

**FRAGMENTACION DEL DERECHO INTERNACIONAL.
APLICACIÓN Y EFECTOS**

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI*

* Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. República Argentina. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Presidente del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional. Miembro Fundador de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Sumario. 1. Introducción. 2. Normas generales y particulares. Contenido. 3. Normas dispositivas e imperativas. 4. Jerarquía normativa. 5. La jerarquía y el principio de armonización. 6. Aplicación del derecho internacional. 7. Fragmentación. Aplicación y efectos. 8. Interpretación. 9. Conclusiones a modo de interrogantes. 10. La fragmentación del derecho y las organizaciones regionales. 11. El derecho internacional universal y el derecho americano.

1. Introducción

Tanto la mundialización como el regionalismo son un reflejo de la voluntad de los Estados de encontrar en el nivel regional mejores respuestas a las limitaciones de su soberanía que implica el fortalecimiento del cuerpo universal. Se ha calificado el fenómeno de la mundialización también como “universalismo” o “globalización”; ¿Cuál es el significado de estos términos? ¿Son sinónimos? Los dos primeros conceptos (mundialización y universalismo) son más clásicos; significaban o significan aquellos sucesos o normas jurídicas que ocurren o se aplican, respectivamente, en toda comunidad internacional. En cambio la noción de “globalización” (especialmente común en la doctrina anglosajona) es relativamente reciente: parece ser, desde alguna óptica, un producto del vocabulario que se encuentra “de moda”, para llamar o sustituir los otros dos términos. Parte de la doctrina considera que los conceptos de “mundialización” y “globalización” se consideran como sinónimos, pero representan situaciones diferentes. El primero estaría referido con un sentido geográfico, mientras que la globalización se vincula con un aspecto material, en el sentido de que el proceso de interdependencia alcanzaría prácticamente a todos los ámbitos de la actividad humana, fundamentalmente al económico, que consiste en la creciente integración de las distintas economías nacionales en una única economía de mercado mundial. Su definición y apreciación puede variar según el interlocutor. Algunas veces se la relaciona como producto de los organismos internacionales como OMC, FMI o BM; ello no invalida que la globalización sea un proceso autónomo, espontáneo, ajeno a la dirección de tales organismos, que depende más bien del crecimiento económico, el avance tecnológico y la conectividad humana.

“Sin embargo, cuando se utilizan estos términos (mundialización-globalización) se hace de tal manera *“que cada uno de ellos parece comprender tanto la dimensión geográfica como la material”*¹. En este estudio, nosotros nos referiremos a los términos “universalismo – regionalismo” desde el punto de vista estrictamente jurídico, considerando las normas del Derecho Internacional general

¹ Salinas Alcega, Sergio- Tirado Robles, Carmen. “Adaptabilidad y fragmentación del derecho internacional: la crisis de la sectorialización”. Real Instituto de Estudios Europeos. Zaragoza (España). 1999.

con las del Derecho Internacional particular (cualquiera sea su procedencia), normas estas últimas que, como veremos, han dado lugar al problema de la fragmentación o sectorialización del Derecho Internacional. A estos conceptos, parecidos o análogos entre sí, se hace necesario compatibilizarlos con los de interdependencia (económica, política, cultural, ecológica, etc) y regionalismo. Algunos sostienen que la creciente interdependencia entre los actores internacionales ha llevado a lo que se conoce o denomina como “mundialización”, concepto que si bien es vago o ambiguo, patentiza una realidad que no hay que soslayar, sino por el contrario analizar y, en su caso, regular. “Mundialización” o “universalismo” parecen ser contradictorios con el “regionalismo”.

El concepto de regionalismo se construye sobre la solidaridad política (OTAN), geográfica (OEA), por el ámbito espacial (OEA) o por la materia (Derecho del Mar, del Medio Ambiente, etc.). Si el regionalismo existe, es porque responde a las necesidades que no son satisfechas por el orden jurídico universal; esto significa que los Estados estiman que los beneficios del regionalismo superan a sus inconvenientes. El desarrollo del regionalismo se ha visto favorecido por la acción de las organizaciones regionales de carácter restringido, “...favoreciendo la solución de problemas regionales..., que si bien no son contrarias a los principios y normas generales,...presentan ciertas peculiaridades que derivan de los valores propios de cada región”².

Este fenómeno de la “mundialización-internacionalización” influye sobre el Derecho Internacional general, ya que “la universalidad de las reglas comunes entraña igualmente la especialización de ramas del Derecho internacional y la autonomía relativa de sistemas jurídicos especiales concebidos en función de características propias de los ámbitos que regulan”³.

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

² Salinas, op. cit.

³ Dupuy, P.M., “*Sur le maintien ou la disparition de l’unité de l’ordre juridique international* » en BEN ACHOUR et LAGHMANI- *Harmonie y contradictions en droit international*. Pedone. París. 1996. citado por Salinas Alcega, ob. cit..

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

fundamentalmente, en el campo de la cooperación internacional y, su correlato, la institucionalización de la comunidad. La función de cooperación da nacimiento a nuevas ramas jurídicas como el Derecho del Desarrollo, el Derecho Económico Internacional, el Derecho del Medio Ambiente, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional de los derechos humanos, etc., que determinan el surgimiento de nuevos conceptos de contenido jurídico.

