminé, en principe, par la seul volonté de ses sujets primaires et dépourvu de hiérarchie normative substantielle, une conséquence logique en découle: entre deux États, la norme qu'ils appliqueront sera celle qu'ils ont établie d'un común accord pour répondre à un objet déterminé; cela, de préférence à une règle générale, moins précise et par conséquent moins adaptée au traitement de la réalité considérée. Dans sa dimension formelle, dominée par le droit de la coexistence entre égaux souverainetés, le droit international général occupe dès lors, à bien des égards, une place subsidiaire» (DUPUY, P. M., *L'unité de l'ordre...*, *op. cit. supra* núm. 1, p. 428).

<sup>31</sup> A pesar de ello, es plausible el cotidiano y abundante uso que los tribunales sectoriales hacen de las jurisprudencias de otros tribunales, tanto de otros sectores (el caso entre los tribunales de Estrasburgo y San José de Costa Rica es paradigmático) como de la jurisprudencia de la propia Corte Internacional de Justicia. Y es significativa, por el contrario, la ausencia generalizada de jurisprudencia de esos tribunales sectoriales en la jurisprudencia de la Corte de La Haya cuando se ha adentrado en ámbitos materiales de esos sectores. Como tuve ocasión de señalar al analizar el asunto *La Grand*, la Corte podría haber hecho suyos algunos de los atinados razonamientos de la Corte Interamericana de Derechos humanos expresados en su dictamen sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A núm. 16. Puede verse mi crítica en AZNAR GÓMEZ, M. J., «El asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia», en *REDI*, vol. 54, 2002, p. 743 y ss.

de la generación de regímenes especiales, algunos de ellos con pretensiones «secesionistas» y vocación de convertirse en un «régimen autosuficiente» (*self-contained regime*)<sup>32</sup>. Toda esta terminología esconde realidades distintas. Conviene aclarar (al menos a los efectos del objeto perseguido en estas páginas) toda esa terminología descriptora de un fenómeno sociológico que podría estar teniendo repercusiones jurídicas diversas<sup>33</sup>.

### 1.2.1 CUESTIONES CONCEPTUALES

Un «sector» del Derecho internacional supone, a mi entender, un conjunto de normas, esencialmente primarias que, en algunos casos, se acompañan de normas secundarias particulares<sup>34</sup>. El Derecho internacional de los derechos humanos, el del mar, el de los conflictos armados, el del medio ambiente, el del desarme, el de comercio internacional, el diplomático y consular, el del patrimonio cultural..., todos ellos responden, en principio al mismo esquema de especificidad en el plano de las normas primarias (estableciendo derechos y obligaciones sobre la protección del ser humano, los límites en los arsenales, la libertad de comercio o, sin agotar la lista, el respeto a ciertos privilegios e inmunidades del personal diplomático), que pueden ser generadas, moduladas, interpretadas, exigidas y abrogadas mediante las normas generales secundarias del ordenamiento jurídico internacional (esencialmente el derecho de tratados y el de la responsabilidad internacional de los Estados).

La posible atomización del Derecho internacional general en derechos particulares puede responder a estímulos diversos<sup>35</sup>. Como entre nosotros ha señalado Manuel Díez de Velasco, dicho *particularismo*

<sup>32</sup> Para Pierre-Marie Dupuy, «la multiplication de ces organes risque d'aboutir plus encore qu'à une fragmentation du droit, à l'émergence de féodalités normatives» (DUPUY, P. M., *L'unité de l'ordre...*, op. cit. *supra* núm. 1, p. 429).

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, Martti Koskenniemi utiliza una terminología peculiar para el concepto «régimen autónomo» según la cual «[e]n 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» [Informe de Koskenniemi (2006), pág. 128]. Un tercer sentido, más estricto aún, implicaría no ya la primacía de las reglas particulares sobre las generales sino, incluso, la exclusión de ésta por aquéllas (*ibid.*, párs. 131-134).

<sup>34</sup> De hecho, como señaló Martti Koskenniemi, «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» [Informe de Koskenniemi (2006), pág. 137].

<sup>35</sup> Como señalara hace ya tiempo Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, la «sectorialización» «se presenta de forma abigarrada y compleja. En unos casos, opta por tomar un sector propio del derecho internacional, por ejemplo, el derecho internacional del mar, en cuanto conjunto completo de normas ampliamente conectado con las normas generales, en su mayor parte consecuencia de un largo proceso de codificación y desarrollo progresivo, con su propio sistema autónomo de solución de controversias, que culmina incluso con la creación de un tribunal *ad hoc*. En otros supuestos, se trata de la creación de subsectores particulares y regionales (por ejemplo, los sistemas europeo e interamericano de los derechos humanos) dentro de un sector específico del derecho internacional general (derechos humanos), igualmente dotados de una cierta autonomía normativa y de sendos sistemas judiciales autónomos. Por último, la especificidad del sistema puede provenir de la existencia de un orden jurídico que se reclama autónomo y particular, también respecto al derecho internacional general, provisto de un mecanismo nomogénico propio, al igual que de un sistema judicial para garantizar la unidad del sistema y la solución de controversias, como sería el supuesto del derecho comunitario europeo y su posible caracterización como un sub-

«refleja realidades sociales y normativas que, por simplificar, deben analizarse en tres planos distintos aunque íntimamente conectados: en primer lugar, atendiendo al ámbito geográfico o cultural, aparece el denominado [Derecho internacional] regional o particular (que no debe entenderse hoy como una cuestión meramente geográfica sino política); en segundo lugar, atendiendo al proceso de institucionalización, aparece el distinto Derecho elaborado en el seno de cada Organización internacional; finalmente, como resultado de la diversificación y especialización del ámbito material del [Derecho internacional], éste presenta en la actualidad un alto grado de sectorialización. Como veremos, ha sido en relación con este último fenómeno donde se han elevado voces preocupadas entre la doctrina iusinternacionalista»<sup>36</sup>.

En algunos casos, la especificidad en las normas secundarias aplicables en un determinado sector hacen de éste un «régimen especial» del que se predica, en intensidades variables, la caracterización como *lex specialis*<sup>37</sup>. Ello supone que la norma secundaria general cede (pero no desaparece) ante la norma particular debido a la especificidad de esta última<sup>38</sup>. Y ello, no lo olvidemos, porque así lo han querido los autores de la norma en un ordenamiento jurídico de carácter esencialmente dispositivo<sup>39</sup>.

Finalmente, cuando pretende predicarse de uno de esos sectores su carácter cerrado y autónomo, esto es, cuando la norma general no cede sino que desaparece en cualquier circunstancia, quedándole vedada su operatividad en ese sector (de nuevo porque los Estados así lo desean), es cuando nos encontraríamos con un «régimen autosuficiente» (*self-contained regime*)<sup>40</sup>.

---

sistema específico dentro del orden internacional general, aunque solo fuere porque su nevadura «constitucional» está hecha y dicha en tratados internacionales» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Sobre el Derecho...*, op. cit. supra núm. 15, pp. 97-98). El Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación recoge, en gran medida, esta «abigarrada y compleja» tipología de regímenes especiales a que hace referencia Sánchez Rodríguez (vide doc. NU A/61/10, p. 452-453).

<sup>36</sup> Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, 15.ª ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 98. El particularismo derivado del regionalismo, que no analizaremos aquí, responde a otros estímulos (geopolíticos, culturales o históricos frente a los funcionales de la sectorialización) si bien, a veces, acarrea consecuencias jurídicas similares a la sectorialización: el particularismo en la existencia y aplicación de determinadas normas.

<sup>37</sup> Se trataría en cierto modo de la definición de Stephen Krasner de un «régimen internacional», según la cual nos encontraríamos ante «a set of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations» (KRASNER, S. D., «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables», en KRASNER, S. D. (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983, p. 2).

<sup>38</sup> *Activités militaires...*, *CIJ Recueil 1986*, p. 95, párr. 179.

<sup>39</sup> Si, por ejemplo, el artículo 23 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* en el seno de la OMC señala que «[c]uando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar», ello se debe única y exclusivamente a que esos Estados miembros han manifestado su consentimiento en obligarse por el Acuerdo de Marrakech de 1994 del que el *Entendimiento* forma parte. En cierto modo, sigue siendo válida la concepción expresada hace tiempo ya por la Corte permanente según la cual «la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat» (*Affaire du Vapeur «Wimbledon»*, *C.P.J.I. 1923*, série A, núm. 1, p. 25).

<sup>40</sup> Para Bruno Simma y Dirk Pulkowski el término *self-contained regime* sirve para designar «a particular category of subsystems, namely those that embrace a full, exhaustive and definitive, set of secondary rules. Thus, the principal characteristic of a self-contained regime is its intention to totally exclude the application of the general legal consequences of wrongful acts as codified by the ILC, in particular the

### 1.2.2 CUESTIONES EPISTEMOLÓGICAS

Una vez adoptada una terminología descriptiva, entiendo que debe evaluarse (también a los efectos del objeto perseguido en estas páginas) la incidencia de la epistemología en el análisis de esa unidad o fragmentación del Derecho internacional actual toda vez que la importancia que a este fenómeno se dé va a depender, en gran medida, del punto de partida epistemológico desde el que se inicie el análisis. Así, desde el punto de vista del pluralismo jurídico, el sistema de regímenes es una especie de paraíso en el que, partiendo de una «sociología de la complejidad», se reduce la función del Derecho internacional al *interstitial corpus* entre sistema y sistema, donde antes regulaba la relación entre Estado y Estado<sup>41</sup>. Más aún, como epifenómeno, el propio Derecho internacional llegaría a ser un *subsistema* más, sustituyéndose la noción de Derecho internacional como ordenamiento jurídico de la sociedad internacional por otra de «legalización» de las relaciones internacionales.

Por su parte, para un observador acodado en las teorías de los *critical studies*, casi todo quedaría reducido a una cuestión de «discurso» y de preferencias de la profesión legal, desde las cuales hacer un uso premeditado de las diversas normas e instituciones jurídicas internacionales. En el proceso de «deconstrucción» tan querido por ellos, encuentran en las piezas los restos de elecciones políticas y nos dejan, si se me permite la expresión, con un simple juego de piezas *Lego* donde antes veíamos una Acrópolis; semiderruida quizá, pero Acrópolis al fin y al cabo.