En el proceso-función de cooperación y desarrollo, juegan un papel significativo las organizaciones internacionales, consideradas el paso necesario en la institucionalización de la comunidad internacional. Sobre este tema es interesante destacar que las 2/3 partes de las organizaciones internacionales son regionales. Toda organización internacional regional significa, al igual que el sistema interamericano, un organismo regional complejo, con metas específicas, pero compatibles con aquellas de la Carta de la ONU, compatibilidad que en muchos casos se hace difícil discernir. Por otra parte, el hecho de que dichas organizaciones posean y produzcan un sistema jurídico propio y sean heterogéneas, trae aparejado el riesgo de la incoherencia de sus normas entre sí y con respecto al Derecho Internacional general. Esta regionalización ha provocado la expansión del Derecho Internacional, no solo en el sentido material, sino también con la aparición de nuevos sujetos internacionales y la modificación en el proceso de elaboración de las normas internacionales, una de cuyas consecuencias es la fragmentación o sectorialización del ordenamiento jurídico internacional, con el riesgo latente sobre la unidad y eficacia del Derecho Internacional general. En efecto, si bien los Estados son libres de elegir las fuentes formales del Derecho, ello origina que la comunidad internacional quede debilitada estructuralmente por la dificultad que se le presenta para articular soluciones al choque producto del enfrentamiento entre la globalización/universalismo y el regionalismo.

2. Normas generales y particulares. Contenido

Una de las peculiaridades de este ordenamiento jurídico es la coexistencia de un Derecho Internacional común o general con ordenamientos internacionales particulares, parciales o especiales, que cuantitativamente, son muy superiores a las generales. Se denomina Derecho Internacional general al conjunto de normas y principios jurídicos que son válidos para todos los sujetos de la comunidad internacional,⁴ mientras que la denominación de Derecho Internacional particular queda reservada para aquellas normas jurídicas que obligan sólo a cierto número de Estados o sujetos internacionales, es decir, que no tiene validez universal. Como la mayor parte del Derecho Internacional es de naturaleza dispositiva (sin perjuicio de las excepciones en materia de normas imperativas y de otros casos de inderogabilidad), los acuerdos especiales o particulares pueden dejarlo sin efecto,

⁴ Normas básicas en materia de fuentes, subjetividad, representación, responsabilidad, y reglas que establecen los principios fundamentales del Derecho Internacional.

o bien, es posible y admisible jurídicamente, apartarse del Derecho general. Siendo el tratado una fuente primordial de Derecho Internacional, tanto los convenios bilaterales como los multilaterales pueden crear este Derecho particular para regir sus mutuas relaciones.⁵ Se trata de normas convencionales, pero también existen normas particulares de Derecho Internacional consuetudinario. Así, las normas que sólo obligan a dos o más Estados constituyen el llamado Derecho Internacional “particular”⁶. Pero una norma puede ser especial o particular, no sólo en relación al número de Estados a los que se aplica, sino también por la extensión y contenido de la materia que trata⁷.

A través del Derecho Internacional particular se va ampliando el Derecho Internacional general, provocando su diversificación y expansión, lo que ha suscitado lo que se denomina el proceso de fragmentación del Derecho Internacional⁸. El Derecho Internacional particular presupone el Derecho Internacional “común” o “general”. La existencia de un Derecho Internacional particular no significa que las normas que lo integran se encuentren aisladas del Derecho Internacional general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores a ellos y que son de aplicación supletoria. El Derecho Internacional general siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

3. Normas dispositivas e imperativas

La evolución del Derecho Internacional tendiente a su universalización ha logrado imponerse a una concepción radicalmente voluntarista, conforme a la cual el Derecho Internacional era sólo el resultado de un simple acuerdo de voluntades y, por ello, la existencia de normas no vinculadas exclusivamente al consentimiento era inadmisibles.

En la actualidad, conforme a la estructura clásicamente interestatal de la “sociedad internacional”, los Estados disponen de un gran margen de libertad de elección en materia de creación de normas. Esta misma libertad de elección de fuentes para la creación del Derecho de los Estados también los autoriza a

⁵ Derecho de las organizaciones internacionales, Derecho Comunitario.

⁶ Ciertas normas particulares, al ser desarrolladas y aceptadas por todos los Estados de una región geográfica, han sido denominadas normas jurídicas regionales, como el caso del denominado “Derecho Internacional americano”. Una norma regional es una norma del Derecho Internacional cuyo ámbito de aplicación queda limitado a las relaciones entre los sujetos de un área geográfica determinada.

⁷ Normas específicas referidas a los derechos de la persona humana, Derecho Humanitario, Derecho del Desarrollo, Derecho del Mar y Fluvial, Derecho Espacial, Derecho del Medio Ambiente, etc.

⁸ Existen tres clases de fragmentación: a) la derivada de interpretaciones antagónicas del Derecho general; b) la resultante de la aparición de un Derecho especial como excepción al Derecho general; y c) la dimanante de un conflicto entre diferentes tipos de Derecho especial.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

autolimitarse, generalmente, por un instrumento convencional. En virtud de este mismo principio, los Estados pueden abstenerse de recurrir a una fuente de Derecho Internacional general, en beneficio exclusivo de una fuente de Derecho Internacional regional, pero siempre les será posible recuperar su libertad de elección (por revisión o enmienda de un tratado anterior), salvo en algunas materias donde existen limitaciones a esta libertad de elección de los medios, como por ejemplo en lo referido a la obligación de mantenimiento de la paz. En efecto, sobre este particular existen restricciones a esa libertad de elección: la primacía, en virtud del Derecho Internacional general, en favor de las disposiciones de la Carta de la ONU sobre el particular, que se reflejan en las normas sobre la materia insertas en la estructura jurídica de las organizaciones regionales⁹. Las diferentes conductas políticas, principalmente en lo que concierne a las sanciones colectivas, se apoyan frecuentemente sobre una combinación de fuentes universales y regionales. También en materia de violaciones de derechos humanos y del Derecho Humanitario en los conflictos armados existen competencias “concurrentes” entre tribunales “universales” y “regionales”. Igualmente, convenciones que establecen jurisdicciones internacionales “regionales” otorgan a los Estados cierta libertad de elección de las fuentes aplicables, permitiéndoles privilegiar las fuentes que corresponden a su propio orden jurídico estatal.

La evolución y transformación del Derecho Internacional ha producido el paso de un Derecho exclusivamente relacional y dispositivo a un sistema jurídico prioritariamente comunitario e imperativo¹⁰. Esta dicotomía normativa, entre normas dispositivas y normas imperativas, está basada en el objeto regulado por la norma, ya sea consuetudinaria o convencional: la limitación de la voluntad de los Estados está centrada en el aspecto fundamental de la licitud del objeto regulado. En la actualidad, se encuentra admitido que el Derecho Internacional no es estrictamente dispositivo, ya que se reconoce la existencia de un conjunto de normas que excluyen toda posibilidad de modificación o derogación por parte de los Estados, a las que se denomina normas imperativas o de *jus cogens*. Estas normas limitativas de la soberanía estatal responden a y se justifican porque protegen intereses generales y esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, significando la subordinación de los intereses particulares de los Estados a los intereses fundamentales de la comunidad internacional. La existencia de normas imperativas de Derecho Internacional Público hoy no se discute. Lo que todavía es motivo de análisis son los problemas derivados en cuanto a su origen (clarificación en cuanto se trate de un principio o norma consuetudinaria), determinación (ausencia de un mecanismo formal que determine objetivamente las normas imperativas o bien que determine que una norma de Derecho Internacional general haya alcanzado la categoría de

⁹ La cuestión ha sido objeto de controversias (por ej., la posición de la CIJ en el diferendo Nicaragua/EEUU (ONU OEA)), en los años 80, o el caso de Kosovo (ONU-OTAN).

¹⁰ González Campos J. Sánchez Rodríguez, L. Sáenz de Santa María P. Curso de Derecho Internacional Público, Civitas, 2003.

imperativa) y aplicación (carencia de un órgano decisorio para establecer una jerarquía de fuentes y de normas en Derecho Internacional).

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

Esta clase de normas presentan los siguientes caracteres: 1) constituyen un orden público internacional; 2) son de Derecho Internacional general y por ende son universales¹¹; 3) protegen el interés común (el bien común universal) de la comunidad internacional; 4) constituyen Derecho coactivo, perentorio, imperativo; 5) sancionan con nulidad a toda norma derogatoria; 6) son supremas (en cuanto a la categoría de normas); 7) introducen una seria limitación a la autonomía de la voluntad de los Estados; y 8) son modificables¹².

Las normas imperativas son generadas por los principios del Derecho y la costumbre internacional. Es difícil admitir que una norma de esta naturaleza pueda ser creada por vía convencional, ya que se tendrían que poner de acuerdo todos los Estados del mundo en la celebración y aprobación de un tratado que la contenga¹³. Consecuencia de esto es que los actos particulares de los Estados, en

¹¹ La nota de la generalidad impuesta por la propia redacción (norma de Derecho Internacional general), significa que estas normas son necesariamente generales (nunca particulares) pero dentro de éstas se distinguen por su carácter de inderogabilidad (admisibles sólo por otra norma ulterior de igual naturaleza). Por otra parte, el dispositivo no exige la unanimidad en cuanto a su formación, pero sí que sean aceptadas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, vinculando, una vez reconocidas como tales, a la totalidad de los miembros de la comunidad internacional.

¹² La posibilidad de modificación surge también de su propia definición, ya que la norma imperativa puede ser modificada por el transcurso del tiempo, por otra norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

¹³ Para algunos autores y de acuerdo con la posición de ciertos Estados cuando se discutió sobre este tema, las disposiciones de la Carta de San Francisco constituirían normas de *ius cogens*. Tunkin, coincidente con su concepción general del Derecho Internacional, sostiene que las normas imperativas nacen del Derecho convencional. Acorde con esta postura la Unión Soviética sostuvo la importancia preponderante de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas como fuente del *ius cogens*. A juicio de

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

cualquier forma que se expresen, no pueden crear normas imperativas, ya que de aceptarse esta postura, no sólo iría en contra del mismo concepto y naturaleza de la norma imperativa, sino que también podría constituirse en un pretexto de incumplimiento de un tratado o atacarlo de nulidad, lo que violaría abiertamente el principio de *pacta sunt servanda* ¹⁴.