Desde el objetivismo, la sectorialización normativa responde a la voluntad, en un momento dado, de generar normas específicas para ordenar un interés particular de la sociedad internacional. Interés que tiene en cuenta los valores propios de esa sociedad (y sus miembros preeminentes), trasladándolos a la norma que mejor se ajuste a cada necesidad contingente. Pero entre esos intereses, la práctica nos muestra la voluntad (o no) de conservar la unidad formal del ordenamiento jurídico internacional.

Desde un punto de vista constitucionalista, en fin, una vez diagnosticada la complejidad social, esta diversidad puede amenazar la unidad y coherencia del sistema si se abandona la función del Derecho internacional como ordenador de la vida social y la jerarquización de determinados principios básicos del sistema<sup>42</sup>.

## 2. LA ESPECIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL

Teniendo todo ello en cuenta, entiendo que la complejidad de la escena internacional actual tiene su reflejo en el ordenamiento jurídico que pretende regularla.

---

application of countermeasures by an injured state» (SIMMA & PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe...*, *op. cit. supra* núm. 12, pp. 492-493).

<sup>41</sup> Vide un análisis en PAULUS, A., «From Territoriality to Functionality? Towards a Legal Methodology of Globalization», en DEKKER, I. F. & WERNER, W. G. (eds), *Governance and International Legal Theory*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, pp. 59 y ss.

<sup>42</sup> Queda aquí apartado otro problema distinto, más vertical, que se referiría al «contenido normativo», a la «fuerza obligatoria» de la norma, que apareja un sistema de respuesta igualmente modulado. Junto al *soft law*, por ejemplo, se ha hablado de una *soft liability* en la que se abandonan conceptos como «violación» y se utilizan otros como el «no cumplimiento». Vide una reflexión ya clásica a estos efectos en DUPUY, P. M., «The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?», *Mich. JIL*, vol. 11, 1989, pp. 105 y ss.

Como han señalado Günther Fischer-Lescano y Andreas Teubner, «[l]egal fragmentation is merely an ephemeral reflection of a more fundamental, multi-dimensional fragmentation of global society itself»<sup>43</sup>. Entiendo que el resultado normativo de la posible fragmentación funcional implica una relativa sectorialización del Derecho internacional actual sin llegar a la afirmación, acaso demasiado apresurada, de la existencia de regímenes autosuficientes (*self-contained regimes*)<sup>44</sup>.

## 2.1 Planteamiento de la cuestión

La diferenciación sociológica de un régimen no impide su compatibilidad con el Derecho internacional general. Los regímenes sectoriales no niegan, *per definitionem*, la existencia de un Derecho internacional general; simplemente pueden hacer subsidiaria su aplicabilidad en determinados ámbitos funcionales, muy particularmente en el plano de las normas secundarias, buscando una especialización de la regulación jurídica.

<sup>43</sup> FISCHER-LESCANO & TEUBNER, *Regime-Collisions...*, *op. cit. supra* núm. 12, p. 1004. El Grupo de Estudio sobre la fragmentación de la CDI igualmente señala que «[l]a fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el «derecho internacional general» se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados 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 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» (doc. NU A/61/10, p. 445, párr. 243).

<sup>44</sup> El caso paradigmático lo encontramos en el derecho diplomático y consular tras el *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Personal diplomático en Irán* afirmando que «les règles du droit diplomatique constituant un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus» (*Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, fond, arrêt du 24 mai 1980, CIJ Recueil 1980*, p. 40, párr. 86). De un modo no tan explícito, la Corte volvió a evocar, esta vez en el asunto de *Nicaragua*, la existencia de un régimen autosuficiente en relación con los derechos humanos al observar que «quand les droits de l'homme sont protégés par des conventions internationales, cette protection se traduit par des dispositions prévues dans le texte des conventions elles mêmes et qui sont destinées à vérifier ou à assurer le respect de ces droits», no siendo el uso de la fuerza («ajeno» al «sistema» de derechos humanos) «la méthode appropriée pour vérifier et assurer le respect de ces droits» (*Activités militaires...*, *CIJ Recueil 1986*, p. 134, párr. 267 y 268, respectivamente). Previamente, en el asunto del *Wimbledon*, la Corte permanente había calificado el régimen establecido en el Tratado de Versalles de 1919 sobre el canal de Kiel como «se suffisent [...] à elles mêmes», hasta el punto de que «[c]e n'est pas dans un argument d'analogie avec ces dispositions qu'il conviendrait de chercher la pensée qui a inspiré [les articles relatives au régime du Canal], mais bien plutôt dans un argument *a contrario* qui les exclut» [*Affaire du vapeur «Wimbledon», C.P.J.I. 1923, série A, núm. 1, p. 24*]. En los tres casos, sin embargo, la Corte no tuvo intención de afirmar la existencia de regímenes autosuficientes tal y como, con posterioridad y cierto ditirambo, han sido definidos por cierta doctrina (y muy particularmente Willem Riphagen en su labor como relator especial de la CDI en materia de responsabilidad internacional de los Estados). De un modo muy crítico, Pierre-Marie Dupuy advierte que «[c]ette vision éclatée du phénomène juridique international traduit, pour certains, la difficulté intellectuelle qu'ils éprouvent parfois à saisir la réalité même du concept du ordre juridique international, pour d'autres, la défiance qu'ils manifestent à l'égard de ce concept, précisément par ce qu'il a de fédérateur» (DUPUY, P. M., *L'unité de l'ordre...*, *op. cit. supra* núm. 1, p. 431).

Entiendo que es este punto de especificidad –de especialización y no de ruptura– el que debe resaltarse al hablar de la sectorialización del Derecho internacional. Esa sectorialización presenta diversos perfiles en cuanto a su grado de autonomía. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el Derecho internacional no es un cuerpo jurídico separado de la voluntad de sus creadores. Si es específico (fragmentado si se quiere) es porque los Estados así lo han deseado en la búsqueda de una normas más eficaces, más cercanas al objeto regulado<sup>45</sup>: «No se trata –se ha subrayado– de negar el orden jurídico general o universal, sino de adaptarlo a la situación concreta partiendo precisamente de su aceptación»<sup>46</sup>. Con ello, salvo en determinadas ocasiones que se refieren sobre todo al ámbito de las normas primarias, los Estados pretenden mejorar el Derecho: «Particular secondary rules are crafted to enhance the efficacy of the primary rules»<sup>47</sup>. Del éxito en la interpretación y aplicación coherente del derecho dependerá la unidad y estabilidad del ordenamiento jurídico internacional<sup>48</sup>. Se plantean así dos cuestiones pivotaes en la discusión sobre la unidad o fragmentación del Derecho internacional actual: la elección de la norma aplicable y el control, incluso judicial, de la misma<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> No debemos olvidar, en cualquier caso, que el razonamiento jurídico no es neutral. Tampoco en la afirmación de la sistematicidad o a-sistematicidad del derecho internacional (general y, por qué no, particular). Como Martti Koskenniemi ha señalado, «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» [Informe de Koskenniemi (2006), párr. 34]. La «carga de intencionalidad» (hacia la unidad o hacia la especialidad) dependerá, pues, de cada operador jurídico.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Sobre el Derecho...*, op. cit. upranúm. 15, p. 97.

<sup>47</sup> SIMMA & PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe...*, op. cit. supra núm. 12, p. 487.

<sup>48</sup> Y aquí influye, y mucho, el feliz cumplimiento de la función judicial por parte de los distintos tribunales sectoriales. El principio *iura novit curia* adquiere así un carácter determinante en la labor del juez internacional. Como tuve ocasión de señalar en otro lugar, «the *iura novit curia* rule not only prevents the judge from ending the normative search solely in a precise rule but forces him to analyse «l'état du droit international» in its entirety [...]» [«The 1996 Nuclear Advisory Opinion and Non Liqueur in International Law», *ICLQ*, vol. 48, 1999, p. 19]. Sobre el principio *iura novit curia*, vide recientemente VERHOEVEN, J., «*Jura novit curia* et le juge international», en DUPUY, P. M., SOMMERMAN, K. P., SHAW, M. N. & FASSBENDER, B. (eds.), *Völkerrecht als Weltordnung-Common Values in International Law. Festschrift für Christian Tomuschat zum 70. Geburtstag-Essays in Honour of Christian Tomuschat on the Occasion of his 70th Birthday*, N. P. Engel Verlag, Kehl, 2006, pp. 635 y ss. Para Joe Verhoeven, al indagar sobre si el juez internacional debe conocer el derecho particular (y en el bien entendido de que debe conocer el derecho general), debe entenderse que «ce droit particulier, qui n'exprime pas la volonté générale dont le juge est réputé connaître les manifestations, est normalement ignoré par celui-ci; il relève des faits dont le juge ne tient compte que s'ils sont dûment prouvés para la partie qui s'en prévaut devant lui» (ibidem, p. 640).

<sup>49</sup> Como se ha señalado, «[a] central, and increasingly difficult task of the jurist consists in allocating authority in a system composed of both elements of hierarchical unity and multiple network structures in diverse issue areas» (SIMMA & PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe...*, op. cit. supra núm. 12, p. 484). En el caso de la evaluación de una de las «patologías de los tratados» (la nulidad por contradicción con una norma imperativa), el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 y su anexo «localiza la autoridad» de esa evaluación, en último término, en la Corte Internacional de Justicia. El éxito de ese proceso de unidad interpretativa ya tuve ocasión de evaluarlo en mi contribución comentando los anexos sobre solución de controversias de los Convenios de Viena de 1969 y 1986 en CORTEN, O. & KLEIN, P. (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 2883 y ss.

## 2.2 La solución a los posibles problemas

La solución, relativamente simple y eficaz, que propone el Grupo de Estudio sobre la fragmentación de la CDI es el recurso al derecho de tratados codificado por la propia Comisión en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969. La Convención de Viena aparece, a los ojos de la CDI, como solución explicativa y como remedio a la posible falta de unidad<sup>50</sup>. Así se refleja en su Informe final de 2006 cuando señala que,

«aunque la fragmentación sea inevitable, es deseable disponer de un marco para poder evaluarla y gestionarla de forma tecnicojurídica. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados constituye ese marco. Un aspecto que une a prácticamente todos los nuevos regímenes (e indudablemente a todos los más importantes) es que esos regímenes basan su fuerza de obligar en el derecho de los tratados y que los sujetos interesados entiende que se rigen por ese derecho. Esto significa que la Convención de Viena constituye ya un marco unificador de esos fenómenos»<sup>51</sup>.

Para la Comisión, como componente de la «integración sistémica»<sup>52</sup>, tres reglas básicas son siempre invocables y permiten afirmar la coherencia del sistema<sup>53</sup>: la «unidad interpretativa», la «unidad en la norma de conflicto», y el así denominado por el Grupo de Estudio como «principio de armonización».