En cuanto a la jerarquía de las fuentes, esta clase de normas está en el escalón más alto¹⁵ e implícitamente incorporada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte, ya sea por la vía de los principios generales o por la costumbre. El *ius cogens* se halla en la cúspide de las fuentes normativas, tanto por su carácter inderogable (en tiempo de paz como de guerra), como por su contenido. No le es oponible al *ius cogens* la regla del objetor persistente (como en las normas de Derecho Internacional general consuetudinario). Tiene su fundamento en la calidad del bien protegido¹⁶. Más difícil es precisar la determinación de las normas imperativas, ya que su definición se limita a establecer el concepto como “*normas reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional de estados en su conjunto*”, pero sin especificar cuáles son tales normas. También la propia definición nos conduce al camino a seguir a esos fines: la práctica de los Estados, el reconocimiento por las organizaciones internacionales (especialmente la ONU) y la jurisprudencia internacional. En este sentido se puede afirmar que, sin constituir una enumeración taxativa, son consideradas normas imperativas aquellas que condenan el genocidio, la violación del denominado núcleo duro de los derechos humanos (derecho a la vida, esclavitud, trata de blancas, *apartheid*, agresión, etc.), la salvaguardia y protección del medio ambiente, como la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, la prohibición del uso de la fuerza, etc.

Por último, es necesario precisar las diferencias en cuanto a la legitimación para invocar y reclamar por una infracción a normas dispositivas o imperativas. En las primeras, sólo lo puede hacer el Estado lesionado (víctima de la infracción); mientras que en relación a las segundas, su cumplimiento es exigible

la representación australiana, el artículo 75 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados destaca el carácter *supercogens* de la Carta.

¹⁴ Las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 no admiten tal posibilidad.

¹⁵ Las normas de *ius cogens* ocupan el primer lugar en el ordenamiento jurídico internacional en tanto y en cuanto, quiebran el carácter eminentemente dispositivo de las normas internacionales, condicionando y limitando todo proceso de creación del Derecho Internacional.

¹⁶ Violaciones graves a normas jurídicas internacionales como el genocidio o la agresión constituyen normas de *jus cogens* aceptadas universalmente, como también los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la esclavitud, etc. Cualquiera de estas acciones violatorias del Derecho Internacional “*conlleva a la destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales de la comunidad internacional*” (Zlata Drnas de Clement. Las Normas Imperativas de Derecho Internacional General. Dimensión sustancial, en Estudios de Derecho Internacional (Homenaje al Prof. Ernesto Rey Caro. Ed. Lerner. Córdoba. Argentina. 2002)).

por cualquier Estado de la comunidad internacional, aunque no sea el directamente perjudicado¹⁷.

4. Jerarquía normativa

Si bien los Estados por motivos de eficacia, conveniencia u oportunidad política, son libres en cuanto a la elección de una determinada fuente formal de Derecho Internacional, es preciso tener en cuenta que existe una aceptación cada vez más generalizada de la primacía de la norma internacional sobre la norma interna de los Estados y, también, la posibilidad de la aplicación directa de las normas internacionales en el orden interno. Pero sin duda, existe un amplio margen de apreciación que los Estados tienen en la aplicación de las normas internacionales, que los lleva a privilegiar en el caso concreto una determinada fuente del Derecho. Sin embargo, como veremos, esta libertad de elección de la fuente debe compatibilizarse con el riesgo indudable que tal elección y aplicación puede conducir a un conflicto de normas. En efecto, en virtud del principio del efecto relativo de los tratados y de las ambigüedades en cuanto a la oponibilidad de las costumbres internacionales, un conflicto de normas puede revelarse a través de fuentes de naturaleza similar. Concentraremos nuestro análisis entre universalismo y regionalismo en el conflicto potencial entre fuentes de Derecho Internacional general y fuentes de Derecho Internacional particular.

Si bien no existe una relación jerárquica entre las principales fuentes de Derecho Internacional enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (tratados, costumbre y principios generales del derecho), algunas normas de Derecho Internacional son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional. En algunas materias se refleja este concepto de la jerarquía de las normas en el Derecho Internacional universal; por ejemplo, en el tema atinente al mantenimiento de la paz, en donde encontramos una solución normativa derivada de disposiciones expresas de la Carta de San Francisco. No sólo la cuestión radica en la importancia jerárquica de la norma, sino también en cuanto al órgano encargado de aplicarla¹⁸. También en otros sectores observamos la existencia de una jerarquía de normas derivada de la naturaleza de las mismas, que muchas veces conlleva a que materias análogas se encuentren regidas por normas universales y regionales. Esta ampliación progresiva de las zonas de

¹⁷ Esta nota referente a la invocación de la responsabilidad se da no solamente en relación a las normas imperativas, sino también en referencia a la violación de las obligaciones internacionales denominadas *erga omnes*, que son obligaciones que tienen los Estados en relación a la protección de intereses fundamentales de la comunidad internacional. Si bien todas las obligaciones que contienen normas imperativas son *erga omnes*, no todas las obligaciones *erga omnes* constituyen normas imperativas.

¹⁸ Es el caso concreto de la ONU, el Consejo de Seguridad, aún con la limitación derivada del derecho de veto que tienen los miembros permanentes.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

superposición entre universalismo y regionalismo¹⁹ hace necesario, quizás, el reforzamiento de las normas universales.

Una norma de Derecho Internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de Derecho Internacional (*jus cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena), es decir, toda norma "*aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario*". Otras normas también pueden tener el carácter de *jus cogens* en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.

Una norma de Derecho Internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de una disposición de un tratado. Así ocurre con el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual: "*En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta*". El ámbito de aplicación del artículo 103 comprende no sólo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad. Teniendo en cuenta el carácter de algunas disposiciones de la Carta, el carácter constitucional de la Carta y la práctica establecida de los Estados y de los órganos de las Naciones Unidas, las obligaciones de la Carta pueden prevalecer también sobre las normas del Derecho Internacional consuetudinario que sean incompatibles con ellas. También se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus propósitos y principios y su aceptación universal.

Algunas normas gozan de un rango especial a causa de su ámbito de aplicación universal. Así ocurre con las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas normas son aplicables a todos los Estados y se puede considerar que todos

¹⁹ En materias como derechos humanos el Derecho universal está debilitado por la diversidad de concepciones políticas, religiosas y sociales de las civilizaciones contemporáneas; en el caso del medio ambiente, el universalismo está atenuado por la ausencia de una estrategia coherente y por la naturaleza de la generalidad de sus normas (*soft law*); en comercio internacional es quizás donde más se patentiza el enfrentamiento de las normas generales con las integraciones económicas regionales. En materia económica, la interdependencia se manifiesta más nítidamente: la "globalización" de la economía mundial ha conducido a multiplicar los mecanismos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales interestatales. Esto produce que exista una superposición de normas tanto universales como regionales, que ocasiona un enfrentamiento entre instancias jurisdiccionales internacionales y regionales, generando un conflicto de jurisprudencias disímiles frente a casos análogos.

los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos de que se trata: "... debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, y las surgidas respecto de otro Estado en la esfera de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*"²⁰. Una obligación *erga omnes* es "[u]na obligación, establecida por el derecho internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas"²¹. Todo Estado puede invocar la responsabilidad del Estado que vulnere esas normas²². El concepto de obligaciones *erga omnes* se ha utilizado también para referirse a las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con todos los demás Estados Partes (obligaciones *erga omnes partes*) o para con Estados no partes en cuanto terceros beneficiarios. Además, las cuestiones relativas al régimen jurídico de territorios se han tratado a menudo en términos *erga omnes*, refiriéndose a su oponibilidad a todos los Estados. Así, se ha dicho que los tratados sobre fronteras y territorios representan una realidad jurídica que necesariamente afecta a terceros Estados, porque tienen efecto *erga omnes*.

Se reconoce que, mientras que todas las obligaciones establecidas por normas de *jus cogens* tienen también el carácter de obligaciones *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto. Según la Corte Internacional de Justicia, "[e]sas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han entrado en el cuerpo del derecho internacional general [...] otros los confieren instrumentos

²⁰ CIJ. Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase), I.C.J. Reports 1970.

²¹ Institut de droit international, "Obligations and Rights Erga Omnes in International Law", reunión de Cracovia, Annuaire de l'Institut de droit international (2005), art. 1.

²² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, apartado b) del párrafo 1 del artículo 48. Aquí se incluiría el artículo 1 común al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, al Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y al Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos de 12 de agosto de 1949.

*internacionales de carácter universal o cuasi universal*²³. No todas las obligaciones *erga omnes* son establecidas por normas imperativas de Derecho Internacional general. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales. Ejemplos de esas obligaciones son las establecidas por el artículo 1 del tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

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

5. La jerarquía y el principio de armonización

Los conflictos entre normas de Derecho Internacional deberán resolverse aplicando el principio de armonización. En caso de conflicto entre una de las normas jerárquicamente superiores y otra norma de Derecho Internacional, esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera, es decir, que las normas deben interpretarse de modo que den lugar a una serie de obligaciones similares. De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior. Sobre la naturaleza y alcance de la compatibilidad (“complementariedad”), se puede decir que esta condición no afecta la jerarquía normativa, y que sólo si existiera una contradicción evidente entre dos normas de

²³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Reports 1970*. Véase también el caso a *Timor (Portugal v. Australia)*, *I.C.J. Reports 1995*, en igual sentido también el caso *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2004*, (donde se incluyen como obligaciones *erga omnes* “determinadas obligaciones del Derecho Internacional Humanitario”, así como el derecho a la libre determinación). En cuanto a la prohibición del genocidio como obligación *erga omnes*, véase *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1996*, y el caso “*concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*”, *I.C.J. Reports 2006*. En el asunto *Furundzija* se definió la prohibición de la tortura como norma perentoria y como obligación *erga omnes*, sentencia de 10 de diciembre de 1998.

igual rango y naturaleza con una imperativa, sería de obligatoria aplicación la norma de *ius cogens*. No existiendo relación jerárquica entre las principales fuentes de Derecho Internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho) la armonización e interpretación entre distintas normas debería realizarse conforme a la siguiente pauta hermenéutica: las diferentes normas internacionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que debe buscarse la manera de armonizarlas a todas (o ambas) a fin de que conserven igual valor y efecto. Es decir que la “compatibilización” de las normas induce a una tesis armonizadora entre ellas, por lo que el intérprete deberá en lo posible amalgamar ambas normas, emitiendo repuestas jurídicas inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición.