### 2.2.1 LA UNIDAD INTERPRETATIVA

La «unidad interpretativa» supone referirse a las normas comúnmente aceptadas de interpretación de todo texto jurídico internacional y que están esencialmente codificadas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969. Estas normas son, a la vez, canon de unificación, como normas generales de interpretación, y factor de cohesión desde el momento que el artículo 31.3.c) establece que todo tratado (incluido el que pueda establecer un régimen o sector particular) deberá ser interpretado teniendo en cuenta «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes»<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Cabría añadir aquí, junto al principio básico inspirador de la Convención de Viena –la regla *pacta sunt servanda*–, otro principio básico sin cuyo complemento la propia norma recogida en el artículo 26 de la Convención de Viena perdería gran parte de su sentido: el principio de reparación del daño causado. Ambos son imprescindibles para la existencia de cualquier orden jurídico. Ambos nos sitúan en el ámbito nuclear de las normas secundarias, en el centro de la matriz normativa de la cual van derivándose todas las proposiciones normativas con las que el operador jurídico interpreta y aplica las normas internacionales y resuelve los conflictos que entre ellas pudieran surgir.

<sup>51</sup> Doc. NU A/61/10, p. 448, párr. 249.

<sup>52</sup> Vide aquí el Informe de Koskeniemi (2006), párs. 410-460.

<sup>53</sup> Afirmándose en todo caso el carácter sistémico del Derecho internacional: en la primera conclusión de los trabajos del Grupo de Estudio se afirma categóricamente que «[e]l derecho internacional es un sistema jurídico. Sus reglas y principios (es decir, sus normas) surten efectos en relación con otras normas y principios y deben interpretarse en el contexto de éstos. Como sistema jurídico, el derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellas existen útiles relaciones. Así, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede tener mayor o menor generalidad o especificidad y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores» (ibídem, pp. 448-449, párr. 251).

<sup>54</sup> Vide, junto al análisis de este artículo en CORTEN, O. & KLEIN, P. (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 1289 y ss., el trabajo reciente de McLACHLAN, C., «The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the

Ésta es la expresión del objetivo de la «integración sistémica». Como vimos, la Corte Internacional de Justicia tuvo ocasión de señalar en su *Dictamen sobre la interpretación del acuerdo entre la OMS y Egipto* de 1980 que «una regla de Derecho internacional, consuetudinario o convencional, no se aplica en el vacío; se aplica en relación a los hechos y en el marco de un conjunto más amplio de reglas jurídicas de las que forma parte»<sup>55</sup>.

Recientemente, en el asunto de las *Plataformas petrolíferas*, la Corte aplicó este criterio cuando enmarcó el análisis de las obligaciones a cargo de los Estados Unidos e Irán en función del tratado de amistad que les vinculaba desde 1955 en el marco general de la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones<sup>56</sup>. Igualmente, tribunales «funcionales» o «sectoriales» se han referido al Derecho internacional como marco jurídico general del que forman parte. Así, en el primer caso que el Órgano de apelación de la OMC tuvo ante sí, pudo recordar que «no debe leerse el Acuerdo General [de la OMC] aislandolo clínicamente del Derecho internacional público»<sup>57</sup>. Por su parte, las cortes europea e interamericana de derechos humanos han hecho igualmente una continua referencia al Derecho internacional general<sup>58</sup>. En el caso del Tribunal de Estrasburgo, baste con recordar las recientes referencias a su imbricación en el Derecho internacional general, por ejemplo en el asunto *Loizidou*<sup>59</sup>, o en el «orden público europeo», por ejemplo en el asunto de *Chipre c. Turquía*<sup>60</sup>, además del uso de instituciones clásicas del Derecho internacional como el concepto de juris-

---

Vienna Convention», *ICLQ*, vol. 54, 2005, pp. 279 y ss. La integración sistémica prevista en este apartado de la Convención de Viena se desarrolla en las conclusiones 17 a 23 del Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación (doc. NU A/61/10, pp. 454-458).

<sup>55</sup> *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, CIJ Recueil 1980*, p. 76, párr. 10. La jurisprudencia arbitral era asimismo clara en este sentido. En el asunto *George Pinson*, el tribunal arbitral determinó que «[t]oute convention internationale doit être réputée s'en référer tacitement au droit international commun, pour toutes les questions qu'elle ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente» (*George Pinson*, laudo de 19 de octubre de 1928, *R.S.A.*, vol. V, p. 422, párr. 50).

<sup>56</sup> *Affaire des plate-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *arrêt, CIJ Recueil 2003*, pp. 182-183, párrs. 41 y 42. Vide JOUANNET, E., «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, Affaires des Plates-formes pétrolières», *RGDIP*, vol. 108, 2004, pp. 917 y ss. Para una referencia jurisprudencial anterior, vide por ejemplo, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, CIJ Recueil 1994*, p. 291, párr. 83.

<sup>57</sup> *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional (wto/ds2/ab/r)*, 20 de mayo de 1996), p. 16. Vide al respecto PAUWELYN, J., «The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can we Go?», *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 535 y ss.; y CAMERON, J. & GRAY, K., «Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body», *ICLQ*, vol. 50, 2001, pp. 248 y ss. Para el régimen general de autotutela y la OMC vide FERNÁNDEZ PONS, X., «Self-help and the WTO», en MENGOSZI, P. (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 55 y ss.

<sup>58</sup> CAFLISCH, L. & CAÑADO-TRINDADE, A., «La convention américaine et européenne de droits de l'homme et le droit international général», *RGDIP*, vol. 108, 2004, pp. 5 y ss. Para el caso europeo, debe verse también las sucesivas aportaciones de COHEN-JONATHAN, G. y FLAUSS, J. F. en el *Annuaire français de droit international* de los años 2000, 2001 y 2002, así como ZIEMELE, I. «Case-Law of the European Court of Human Rights and Integrity of International Law», en HUESA VINAIXA, R. & WEL-LENS, K. (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 187 y ss.

<sup>59</sup> *Loizidou c. Turquie (article 50)*, *arrêt du 29 juillet 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV*, párr. 43.

<sup>60</sup> *Chypre c. Turquie*, *arrêt du 10 mai 2001, CEDH 2001-IV*, párr. 78.



dicción<sup>61</sup>, atribución de responsabilidad<sup>62</sup> o los límites de la inmunidad<sup>63</sup>. La Corte interamericana ha tenido igualmente la ocasión de evocar continuamente el Derecho internacional general (y el de los tratados en particular) en numerosas ocasiones, tanto en relación a la propia norma *pacta sunt servanda*<sup>64</sup> como a las normas particulares de interpretación de los tratados<sup>65</sup>. En el ámbito particular del Derecho comunitario europeo –el más «autónomo» de los regímenes–<sup>66</sup>, recientemente se ha hecho de nuevo referencia al Derecho internacional<sup>67</sup>. Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia ha tenido asimismo ocasión de señalar que

<sup>61</sup> *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants* [GC], décision sur la recevabilité du 12 décembre 2001, CEDH 2001-XII. En este asunto, el Tribunal reafirmó «que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide. Elle doit aussi prendre en compte toute règle pertinente du droit international lorsqu'elle se prononce sur des différends concernant sa compétence et, par conséquent, déterminer la responsabilité des Etats conformément aux principes du droit international régissant la matière, tout en tenant compte du caractère particulier de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme [...]. Aussi la Convention doit-elle s'interpréter, dans toute la mesure du possible, en harmonie avec les autres principes du droit international, dont elle fait partie [...]» (ibídem, p. 351, pár. 57).

<sup>62</sup> Aplicando de manera correcta el principio de atribución directa al Estado recogido en el artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos (doc. NU A/RES/56/83, de 28 de enero de 2002, anexo), sino también, por ejemplo, la atribución de la responsabilidad a un Estado por el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado (vide por ejemplo entre la jurisprudencia reciente *Frommelt c. Liechtenstein*, décision sur la recevabilité du 15 mai 2003, CEDH 2003-VII).

<sup>63</sup> *Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 Novembre 2001, CEDH 2001-XI.

<sup>64</sup> Entre su jurisprudencia más reciente pueden verse los asuntos «*La última tentación de Cristo*» (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*), sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73; o *Canto vs. Argentina*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C, núm. 97.

<sup>65</sup> *Blake vs. Guatemala (Excepciones Preliminares)*, sentencia de 2 de julio de 1996, serie C, núm. 27.

<sup>66</sup> El «principio de la autonomía del Derecho comunitario», derivado del carácter «constitucional» del Tratado CE, que crea una «Comunidad de Derecho» [*Espacio Económico Europeo*, dictamen de 14 de diciembre de 1991 (C-1/91, Rec. 1991, p. I-6079), pár. 21] implica, entre otras consecuencias, que «un Estado miembro no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario por la circunstancia de que otros Estados miembros también incumplen sus obligaciones» [*BECTU*, sentencia de 26 de junio de 2001 (C-173/99, Rec. 2001, p. I-4881), pár. 56]. Retoma aquí el TJCE su jurisprudencia sentada, entre otras, en su sentencia de 9 de julio de 1991 [*Comisión c. Reino Unido*, sentencia de 9 de julio de 1991 (C-146/89, Rec. 1991, p. I-3533)], en particular su pár. 47 cuando señala que «los Tratados no se limitan a crear obligaciones recíprocas». Desaparece, así, el recurso general a la autotutela desde el momento en que «un Estado miembro no puede tomar unilateralmente medidas de defensa o adoptar un comportamiento para prevenirse contra un posible incumplimiento, por parte de otro Estado miembro, de las normas del Derecho comunitario» [*Comisión c. Francia*, sentencia de 9 de diciembre de 1997 (C-265/95, Rec. 1997, p. I-6959), pár. 63].

Además, si la Comunidad concluyera acuerdos internacionales con terceros, «la protección de la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario supone, por una parte, que las competencias de la Comunidad y de sus instituciones, tal como las concibe el Tratado, no queden desvirtuadas», teniendo en cuenta asimismo que «los mecanismos relativos a la unidad en la interpretación de las normas del Acuerdo EEAC y a la resolución de controversias no tengan por efecto imponer a la Comunidad y a sus instituciones, en el ejercicio de sus competencias internas, una interpretación determinada de las normas de Derecho comunitario recogidas en dicho Acuerdo» [*Espacio Europeo Aéreo Común*, dictamen de 18 de abril de 2002 (C-1/00, Rec. 2002, p. I-3493), párs. 12 y 13, respectivamente].