6. Aplicación del Derecho Internacional

La aplicación del Derecho Internacional se encuentra vinculada al problema de la eficacia del orden jurídico internacional para posibilitar el cumplimiento de una de sus funciones más importantes: garantizar la paz y seguridad en el seno de la comunidad internacional. Generalmente se afirma que, a diferencia del orden interno, el Derecho Internacional posee un grado muy reducido de eficacia. Para juzgar tal eficacia debemos tener en cuenta que son los propios Estados los que crean las normas internacionales y se someten a ellas. El análisis de la eficacia de las normas puede hacerse desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. El primero debe ser especialmente tenido en cuenta, ya que los sujetos internacionales en la práctica observan y aplican las normas internacionales tanto o más que los individuos en el orden jurídico interno. En definitiva, ha sido reconocido que, cuantitativamente, la eficacia del Derecho Internacional en la práctica no es inferior a la que se registra en el orden interno de los Estados. En cambio, desde el punto de vista cualitativo, el cumplimiento del Derecho Internacional es más problemático pues está vinculado a la controvertida materia de la responsabilidad internacional del infractor, su imputabilidad y, en definitiva, a la aplicación coactiva de las normas internacionales.

Las normas y obligaciones internacionales adoptadas y aceptadas por los Estados deben ser cumplidas por ellos de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, generalmente así lo hacen en forma espontánea. Para la aplicación de una norma internacional es precisa la determinación previa, tanto de su existencia, como de su contenido y alcance. Si bien este proceso aparece como sencillo en los tratados, se torna más dificultoso en los casos de principios, normas imperativas y normas consuetudinarias. En efecto, aun cuando la norma sea identificada y se constate que se encuentra vigente, resta determinar si la misma es oponible al sujeto de que se trate. Esta situación se encuentra estrechamente vinculada con el carácter relativo de las normas internacionales (las consuetudinarias, por la figura del objetor persistente; las convencionales, por la regla *res inter alios acta*). La aplicación está íntimamente vinculada con el proceso de interpretación de la norma. La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos, y en tal sentido los Estados, sujetos principales, las aplican y cumplen no sólo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

también porque en muchos casos las incorporan a su Derecho interno y, consecuentemente, son aplicadas por sus propios órganos. En efecto, los tribunales nacionales en muchos casos aplican el Derecho Internacional en virtud de la incorporación al Derecho interno de los tratados debidamente ratificados, pero también pueden hacerlo con normas internacionales consuetudinarias.²⁴ La aludida reconocida carencia de órganos centrales de naturaleza judicial y ejecutiva en la comunidad internacional impide, la mayoría de las veces, el cumplimiento forzoso de las normas internacionales.

El conflicto entre normas también se plantea con relación a las organizaciones internacionales regionales respecto de las organizaciones universales. Colocar la cuestión en el campo teórico no es lo mismo que analizarlo teniendo en cuenta la realidad, que siempre es más compleja en el campo de las relaciones internacionales. A veces el problema de conflicto entre normas obligatorias de Derecho universal y de Derecho regional se reduce a uno referido a la “elección” entre normas. Los Estados pueden preferir, en cuanto a su aplicación, entre varias normas optando por la que les permita el mayor margen de aplicación, pero siempre respetando la relación jerárquica entre normas universales “obligatorias” y “dispositivas”. Para ello, deben tener siempre presente el objetivo perseguido por la norma. El regionalismo constituye una respuesta, plasmada en medidas colectivas, a la vigencia de un régimen convencional “universal”. En todo caso, las relaciones entre normas regionales y normas universales deben considerarse como de interdependencia y de complementación, y no de oposición²⁵.

Desde el punto de vista jurídico, la aplicación del Derecho Internacional se encuentra regida por los siguientes principios fundamentales: igualdad jurídica²⁶;

²⁴ La aplicación del Derecho Internacional por los tribunales nacionales también muestra la naturaleza evolutiva del orden internacional...Este es un fenómeno creciente en la función judicial, pero también se ha prestado a abusos en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales o en la propia interpretación del Derecho Internacional aplicable.

²⁵ Tal parece ser lo que se desprende de la sentencia de la CIJ del 27 de junio de 1986, en el caso *NICARAGUA C EEUU*, en relación a la legítima defensa colectiva y las relaciones entre la carta de la OEA, la carta de la ONU y el Derecho consuetudinario: “*la Corte no tiene competencia para considerar este instrumento (la Carta de la OEA) como aplicable en el diferendo, pero puede examinarla con el objeto de determinar si esclarece el contenido del derecho internacional consuetudinario*”.