Aún así, vide PELLET, A., «Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire», en *Collection des Tours de l'Académie de droit Europaen*, vol. VI/2 (1994) y DíEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

<sup>67</sup> *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, sentencia de 16 de junio de 1998 (C-162/96, Rec. 1998, p. I 3655), en cuyo pár. 46 se señala que «las normas del Derecho consuetudinario internacional relativas al cese y la sus-

«tanto en virtud de las normas del Derecho internacional general como en virtud de las disposiciones específicas del Tratado, los Estados miembros tienen la facultad, e incluso la obligación, de renunciar a aplicar toda disposición del Derecho comunitario que obstaculice el adecuado cumplimiento de las obligaciones que les impone la Carta de las Naciones Unidas, aunque se trate de una disposición de Derecho primario o de un principio general de dicho Derecho»; «que las obligaciones impuestas por la Carta de las Naciones Unidas vinculan a la Comunidad, al igual que a los Estados miembros de la misma, en virtud de su propio Tratado constitutivo»; y que «las competencias de la Comunidad deben ejercitarse respetando el Derecho internacional y, por consiguiente, el Derecho comunitario debe interpretarse, y su ámbito de aplicación delimitarse, tomando en consideración las normas pertinentes del Derecho internacional»<sup>68</sup>.

### 2.2.2 LA UNIDAD EN LA NORMA DE CONFLICTO

Por su parte, la «unidad en la norma de conflicto» plantea otra serie de problemas alrededor de la elección de la norma aplicable. La gran distinción se plantea entre una *confluencia* de regímenes aplicables y una *conurrencia* de regímenes aplicables. Como señala Rosario Huesa Vinaixa,

«[l]a posición del sistema general de la responsabilidad internacional del Estado es aquí muy diferente. Ya no se trata de que «no prejuzga» la aplicación de las disposiciones del otro régimen o sistema, como en el caso de la «confluencia» de sistemas separados; en el caso de los regímenes especiales (de responsabilidad del Estado) las disposiciones del régimen general ceden («no se aplicarán») en la medida en que concurran (de manera incompatible) con ellas»<sup>69</sup>.

Salvadas las posibles jerarquías que el propio Derecho internacional puede imponer<sup>70</sup>, es en los casos de «conurrencia» cuando operaría claramente la norma *lex specialis*.

En su formulación por parte de la CDI en los artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, la *lex specialis* supondría que el régimen general de la responsabilidad internacional, codificado en esos artículos, no se aplicaría «en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia

---

pensión de las relaciones convencionales como consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias vinculan a las Instituciones de la Comunidad y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario».

<sup>68</sup> *Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, sentencia de 21 de septiembre de 2005 (T-306/01, Rec. 2005, p. II-3533), párs. 240, 243 y 249, respectivamente. Vide en el mismo sentido *Kadi c. Consejo y Comisión*, sentencia de 21 de septiembre de 2005 (T-315/01, Rec. 2005, p. II-3649), párs. 190, 193 y 199. Vide un comentario sobre ambas sentencias en ROLDÁN BARBERO, J., «La justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las sentencias *Yusuf/Al Barakaat* y *Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», *REDI*, vol. 57, 2005, pp. 869 y ss.

<sup>69</sup> HUESA VINAIXA, R., «El derecho de la responsabilidad internacional y la Carta de las Naciones Unidas: consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas», *REDI*, vol. 54, 2002, p. 601.

<sup>70</sup> Vide a este respecto las conclusiones núm. 10 y 31 a 42 del Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación (doc. NU A/61/10, pp. 451 y 461-465). Jerarquías, unas, que responderían a la «lógica de la oponibilidad» (como la que impone el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas) y, otras, que responderían a la «lógica de la validez» (como la que impone el derecho imperativo). Vide sobre este razonamiento *in abstracto* en COMBACAU, J., «Logique de la validité contre logique d'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités», en *Mélanges Virally*, Pedone, París, 1991, pp. 195 y ss.

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». Como la propia Comisión ha aclarado en su comentario a este artículo, «[p]ara 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. Por consiguiente se trata, en lo fundamental, de un problema de interpretación»<sup>71</sup>. En el Proyecto de artículos sobre la protección diplomática<sup>72</sup>, por ejemplo, se plantean ambas posibilidades (confluencia y concurrencia) en los proyectos de artículo 16 y de artículo 17. En el primer caso, relativo a las «Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática», se establece que «[e]l derecho de los Estados, las personas naturales, las personas jurídicas u otras entidades a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito no resultará afectado por el presente proyecto de artículos»<sup>73</sup>. Por su parte, el proyecto de artículo 17, relativo a las «Normas especiales de derecho internacional», establece que «[e]l presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones»<sup>74</sup>.

A veces, meros problemas de *especialización* o de *modulación* de la norma general se confunden con los reales problemas de *excepción* de la norma general a que se refiere el principio de *lex specialis*. El primer caso lo encontramos ejemplificado en la aplicación diversa de los criterios de atribución de responsabilidad por parte del Tribunal penal para la ex Yugoslavia. La cuestión aquí no es tanto si el Tribunal penal se aparta de la «norma general» como ver si el tribunal especializado buscó adecuar la aplicación de la norma general al fin esencial por él perseguido (y endosado por la comunidad internacional a través del Consejo de Seguridad), que no es otro que la evitación de la impunidad. Para la CDI,

<sup>71</sup> Doc. NU A/56/10, p. 396.

<sup>72</sup> *Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos oficiales, 61.ª sesión, suplemento núm. 10*, doc. NU A/61/10, pp. 15 y ss.

<sup>73</sup> En el comentario a dicho proyecto de artículo se señala que «[l]as normas de derecho internacional consuetudinario sobre la protección diplomática y las normas que rigen la protección de los derechos humanos son complementarias. Por lo tanto, el presente proyecto de artículos no tiene por objeto excluir ni dejar sin efecto el derecho de los Estados, el del Estado de la nacionalidad de una persona perjudicada o el de otros Estados, de proteger a esa persona en virtud ya sea del derecho internacional consuetudinario o de un tratado multilateral o bilateral de derechos humanos o de cualquier otro tratado. Tampoco tienen por objeto obstaculizar el derecho de las personas naturales o jurídicas o de otras entidades, que intervienen en la protección de los derechos humanos, a recurrir de conformidad con el derecho internacional a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito» (ibídem, p. 97. Véase asimismo la p. 99 sobre otros derechos individuales fuera del marco de los derechos humanos y las referencias a los asuntos *LaGrand* y *Avena* ante la Corte Internacional de Justicia).

<sup>74</sup> En el comentario a dicho proyecto de artículo se advierte que «[e]l proyecto de artículo 17 indica claramente que el presente proyecto de artículos no se aplica al régimen especial alternativo de protección de los inversores extranjeros establecido en tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones. El texto de la disposición dice que el proyecto de artículos no se aplica «en la medida en que» sea incompatible con las disposiciones de un tratado bilateral sobre inversiones. En la medida en que el proyecto de artículos sea compatible con el tratado de que se trate, continúa aplicándose» (ibídem, p. 101).

«las cuestiones jurídicas y la situación práctica eran en este caso distintas de las que examinó la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Nicaragua*. El mandato del Tribunal versa sobre la responsabilidad penal individual, y no la responsabilidad de los Estados, y la cuestión planteada en el asunto del que se trata no concernía a la responsabilidad sino a las normas aplicables de derecho internacional humanitario. Sea como fuere, hay que apreciar en cada caso si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a éste»<sup>75</sup>.

De igual modo, aún más recientemente, la propia Corte Internacional de Justicia ha tenido ocasión de volver sobre el asunto y recordar que

«[i]l convient d'abord d'observer qu'aucune nécessité logique ne conduit à adopter forcément le même critère pour résoudre les deux questions sus-énoncées, qui sont d'une nature très différente: le degré et la nature de l'implication d'un Etat dans un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un autre Etat, exigé pour que ledit conflit soit qualifié d'international, pourraient fort bien, sans contradiction logique, être différents de ceux qui sont exigés pour que la responsabilité de cet Etat soit engagée à raison de tel acte particulier commis au cours du conflit en cause»; y que «[i]l faut ensuite remarquer que le critère du «contrôle global» présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des Etats bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un Etat n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom»<sup>76</sup>.

Por su parte, un ejemplo de modulación lo encontraríamos, *v. gr.*, en la interpretación de la norma llevada a cabo por los órganos que tienen encomendada la tutela de los derechos humanos. Así, los tratados sobre la protección de tales derechos no siempre han sido interpretados del modo previsto en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969. El valor asignado en ese proceso de interpretación de los tratados de derechos humanos al objeto y fin del tratado o a su efecto útil es mayor que en el resto de tratados donde la estricta y formal interpretación gramatical prima sobre cualquier otra consideración<sup>77</sup>. El hecho de que un órgano de tutela de los derechos humanos entienda sus poderes de modo amplio<sup>78</sup>, incluyendo la facultad peculiar de interpretar

<sup>75</sup> En su comentario al artículo 8 de los artículos sobre la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos (Doc. NU A/56/10, p. 95).

<sup>76</sup> *Application de la Convention...*, *CIJ Recueil 2007*, párs. 405 y 406, respectivamente.

<sup>77</sup> Un caso sintomático puede verse en el asunto *LaGrand* ante la Corte Internacional de Justicia a la hora de analizar el carácter obligatorio de sus medidas provisionales adoptadas ex artículo 41 de su Estatuto [*La Grand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, *arrêt 27 juin 2001*, *CIJ Recueil 2001*, párs. 98-109]. Sólo después de un exhaustivo análisis gramatical del término «indicar», la Corte entendió que dicho precepto debía interpretarse esencialmente en razón de su efecto útil y de la propia función judicial de la Corte. Pueden verse a este respecto mis trabajos «A propos de l'Affaire relative à la convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)...», *RGDIP*, vol. 102, 1998, pp. 615 y ss.; y «El asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia», *REDI*, vol. 54, 2002, pp. 157 y ss.

<sup>78</sup> La excepción en la interpretación de los tratados de derechos humanos deriva del hecho de que, «[à] la différence des traités internationaux de type classique, la Convention [de 1950] déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective"» (*Irlande c. Royaume-Uni*, *arrêt du 18 janvier 1978*, série A, núm. 25, pár. 239). En parecido sentido, vide el Dictamen de la Corte Interamericana de Derechos humanos, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva

autorizadamente la legalidad de las reservas a su tratado constitutivo<sup>79</sup> o el desarrollo de una jurisprudencia particular en defensa de los derechos fundamentales ante un Estado miembro por parte un tribunal, como el de Luxemburgo, inicialmente no diseñado para ello<sup>80</sup>, supone no tanto un alejamiento o quiebra del Derecho internacional general sino la tutela de unos intereses especiales por parte de esos órganos.