²⁶ El principio de igualdad jurídica de los Estados es inherente al concepto de soberanía: los Estados son iguales porque son soberanos. El artículo 21 de la Carta de la ONU consagra la igualdad soberana de sus Estados Miembros. En igual sentido, la Resolución 2625: “*todos los Estados gozan de igualdad soberana; tienen iguales derechos y deberes*”. Una derivación de este principio de igualdad jurídica es el de prohibición de intervención en los asuntos que sean esencialmente internos de los Estados Partes, establecido en el artículo 2 ap.7 de la Carta de San Francisco y que ha sufrido en los últimos tiempos hondas transformaciones, pues muchos asuntos considerados esencialmente de jurisdicción doméstica de los Estados han evolucionado hacia temas de interés de la comunidad internacional en su conjunto, incluso transformándose en normas de *ius cogens* (ej. el respeto de los derechos humanos fundamentales).

responsabilidad internacional; no intervención; prohibición del uso de la fuerza; arreglo pacífico de las controversias; y buena fe. Por ello, el ordenamiento jurídico internacional ha previsto mecanismos sobre el particular que se traducen en: a) el régimen de responsabilidad internacional, b) la aplicación coactiva y, c) el arreglo pacífico de las controversias.

La violación de las normas jurídicas o de las obligaciones internacionales vigentes genera responsabilidad internacional del autor. La responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional. Todo comportamiento (por acción u omisión) atribuible a un sujeto internacional violatorio de una obligación internacional conforma un hecho internacional ilícito que genera responsabilidad internacional²⁷. Todo sujeto internacional lesionado por el hecho internacionalmente ilícito puede invocar la responsabilidad internacional del responsable exigiendo que se cumplan las consecuencias propias del mismo. Las características propias del Derecho Internacional (carencia de órganos centrales y de una jurisdicción obligatoria), no privan a sus normas de coactividad, aunque condicionan sus mecanismos. No existe ningún conflicto entre Estados que no se vincule al problema de la responsabilidad. Las organizaciones regionales tienen la ventaja de poseer una estrategia normativa más eficaz, máxime si los terceros Estados no disponen de una solución alternativa en otras organizaciones internacionales; de no encontrar soluciones en esos marcos, los Estados deberán recurrir a un unilateralismo peligroso o a la búsqueda lenta y delicada de la responsabilidad internacional de la organización regional o del Estado de que se trate. El debate en materia de responsabilidad se dificulta para determinar la existencia en el caso concreto de la responsabilidad propia de las organizaciones internacionales regionales y/o de los Estados partes en las mismas.

Frente a un hecho ilícito internacional caben, en principio, dos clases de reacciones: una, centralizada, de naturaleza vertical, de carácter institucional; la otra, descentralizada, de naturaleza horizontal, individual, unilateral. Las primeras se adoptan en el marco de sistemas normativos centralizados previstos en las cartas o tratados de las organizaciones internacionales, y generalmente se las tipifica como sanciones por su verticalidad, ya que las mismas son resueltas por los órganos de la organización con competencia para ello; de allí que ellas respondan siempre a pautas convencionales institucionales²⁸. Esta clase de reacciones (sanciones) pueden ser decididas no solamente en el marco de organizaciones mundiales, sino también en el de las organizaciones regionales²⁹, o

²⁷ Resolución AGNU 56/83, proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional (art.1).

²⁸ Las medidas adoptadas por la organización internacional general o regional, se las denomina sanciones (ya que pueden tener carácter punitivo) de naturaleza vertical (se dirigen desde el órgano competente hacia el Estado (miembro de la organización) infractor).

²⁹ Facultades del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o del Consejo Permanente de la OEA.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

bien por normas establecidas en tratados³⁰ que establecen mecanismos de esta naturaleza para aplicar en el caso de controversias entre las partes, o bien cuando una de ellas viola las disposiciones convencionales. En cambio, la reacción descentralizada y unilateral es llevada a cabo por el Estado directamente lesionado, mediante medidas de retorsión, reciprocidad o represalias (contramedidas). Parte de la doctrina engloba dentro de la denominación genérica de contramedidas todas aquellas acciones individuales que puede tomar el Estado lesionado para presionar al Estado infractor al cumplimiento de la obligación violada³¹ y a asumir las consecuencias del hecho ilícito³². Otros circunscriben el término únicamente a las represalias. La razón de estos últimos es que la retorsión y las medidas de reciprocidad son acciones lícitas y se toman en el marco del Derecho de los Tratados, respectivamente, mientras que las represalias (contramedidas propiamente dichas) son acciones normalmente ilícitas pero que el Derecho las transforma en lícitas. La importancia y trascendencia de estas últimas motivó que la resolución AGNU 56/83 le dedicara su particular atención³³.

³⁰ Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

³¹ Retorsión, represalias, denuncia de un tratado, incumplimiento de normas convencionales, legítima defensa.

³² Cese del hecho ilícito, reparación y, en su caso, seguridades y garantías de no repetición.