Frente a estos dos supuestos de *lex specialis* «aparente», la genuina operatividad del principio de especialidad se da en los casos en los que se excepciona realmente la aplicación de la norma general. El principio de la *lex specialis* debe verse, a mi entender, como una opción adoptada libremente por los Estados en relación a un Derecho internacional cuyas normas, repito, son mayoritariamente dispositivas<sup>81</sup>. La *lex specialis* no es sino una traducción de la máxima generalmente aceptada *lex specialis derogat generalis*, máxima que se aplica tanto a las normas primarias como a las normas secundarias<sup>82</sup>. Como se puso de manifiesto en el seno de la propia CDI al tratar la cuestión, debe tenerse en cuenta que la existencia de un régimen especial a cuyas normas remite la norma *lex specialis*, no supone la no aplicación del Derecho internacional general en aquello que el régimen autónomo no regulará<sup>83</sup>. Cuando no lo hace es porque el régimen autosuficiente prevé meca-

---

OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 2, párr. 29. Precisamente, en relación a la función contenciosa de este Tribunal, puede verse el análisis de la diferente naturaleza de la jurisdicción contenciosa internacional clásica de la Corte Internacional de Justicia, de la de los tribunales de derechos humanos y de la de los tribunales penales internacionales, así como las diferencias en la interpretación de las normas internacionales que aplican cada uno de ellos en CARDONA LLORENS, J., «La función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa a la luz de su jurisprudencia)», en *El sistema Interamericano de Derechos Humanos al alba del siglo XXI* (San José de Costa Rica, 2001), pp. 44 y ss.

<sup>79</sup> Vide por ejemplo el Comentario General núm. 24 del Comité de Derechos humanos [doc. no. 24 (52), CCPR/C/21/Rev.1/Add.6]. Para un análisis más completo, vide recientemente ZIEMELE, I. (ed.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004.

<sup>80</sup> Vide DE WITTE, B., «The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», en ALSTON, PH. (ed.), *The EU and Human Rights*, OUP, Oxford, 1999, pp. 863 y ss.

<sup>81</sup> «The *lex specialis* principle –sostienen Simma y Pulkowski– is the methodological tool in the hand of the jurist to connect a particular regime with general international law in this case» (SIMMA & PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe...*, op. cit. supra núm. 12, p. 510).

<sup>82</sup> De ahí su lógica inclusión en el artículo 55 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados adoptado en 2001. De ahí, también, que tal y como señalara la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Aplicación de la Convención sobre el Genocidio* «[e]n l'absence d'une *lex specialis* expresse, les règles relatives à l'attribution d'un comportement internationalement illicite à un Etat sont indépendantes de la nature de l'acte illicite en question [...] Ainsi se présente aujourd'hui le droit international coutumier en la matière, tel que reflété par les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat» (*Application de la Convention...*, *CIJ Recueil 2007*, párr. 401).

<sup>83</sup> Tal y como concluyó en su informe de 2004 el Grupo de Estudio creado por la CDI en 2002 sobre «La fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», «el derecho internacional general funcionaba de manera omnipresente detrás de las normas y regímenes especiales» (Doc. NU A/CN.4/L.663/Rev. 1, 28 de julio de 2004, p. 8, párr. 16). En el asunto *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública*, el Informe del Grupo especial de la OMC entendió perfectamente el juego de la máxima *lex specialis* al señalar 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. 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» [*Corea-Medidas que afectan a la contratación pública* (WT/DS163/R, 1 de mayo de 2000), párr. 7.96].

nismos específicos que hacen inoperativo o modulan la aplicación, en ese caso, el Derecho internacional general<sup>84</sup>; y ello, de nuevo, por el interés esencial que informa ese régimen. Puede darse el caso, igualmente, que el régimen especial «falle» en sus expectativas<sup>85</sup>.

### 2.2.3 EL PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN

Finalmente, la CDI se refiere al «principio de armonización» como «un principio generalmente aceptado» según el cual, «cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles»<sup>86</sup>. Cabe entenderlo, a tenor de lo señalado por el propio Grupo de Estudio, como un principio proteiforme en el que puede incluirse tanto la labor de colmar lagunas que llevan a cabo las normas del régimen general cuando no hay solución prevista en el régimen especial<sup>87</sup> como la labor de estas mismas normas generales de orientación para la interpretación y la aplicación de la ley especial pertinente, e incluso su aplicación directa en las situaciones no previstas por dicha ley especial<sup>88</sup>. Asimismo, el «principio de armonización» opera «[e]n caso de conflicto entre una de las normas jerárquicamente superiores [...] y otra norma de derecho internacional». En este caso, «esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera. De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior»<sup>89</sup>. También operaría el principio en los casos de conflicto o superposición de tratados de distintos regímenes, que deberían ser cumplidos por los Estados partes en los mismos «en la medida de lo posible mediante transacciones mutuas y de acuerdo con el principio de la armonización»<sup>90</sup>.

Pero junto a estas menciones explícitas al «principio de armonización», cabe entender incluidas en dicho principio otras normas básicas que igualmente pretenden interpretar el derecho de modo «armónico». Aquí, entiendo, entrarían desde la regla

<sup>84</sup> O de otro sector del Derecho internacional del que puedan considerarse *lex specialis*. En su dictamen sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, retomando su jurisprudencia en su dictamen sobre la *Licitud de las armas nucleares (CIJ Recueil 1996, p. 240, párr. 25)*, la Corte tuvo ocasión de señalar que «[e]n cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario» (*CIJ Recueil 2004, párr. 106*).

<sup>85</sup> Según el Grupo de Estudio de la CDI sobre la Fragmentación, «[s]e entenderá que ha habido un fallo del régimen especial cuando las leyes especiales no ofrezcan perspectivas razonables de alcanzar de modo adecuado los objetivos para conseguir los cuales fueron promulgadas. El fallo puede manifestarse, por ejemplo, en el hecho de que las instituciones del régimen no respondan a los objetivos que se les han asignado, de que una o varias de las partes incumplan habitualmente la ley, de que el régimen caiga en desuso o de que se retiren las partes que son indispensables para el régimen, entre otras causas. Sin embargo, el que un régimen haya fallado en este sentido es algo que debe decidirse, sobre todo, mediante la interpretación de sus instrumentos constitutivos. Si se ha producido un fallo, pasa a ser aplicable la ley general correspondiente» (Conclusión núm. 16, doc. NU A/61/10, p. 454).

<sup>86</sup> Conclusión núm. 4 (doc. NU A/61/10, p. 449).

<sup>87</sup> Conclusión núm. 15 (ibídem, p. 453).

<sup>88</sup> Conclusión núm. 9 (ibídem, p. 451).

<sup>89</sup> Conclusión núm. 42 (ibídem, p. 465).

<sup>90</sup> Conclusión núm. 26 (ibídem, p. 459).

de la interpretación teleológica de los tratados (art. 31.1 de la Convención de Viena de 1969), pasando por la obligación de «armonización» de los sentidos de varias versiones lingüísticas de un tratado (ibídem, art. 33.3) o la conciliación de esos sentidos cuando sea imposible dicha «armonización» (ibídem, art. 33.3). Igualmente, cabría incluir la regla del «efecto útil» en la interpretación de los tratados<sup>91</sup>.

### 3. LA UNIDAD SISTÉMICA DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL

#### 3.1 La porosidad del sistema

En todo caso, debemos tener siempre en cuenta la innegable porosidad entre los distintos sectores y el Derecho internacional general y entre los distintos sectores entre sí<sup>92</sup>. Si antes vimos como sus órganos de solución de controversias llevan a cabo una habitual y pacífica referencia a las respectivas jurisprudencias, no debemos olvidar que los propios textos normativos que sostienen cada sistema hacen referencia de manera genérica al Derecho internacional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la hora de aplicar el Convenio de Roma de 1950, no debe olvidar las continuas referencias que dicho texto hace de los principios o normas básicas del «Derecho internacional» (arts. 15 ó 35, y art. 1 del Protocolo núm. 1) o, sobre todo, cuando remite en el artículo 7.2 del Convenio a «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas». El artículo 21.1.b) del Estatuto de la Corte Penal internacional establece que la Corte aplicara –tras el propio Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba– «cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados». El artículo 23 del Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar remite, en cuanto al derecho aplicable, al artículo 293 del Convenio de las Naciones Unidas sobre derecho del mar, cuyo pár. 1 establece que «[l]a corte o tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella». Y el artículo 3.2 del «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias», anexo al Acuerdo por el

<sup>91</sup> Según la Corte Internacional de Justicia, «[l]e principe d'interprétation exprimé par la maxime *ut res magis valeat quam pereat*, principe souvent désigné sous le nom de principe de l'effet utile, ne saurait autoriser [une interprétation du traité] dans un sens qui [...] contredirait sa lettre et son esprit» (*Interprétation des traités de paix (deuxième phase), Avis consultatif, CIJ Recueil 1950*, p. 229 y *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, CIJ Recueil 1966*, p. 48, pár. 91). En la jurisprudencia arbitral, este principio puede verse afirmado en el laudo de 22 de enero de 1926 en el asunto de los *Indios Cayuga c. Estados Unidos*: «Nothing is better settled, as a canon of interpretation in all systems of law, than that a clause must be so interpreted as to give it a meaning rather than so as to deprive it of meaning. We are not asked to cove between possible meanings. We are asked to reject the aparent meaning and to hola that the provision has no meaning» (*Cayuga Indians v. United States (United Kingdom/United States of America)*, R.S.A. vol. VI, p. 184).

<sup>92</sup> Vide por ejemplo MARIÑO MENÉNDEZ, F., «La jurisdicción del TJCE y sus relaciones con la jurisdicción de otros Tribunales Internacionales», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., MORENO CATENA, V. & MOREIRO GONZÁLEZ, C., *Derecho procesal comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 323 y ss.

que se establece la Organización Mundial del Comercio, establece que «[l]os Miembros [de la OMC] reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público»<sup>93</sup>.

Si nos movemos particularmente en el ámbito de las normas secundarias, entre ellas también se establecen «pasarelas», vasos comunicantes que ponen en contacto el derecho de tratados con el de la responsabilidad internacional<sup>94</sup>, éste con el del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales<sup>95</sup> o con el de los derechos humanos<sup>96</sup>, y así sucesivamente. Dos sectores muy particulares entre las normas secundarias –el derecho de tratados y el derecho de la responsabilidad<sup>97</sup>– han ofre-

<sup>93</sup> Con ello se colma una laguna que el Tratado de la OMC no preveía. Vide PAUWELYN, J., «Le règlement des différends au sein de l'OMC. The World Trade Organization», en HUESA VINAIXA, R. & WELLENS, K. (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruselas, 2006, p. 211 y ss., en particular p. 213. Para una visión general de las relaciones entre el derecho de la OMC, el Derecho internacional general y los diversos derechos sectoriales, vide del mismo autor *Conflict of Norms in Public International Law, How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, CUP, Cambridge, 2003; y en la doctrina española ZAPATERO MIGUEL, P., *Derecho del Comercio Global*, Garrigues/Thomson Civitas, Madrid, 2003.

<sup>94</sup> Según el artículo 73 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, «[l]as disposiciones de la presente Convención no prejuzgaran ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados, de la responsabilidad internacional de un Estado o de la ruptura de hostilidades entre Estados».

<sup>95</sup> Según el artículo 59 de los artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (A/RES/56/83), estos artículos «se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas».

<sup>96</sup> Según el artículo 4 del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, aprobado por la CDI en 1996 (doc. NU A/51/10) señala que «[e]l hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del Derecho internacional»; de igual modo, el artículo 25.4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (doc. NU A/CONF.183/9) establece que «[n]ada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional». Y viceversa: según el artículo 58 de los artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (A/RES/56/83), tales artículos «se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado». Es cierto que el tratamiento en uno y otro caso es distinto: el del Código «no prejuzga», el de los artículos sobre la responsabilidad internacional entiende esta «sin perjuicio». Y ello reviste su importancia, como tuvo ocasión de señalar hace algunos años Rosario Huesa Vinaixa (*El derecho de la responsabilidad internacional...*, op. cit. supra núm. 70, pp. 599-601) y se acaba de poner de manifiesto ante la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Aplicación de la Convención sobre el genocidio*. Planteada por Serbia la cuestión de que «la condition *sine qua non* pour établir la responsabilité de l'Etat est qu'ait été préalablement établie, conformément aux règles du droit pénal, la responsabilité d'un auteur individuel pouvant engager la responsabilité de l'Etat», la Corte afirmó que «qu'un Etat peut voir sa responsabilité engagée en vertu de la Convention pour génocide et complicité de génocide, sans qu'un individu ait été reconnu coupable de ce crime ou d'un crime connexe» por cualquiera de las «juridictions appelées à juger des personnes accusées d'infractions pénales» [*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, fond, arrêt 27 février 2007, CIJ Recueil 2007, párs. 180-182].

<sup>97</sup> Vide entre otros WECKEL, Ph., «Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale», *RGDIP*, vol. 102, 1998, pp. 647 y ss.; WEIL, P., «Droit des traités et droit de la responsabilité», en *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en honor de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, pp. 523 y ss.; o SICILIANOS L. A., «The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty», *EJIL*, vol. 4, 1993, pp. 341 y ss.



cido un ámbito de conflicto relativamente pacífico, como pudo comprobarse en el asunto del *Rainbow Warrior*<sup>98</sup> o en el asunto *Gabcíkovo-Nagymaros*<sup>99</sup>. También existe relación entre el derecho diplomático y consular y el derecho de tratados: así, la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares no ocasionaría por sí misma la terminación automática de un tratado (art. 63 del Convenio de Viena de 1969). No tan pacíficas han sido las relaciones entre el derecho de la responsabilidad internacional y el derecho del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales<sup>100</sup>. Si en el primer caso no se ha «donné aux règles du droit des traités une préférence sur celles du droit de la responsabilité»<sup>101</sup>, en el segundo caso, como vimos, los últimos trabajos de la Comisión de derecho internacional (CDI) han resuelto en mantener en el artículo 59 del Proyecto aprobado en 2001 la sumisión del régimen típicamente jurídico de la responsabilidad internacional al régimen típicamente político del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

### 3.2 La ausencia de «régimenes autosuficientes»

De aquí que no quepa hablar en propiedad de auténticos «régimenes autónomos» (*self-contained regimes*)<sup>102</sup>. De un modo u otro, cabe siempre acudir al régimen general, no sólo en el ámbito de los normas secundarias sino, también, en el de las normas primarias; y muy particularmente a los principios básicos de nuestro ordenamiento. Es cierto que se plantean ciertos problemas en la determinación de la norma aplicable cuando existe contradicción, bien vertical (entre la norma general y la norma especial) bien horizontal (entre dos o más normas especiales). En el primer caso entraría

<sup>98</sup> Sentencia arbitral de 30 de abril de 1990, *R.S.A.* vol. XX, pp. 217 y ss. El tribunal arbitral sostuvo entonces que «le droit coutumier des traités et celui sur la responsabilité des États sont tout deux pertinents et applicables en l'espèce» (pár. 73).

<sup>99</sup> *Affaire relative au projet Gabcíkovo-Nagymaros (Hongroie c. Slovaquie)*, *CJ Recueil 1997*, p. 7. La Corte, en este caso, y sin entrar a valorar la pertinencia de uno otro régimen puesto que Hungría había decidido situarse voluntariamente en el de la responsabilidad internacional (p. 39, párr. 48), simplemente recordó que «[c]es deux branches du droit international ont en effet, à l'évidence, des champs d'application distincts. C'est au regard du droit des traités qu'il convient de déterminer si une convention est ou non en vigueur, et si elle a ou non été régulièrement suspendue ou dénoncée. C'est en revanche au regard du droit de la responsabilité des États qu'il y a lieu d'apprécier dans quelle mesure la suspension ou la dénonciation d'une convention qui serait incompatible avec le droit des traités engage la responsabilité de l'État qui y a procédé» (p. 38, párr. 47).

<sup>100</sup> Esta posición la mantuve hace ya tiempo en mi obra *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2000. Vide más recientemente el completo trabajo de FORTEAU, M., *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'Etat*, Pedone, París, 2006.

<sup>101</sup> REUTER, P., *Introduction au droit des traités*, 3.<sup>a</sup> ed. PUF, París, 1995, pp. 170-171.

<sup>102</sup> Según Martti Koskenniemi, «[m]uchos 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 sólo puede determinarse caso por caso, teniendo siempre presente la naturaleza «sistémica» del derecho del que todos forman parte» [Informe de Koskenniemi (2006), párr. 221].

en funcionamiento el principio de la *lex specialis* como técnica de razonamiento jurídico en derecho internacional<sup>103</sup>. Técnica que a veces opera como un sistema de interpretación y otras como una técnica de solución de conflictos<sup>104</sup>.

En los casos de contradicción horizontal, entre dos o más normas especiales de sectores distintos, podrían surgir mayores problemas<sup>105</sup>. Es aquí donde la priorización de un interés podría aparecer de manera problemática, sin poder acudir al principio de la *lex specialis* puesto que cada sector reclamaría su especialidad cuando no su preeminencia. Para los conflictos entre el comercio y el medio ambiente<sup>106</sup>, o entre la seguridad y los derechos humanos<sup>107</sup> se buscaría la solución de la controversia acudiendo a una norma y no a otra. Supondría acudir también, en su caso, a un órgano de solución de controversias o a otro<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> Y en otras (o conjuntamente) la regla *lex posterior*. Vide en la reciente doctrina española LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones de la UCM, Madrid, 2002.

<sup>104</sup> Y, aún así, pueden seguir planteándose problemas que residen, no ya en la norma aplicable sino en el operador jurídico que va aplicar esa norma. Así, por ejemplo, cuando se estaba negociando la Convención UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático (adoptada finalmente el 2 de noviembre de 2001), una de las grandes discusiones planteadas era saber si la Convención era un «desarrollo» de la Convención de Montego Bay de 1982 o si, por el contrario, frente al sector particular del Derecho internacional del mar, la Convención de 2001 residía en el sector del Derecho internacional del patrimonio cultural y, como tal, era una convención más relativa a dicho patrimonio (localizado bajo el agua). Entre la dialéctica del lugar o la dialéctica del objeto, la Convención de 2001 incorporó finalmente varias cláusulas «sin perjuicio» y algunas otras «sin perjuicio». Sobre esta cuestión, puede verse mi monografía *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, en particular sus pp. 295 y ss.

<sup>105</sup> Así, entre el sector del medio ambiente y el del comercio internacional no se comparte, por ejemplo, el principio de precaución, modulado en cada régimen particular. Según el Órgano de Apelación de la OMC, «[l]a condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate entre los académicos, los profesionales del derecho, los órganos normativos y los jueces. Algunos consideran que el principio de cautela se ha cristalizado en un principio general del derecho medioambiental internacional consuetudinario. El hecho de que haya sido aceptado ampliamente por los Miembros como un principio de derecho internacional general o consuetudinario parece menos claro» [*Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* (WT/DS26/AB/R, 16 de enero de 1998), p. 180, pár. 23]. El Órgano de Apelación parece mostrar la «ruta» posible para ello: del Derecho internacional del medio ambiente al Derecho internacional general y, desde allí, al Derecho internacional del comercio.

<sup>106</sup> Algunas veces solventada conjunta y pacíficamente. En el asunto ante el Órgano de apelación de la OMC relativo a la *Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, aquél adoptó una posición integradora y dinámica al señalar que «[l]os términos del pár. g) del artículo XX, «recursos naturales agotables», fueron acuñados realmente hace más de cincuenta años. El intérprete de tratados debe leerlos a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano [...] Desde la perspectiva implícita en el preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*, advertimos que el término genérico «recursos naturales» del pár. g) del artículo XX no es «estático» en su contenido o en sus referencias sino más bien «por definición, evolutivo». Por consiguiente, es oportuno advertir que las modernas convenciones y declaraciones internacionales hacen frecuentes referencias a los recursos naturales incluyendo dentro de los mismos tanto los recursos vivos como los no vivos» [*Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998), párs. 129-130].

<sup>107</sup> Recordemos aquí, por ejemplo, toda la discusión generada alrededor de los límites impuestos por el Derecho internacional de los Derechos humanos en relación con la lucha internacional contra el terrorismo.

<sup>108</sup> Ésta era la situación que se planteaba al tribunal arbitral creado para solventar parte de la diferencia entre Irlanda y el Reino Unido en relación con el *MOX Plant Case*. En un determinado momento del procedimiento, el tribunal arbitral advirtió, de un lado que «there is a real possibility that the European

En definitiva, los diversos sectores interactúan entre sí, solapándose en muchas ocasiones, si bien lo normal es que en razón de su especialización ocupen cada uno su sitio en la regulación de los intereses sociales particulares<sup>109</sup>. Sin embargo, «[o]n pourrait donc aller jusqu'à dire que ce chevauchement normatif se traduit en définitive plus par un enrichissement que par la création de difficultés nouvelles»<sup>110</sup>. Todos los sectores, habitualmente, se referirán al Derecho internacional general bien de modo subsidiario (cuando así se prevea), bien para colmar lagunas o bien para hacer suyas y modular *in casu* la norma general que encontraría así una acomodo pacífico en cada sector. Como entre nosotros ha señalado Oriol Casanovas y La Rosa,

«a pesar de su relativa autonomía estos «régimenes internacionales materiales» no son ordenamientos jurídicos autónomos» sino más bien «una manifestación del pluralismo normativo del Derecho internacional». En todo caso, continúa, la cuestión «es definir las relaciones que se establecen o pueden establecerse entre conjuntos normativos particulares y el Derecho internacional general, como también es importante determinar las relaciones que se establecen entre los distintos tratado y actos que integran un régimen normativo particular»<sup>111</sup>.

Court of Justice may be seised of the question whether the provisions of the Convention on which Ireland relies are matters in relation to which competence has been transferred to the European Community and, indeed, whether the exclusive jurisdiction of the European Court of Justice, with regard to Ireland and the United Kingdom as Member States of the European Community, extends to the interpretation and application of the Convention as such and in its entirety» [*Ireland v. United Kingdom («MOX Plant Case»*), Order núm. 3: Suspension of proceedings on jurisdiction and merits, and request for further provisional measures, párr. 21, disponible en el sitio Internet de la Corte Permanente de Arbitraje en <www.pca-cpa.org>]. Pero, de otro lado, señalaba el tribunal que «[a]lthough it is possible that the Tribunal might conclude from the arguments of the Parties that at least certain provisions of the Convention do not fall within the exclusive jurisdiction and competence of the European Communities in the present case, it World still not be appropriate for the Tribunal to proceed with hearings on the merits in respect of any such provisions» (ibídem, párr. 26). Por ello, concluyó en aquel momento que «[i]n the circumstances, and bearing in mind considerations of mutual respect and comity which should prevail between judicial institutions both of which may be called upon to determine rights and obligations as between two States, the Tribunal considers that it would be inappropriate for it to proceed further with hearing the Parties on the merits of the dispute in the absence of a resolution of the problems referred to. Moreover, a procedure that might result in two conflicting decisions on the same issue would not be helpful to the resolution of the dispute between the Parties» (ibídem, párr. 28). Finalmente, el Tribunal de Justicia de las Comunidad Europeas entendió su competencia exclusiva toda vez que «las disposiciones de la Convención invocadas por Irlanda en la controversia relativa a la fábrica MOX sometida al tribunal arbitral constituyen normas que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia es competente para conocer de las controversias relativas a la interpretación y a la aplicación de dichas disposiciones, así como para apreciar su respeto por un Estado miembro» (sentencia de 20 de mayo de 2006, *Comisión/Irlanda*, asunto C-459/03, párr. 121).

<sup>109</sup> Así, en su dictamen sobre la *Licitud de las armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia recordó que «la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto en lo que se refiere a la aplicación del artículo 4 del Pacto [...]. 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. De ese modo, la cuestión de si una pérdida particular de vidas humanas, debido a la utilización en la guerra de un arma determinada, se debe considerar como privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto sólo puede decidirse por referencia al derecho aplicable a los conflictos armados y no es deducible de las disposiciones del Pacto mismas» (*CIJ Recueil 1996*, párr. 240, párr. 25).

<sup>110</sup> DUPUY, P. M., «Droit des traités, codification et responsabilité internationale», *AFDI*, vol. 43, 1997, p. 26.

<sup>111</sup> CASANOVAS Y LA ROSA, *Unidad y pluralismo...*, op. cit. supra núm. 3, pp. 101 y 102.

Un sistema, en todo caso, debe incluir los procedimientos pacíficos de su propio cambio o adecuación. Ello incluye también la participación de todos los actores del proceso o, al menos, los especialmente interesados. Pero también debe ser evidente en el sistema de aplicación de las normas internacionales<sup>112</sup>. Todo sistema jurídico que se precie también necesita de un sistema coherente de responsabilidad. Éste es el banco de pruebas de todo sistema jurídico. Como señala Pierre-Marie Dupuy, «[l]a responsabilité constitue l'épicentre d'un système juridique»<sup>113</sup>; y Paul Reuter ya reclamó para la responsabilidad la categoría de «inmenso laboratorio»<sup>114</sup>.

### 3.3 La necesidad de la unidad sistémica

Ahora bien, quizá no sea tan importante preservar la *unidad* del orden y sistema como garantizar la coherencia *de* ambos y *entre* ambos. Incluso en ámbitos en los que la responsabilidad aparece a veces difuminada entre las normas primarias y las normas secundarias, como en el derecho internacional del medio ambiente,

«[a] system of secondary rules should be fully integrated into the system of primary rules so that the liability might contribute to achieve the objective of comprehensive environmental protection normally envisaged by the primary rules, or in any event to ensure that liability will provide as much protection as permitted under the obligation set up by the regime»<sup>115</sup>.

Y la misma travesía desde las normas primarias a las secundarias podría hacerse desde éstas hacia aquéllas.

«La nature des droits –advierte Pierre-Marie Dupuy–, la structure des obligations, la définition des sanctions de leur violation, tout y converge et s'entremêle en des rapports logiques et des relations d'étroite interdépendance. Un droit se dit, avoue ses fondements, trahit ses lacunes, démontre son efficacité et son degré d'intégration, à travers son système de responsabilité»<sup>116</sup>.

Con todo lo visto, la pregunta sobre si es necesario o no preservar la unidad del derecho internacional pudiera parecer ociosa<sup>117</sup>. Sin embargo, podemos concluir con

<sup>112</sup> Vide las reflexiones de KOSKENNIEMI, M., «Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?», *BYBIL*, vol. 71, 2001, pp. 337 y ss.

<sup>113</sup> DUPUY, P. M., «Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats», *RdC*, vol. 188, 1984-V, p. 21.

<sup>114</sup> «La vérité –decía el maestro galo en su Curso general en La Haya– est que la matière de la responsabilité tient la place d'un immense laboratoire» (REUTER, P., «Principes de droit international public», 103 *RdC*, vol. 103, 1961-II, p. 596).

<sup>115</sup> F. ORREGO VICUÑA, Informe final sobre el «Medio Ambiente», presentado en la Sesión de Estrasburgo del IDI de 1997, *Annuaire de l'IDI*, vol. 67, 1997, p. 316.

<sup>116</sup> DUPUY, P. M., *Le fait générateur...*, *op. cit. supra* núm. 110, p. 21.

<sup>117</sup> Sin por ello olvidar la testarudez de los hechos. Como recordara hace ya tiempo Carlos Jiménez Piernas, en palabras plenamente actuales después de tanto debate sobre la unidad y fragmentación del sistema jurídico internacional. «somos conscientes de que es difícil en la realidad concebir el ordenamiento internacional como una urdimbre plenamente trabada de conexiones lógicas que compongan un sistema total, aunque existiendo de él conjuntos sistematicos y grupos de instituciones jurídicas que pueden asociarse sistemáticamente. El ordenamiento internacional sólo se limita a dar respuesta a un elenco de

dos argumentos a favor de la unidad de nuestro ordenamiento jurídico. De un lado, todo ordenamiento jurídico que se precie de su predicado debe ofrecer un mínimo de *seguridad jurídica*, que permita ofrecer respuestas parecidas a situaciones análogas. Al menos su estructura normativa básica debe ser mantenida no por un prurito de conservadurismo legal sino más bien como punto de partida desde el que construir respuestas adecuadas. La proyección modificativa de la efectividad adecua el derecho a las nuevas realidades sociales; sobre todo en el momento que éstas se consolidan y no solo cuando aparecen.

De otro, la necesidad de ofrecer un conjunto normativo coherente y ordenado como remedio a una tendencia, acaso menos advertida pero igualmente peligrosa: la *desregulación* que ciertos sectores de nuestro ordenamiento están sufriendo, tanto entre sus normas primarias como entre las secundarias. Demasiadas veces emboscada en los pliegues de la globalización dominante<sup>118</sup>, la desregulación a la que nos referimos implica la paulatina desaparición de la *rule of law*, puesta en duda por determinadas potencias, y su sustitución por la *rule of power* que permite, en cada momento, y en ausencia (cierta o no) de referente normativo alguno, crear un escenario de libertad de acción que nos retrotraería al medio social dibujado por la sentencia del asunto *Lotus*. Como vimos, un renovado unilateralismo se estaría poniendo de manifiesto en la escena internacional. Y ejemplos recientes de ello no nos faltan. En mayor o menor

---

necesidades sociales acogiendo determinados repertorios de conducta, con un sentido eminentemente funcional, lo que favorece su asistematicidad. En otros términos, este ordenamiento no es una obra enteramente racional ni constituye enteramente un *sistema*, pero tampoco puede decirse que sea puramente espontáneo y orgánico, porque posee la coherencia y la compatibilidad internas suficientes para poder así definirlo hechas estas salvedades» (JIMÉNEZ PIERNAS en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de derecho internacional público*, 11.ª ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 85-86).

Para el Relator especial de la CDI sobre la fragmentación, «[e]l 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 ésta 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*» [Informe de Koskenniemi (2006), p. 493].

Por su parte, el que fuera relator especial sobre la responsabilidad internacional de los Estados en la CDI, Willem Riphagen, entendía que «[e]l 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» (Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario de la CDI*, 1982, vol. II, primera parte, p. 32, p. 35).

<sup>118</sup> «One may no doubt ask –nos advierte Pierre-Marie Dupuy– whether there does not at the present exist, according to one particular conception of globalization, a sort of long term strategy consisting in replacing the legal norms and procedures set up after the Second World War by the predominant reign of market forces [...] This means globalization as an undertaking to deregulate the international system, as it were!» (Pierre-Marie DUPUY, «The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law», *EJIL*, VOL. 11, 2000, p. 29).

medida, bien buscando una verdadera desregulación (esto es, la ausencia de normas) o simplemente actuando en solitario a pesar de las normas, los últimos diez años nos ofrecen unos cuantos ejemplos.

A ello cabría añadir, frente al temor de diversificación jurisprudencial ofrecida por la multiplicación de instancias judiciales internacionales<sup>119</sup>, que un frente no «controlado» de fragmentación y, en muchos casos, incorrecta aplicación del Derecho internacional lo encontramos en los tribunales nacionales cuando aplican normas del ordenamiento jurídico internacional domésticamente. Como ya sugirió Sir Robert Jennings en 1994 ante el IDI,

«international lawyers remembering the *Brazilian Loans* case, still somewhat absurdly think of municipal law as a question of «fact» and nothing more, even though its content may often be intended to apply and enforce rules of international law»<sup>120</sup>.

Posiblemente, una mayor y mejor formación de las instancias judiciales internas e, incluso, un mayor diálogo entre jueces nacionales de diversos Estados<sup>121</sup>, podrían acaso evitar riesgos de fragmentación en la aplicación del Derecho internacional actual<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> Que en cierto modo, hasta ahora, esta diversificación jurisprudencial no ha respondido a las previsiones de parte de la doctrina. Las expectativas pueden no obstante forzar a la adopción de medidas de corrección con las que mantener la unidad y cohesión de nuestro ordenamiento (vide *supra* núm. 23). Para ello, todas las miradas se han dirigido al Tribunal Internacional de Justicia como garante último del derecho internacional, como «candidat naturel pour jouer un rôle uniformateur» en la aplicación del derecho internacional (CONDORELLI, L., «La Cour internationale de Justice: 50 ans et (pour l'heure) pas une ride», *EJIL*, vol. 6, 1995, p. 397). Antes de que se estableciera la Corte de La Haya, la principal razón esgrimida a favor de un tribunal *permanente* frente a los habituales tribunales *ad hoc* era que sólo la permanencia de una instancia judicial podría cumplir completa y consistentemente la labor del desarrollo homogéneo del derecho internacional, a la vez que se respondería tangiblemente a la idea de *la paz por el derecho*. En la actualidad, y como si de un tribunal supremo se tratara, al Tribunal Internacional de Justicia se le reclama a veces que ejerza labores de *judicial review* para las que, ciertamente, no está hoy preparado, ni normativa ni políticamente.

<sup>120</sup> *Annuaire de l'IDI*, 1994, vol. 65-II, p. 281. En cualquier caso, esta afirmación –genéricamente evocadora de los problemas relativos a la relevancia posible de actos internos en la escena internacional– debe tomarse con cautela. Un ejemplo de sus límites lo encontramos en la reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a las *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* en el que, evaluando la incidencia internacional de un Decreto-ley ruandés que eliminaba las reservas al artículo IX de la Convención sobre el genocidio, estimó que «la question de la validité et de la portée de ce décret dans l'ordre juridique interne rwandais est différente de celle de sa portée dans l'ordre juridique international. Il convient en effet de distinguer clairement entre la décision prise dans l'ordre juridique interne d'un Etat de retirer une réserve à un traité et la mise en oeuvre de cette décision dans l'ordre juridique international par les autorités nationales compétentes, qui ne peut s'opérer que par la notification du retrait de ladite réserve aux autres Etats parties au traité concerné. C'est une règle du droit international, dérivée du principe de sécurité juridique et bien établie dans la pratique, que, sauf convention contraire, le retrait par un Etat contractant d'une réserve à un traité multilatéral ne prend effet à l'égard des autres Etats contractants que lorsque ceux-ci en ont reçu notification» (*CIJ Recueil 2006*, pár. 41).

<sup>121</sup> Vide a este respecto SLAUGHTER, A. M., «A Global Community of Courts», *Harvard ILJ*, vol. 44, 2003, pp. 191 y ss. Por su parte, la *American Society of International Law* y la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard están promoviendo desde diciembre de 2006 un «Transnacional Judicial Dialogue», cuyo sitio Internet puede visitarse en <[www.asil.org/judicial/transnational/](http://www.asil.org/judicial/transnational/)>.

<sup>122</sup> Vide BENVENISTI, E., «Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International's Resolution on "The Activities of National Courts and the International Relations of their State"», *EJIL*, vol. 5, 1994, pp. 423 y ss. Son significativas las frases conclusivas de este trabajo cuando señalan que «the invitation to judges to join in the process of international lawmaking should take into consideration the judges' sensitive position within the State apparatus. One should not expect judges to divorce themselves entirely from internal power struggles and public opinion» (ibídem, p. 439). De aquí también

## CONCLUSIÓN

El debate sobre la fragmentación del Derecho internacional en cierto modo parece plantearse no tanto como posibles temores sobre cómo explicar mejor la escena internacional y su ordenamiento jurídico que como un miedo a nuevas normas (y las instituciones que ellas crean) que traducen nuevos intereses en presencia que, acaso, difieren de los intereses generales representados en el Derecho internacional general. El deseo de unidad del Derecho internacional se enfrenta a veces, no tanto a normas particulares excepcionando la aplicación del Derecho internacional general sino a normas especiales para intereses novedosos de la escena internacional. Innovación y especialización son así el trazo predominante en esas normas<sup>123</sup>. No debiera debatirse tanto, pues, el carácter o posición normativa de las nuevas normas. En palabras de Martti Koskeniemi,

«[a]un 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 sobre el Derecho de los Tratados, 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» «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»<sup>124</sup>.

Acaso debiera discutirse más la adecuación de la norma (y las instituciones que ellas crean) al fin social perseguido por cada una de ellas<sup>125</sup>. Aún así, se sigue suscitando la duda entre simple diversidad o arriesgada cacofonía jurídica; entre fragmentación de un cuerpo normativo antes homogéneo o especialidad en razón de nuevas necesidades; se debate, si se me permite la licencia explicativa, entre una especie de «derecho archipelágico» o meros «archipiélagos del derecho»...

no sólo la formación sino el talante de los jueces. Al menos, en nuestro Tribunal Constitucional hemos tenido grandes iusinternacionalistas.

<sup>123</sup> Como se señala en el Informe del Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación, «[e]s una conocida paradoja de la mundialización que, aunque ha dado lugar a una uniformización cada vez mayor de la vida social en todo el mundo, ha conducido también a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas especializadas y relativamente autónomas de estructura y acción social» (doc. NU A/61/10, pp. 444).

<sup>124</sup> Informe de Koskeniemi (2006), pág. 492.

<sup>125</sup> Fue sintomático a este respecto el debate en el seno de la CDI en su sesión de 2003. Vide particularmente el doc. NU A/58/10, pp. 270-271, § 419.

## ABSTRACT

## ON THE SYSTEMIC UNITY OF INTERNATIONAL LAW

The sectoralisation of current International Law in different «sub-systems» is leading to a diversification in the application and interpretation of international norms. This has raised doubts on the unity of international law. The ILC has answered to these concerns by creating a Study Group on the «Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law». The Group issued its report in 2006 and it highlighted the maintenance of unity in general international law.

The unity or possible fragmentation of international law is caused by its sectoralisation in different special regimes, which support autonomous secondary norms whose goal is to create, module, interpret and enforce their also autonomous primary norms. Case law in some of these special regimes seems to play in favour of this approach and situates them outside of general international law.

This paper argues that the normative outcome of the possible functional fragmentation implies a relative fragmentation of current international law. But it does not imply, as some have too rapidly maintained, the appearance of self-contained regimes. The sociological differentiation of a regime does not hinder its compatibility with general international law. It can, however, make its application subsidiary in specific sectors, especially in relation to secondary norms. This would lead to a specialisation of the law.

It is this feature of specificity –specialisation and not rupture– that has to be highlighted when dealing with the sectoralisation of international law. This sectoralisation differs depending on its level of autonomy and on the relationship with other sectors. International law is not a legal system that can be separated from the will of those who established it. Its speciality stems from the objective of looking for more efficient norms, closer to the regulated goal. The unity and the stability of current international law depend on the success of a coherent interpretation and application of the law. To achieve this goal the fundamental question is to rely on two groups of secondary norms that guarantee this unity: the law of treaties and the law of state responsibility.

## RÉSUMÉ

## AUTOUR DE L'UNITÉ SYSTÉMIQUE DU DROIT INTERNATIONAL

La «sectorialisation» actuelle du droit international dans différents «sous-systèmes» est à l'origine d'une diversification de l'application et de l'interprétation des normes internationales. Ceci a provoqué certaines hésitations par rapport au maintien de l'unité du droit international. La CDI en a pris bonne note, et elle a répondu à de tels doutes en créant un Groupe d'Etudes sur la «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», dont le rapport définitif de 2006 a souligné le maintien de l'unité de l'ordre juridique international général.

L'unité ou la possible fragmentation actuelle du droit international provient de la «sectorialisation» du même en différents régimes spéciaux qui revendiquent chacun leur propre ensemble de normes secondaires afin de créer, moduler, interpréter et appliquer leurs propres normes primaires. Certaines décisions jurisprudentielles sectorielles semblent d'ailleurs défendre leur champ d'application particulier, en le plaçant au-delà ou sur un autre plan que le droit international général.

La thèse défendue dans ce travail est que le résultat normatif de la possible fragmentation fonctionnelle implique une sectorialisation relative du droit international actuel, sans affirmer pour autant, ce qui serait sans doute trop hâtif, qu'il existerait des régimes se suffisant à lui-même (*self-contained regimes*). La différenciation sociologique d'un régime n'empêche pas sa compatibilité avec le droit international général; de tels régimes ne peuvent qu'avoir une applicabilité subsidiaire dans certains domaines fonctionnels, en particulier au niveau des normes secondaires, en recherchant une spécialisation de la réglementation juridique.

C'est précisément ce point de spécificité –de spécialisation et non pas de rupture– qu'il convient de souligner lorsque l'on se réfère à la sectorialisation du droit international. Cette sectorialisation apparaît avec différents visages en ce qui concerne son degré d'autonomie et de relation entre secteurs. Le droit international n'est certainement pas un corps juridique qui serait séparé de la volonté de ceux qui l'ont créé.

Sa spécialisation est le résultat de la recherche de normes plus efficaces et plus proches de l'objet réglementé. L'unité et la stabilité de l'ordre juridique international dépendent du succès dans l'interprétation et l'application cohérente du droit. Pour cela, le recours à deux ensemble de normes générales secondaires qui garantiront cette unité devient indispensable: le droit des traités et le droit de la responsabilité internationale des Etats.