³³ Las contramedidas componen el capítulo II (contramedidas, artículos 49 a 54) de la tercera parte (modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado). Las contramedidas significan un comportamiento de un Estado que no está en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro, y que presenta los siguientes caracteres y condiciones: a) objeto: inducir al Estado infractor a que cumpla con la obligación violada y al pago de la reparación pertinente; b) finalidad: lograr la reanudación del cumplimiento de la obligación violada; c) la contramedida adoptada debe ser limitada en el tiempo: hasta la cesación del ilícito o cuando se someta la controversia a un tribunal con facultades para dictar una decisión vinculante; d) debe ser proporcional al perjuicio sufrido y a la gravedad del hecho ilícito. Si bien el Estado facultado para adoptar las contramedidas es el Estado directamente lesionado, el proyecto autoriza en casos especiales a terceros Estados (art.48) a invocar la responsabilidad internacional del Estado infractor para reclamar la cesación del ilícito, obtener garantías de no repetición y obligarlo a cumplir con la obligación de reparar; incluso ha quedado inserta en la resolución, lo que se denomina como “cláusula de salvaguardia” (art.54), por la que se deja a salvo el derecho de cualquier Estado, facultado de conformidad al citado art.48, a tomar medidas lícitas contra el Estado infractor para asegurar la cesación de la violación y el pago de la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. Algunos autores afirman que estas disposiciones consagran una especie de acción pública internacional (*actio popularis*), ya que se legitima a Estados no directamente lesionados en sus derechos subjetivos por el ilícito para invocar la responsabilidad del Estado responsable y solicitar el cese de la violación y el otorgamiento de garantías de no repetición que cumplan con su obligación de reparar (en interés del Estado lesionado y de los beneficiarios de la obligación violada). Téngase presente que esta legitimación no sólo se otorga en caso violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas (lo que en el proyecto original se denominaban como “crímenes internacionales”), sino

Si bien de conformidad con lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la obligación general de los Estados de solucionar pacíficamente sus controversias ya contaba con diversos antecedentes convencionales³⁴ y constituye además un principio de Derecho Internacional general consuetudinario, la misma se encuentra establecida en la Carta de las Naciones Unidas en sus artículos 1, apartado 1 (como un propósito), 2 apartados 3 y 4 (traducidos en dos obligaciones: la primera, donde consta concretamente el deber del arreglo pacífico y la segunda, referente a la prohibición del uso de la fuerza), y 33 (donde se enumeran los distintos medios de solución pacífica). El principio de la obligación del arreglo pacífico de las controversias internacionales también se encuentra contemplado en la Resolución 2625 (XXV), del que se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) constituye una obligación de todos los Estados la de solucionar pacíficamente las controversias, a fin de no poner en peligro la paz, la seguridad y la justicia; b) el arreglo pacífico se basa en dos principios: 1) igualdad soberana de los Estados y, 2) libre elección de los medios. En este sentido, las partes son libres para elegir cualquier medio que resulte adecuado a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia (negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recursos previstos en los organismos regionales, etc.). De ello se deduce que este deber constituye una obligación de comportamiento, no de resultado, regida por el principio de la buena fe³⁵. Por lo tanto, la circunstancia de no lograr un acuerdo por los medios elegidos, no desobliga a los Estados de seguir comprometidos con el arreglo de la controversia por otros medios pacíficos, ya que en definitiva, los Estados tienen la obligación de no agravar la situación conflictiva a fin de no poner en peligro la paz y seguridad internacionales.

7. Fragmentación. Aplicación y efectos

La fragmentación es un proceso a lo largo del cual ciertos sectores del Derecho Internacional general van adquiriendo un “perfil propio” diferenciándose, en mayor o menor medida según los casos, del Derecho Internacional común³⁶.

también en los casos de violaciones de obligaciones colectivas o con la comunidad internacional en su conjunto.

³⁴ Los antecedentes de esta obligación se encuentran fundamentalmente en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907; el Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Acta General para el arreglo pacífico de las controversias internacionales de 1928, vinculado al Tratado de París del mismo año conocido como el Tratado Briand Kellog.

³⁵ El Prof. Julio Barboza entiende que se trata de “una obligación *sui generis* de un contenido especial cuyo cumplimiento se basa enteramente en la buena fe de las partes...una obligación de tratar de llegar a un acuerdo de buena fe..., pero no de alcanzar ese acuerdo...”. Derecho Internacional Público, Zavalía, 2008.

³⁶ Salinas Alcega, Sergio, op. cit.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

En la elaboración de las normas jurídicas se deberá tener en cuenta el grado de eficacia según sea la elección que se efectúe para adoptar la fuente más apropiada. Este carácter se complementa con el principio de “especialidad”; ambos se encuentran vinculados al principio del efecto útil, ya que tomar en cuenta exclusivamente el principio de eficacia puede llevar a conclusiones contradictorias (por ej. en materia de mantenimiento de la paz y de seguridad (supra mencionado)), donde se enfrenta la facultad de la organización internacional universal de utilizar los medios adecuados en relación con el principio de indivisibilidad de la seguridad colectiva, por una parte, con las ventajas de la solidaridad y de la rapidez en la ejecución que posee una decisión de una organización regional sobre la materia.

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

En las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, general y particular, juega un papel importante el principio de la *lex specialis*³⁷, que se relaciona estrechamente con la idea del Derecho Internacional como sistema jurídico. Este principio tiene como objeto armonizar las normas en conflicto mediante el establecimiento entre ellas de relaciones de primacía definidas³⁸.

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

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

³⁷ Constituyen una subcategoría de ley especial, los llamados regímenes autónomos. Esta expresión se utiliza en tres sentidos diferentes: a) en sentido amplio (disposiciones convencionales que versan sobre una misma cuestión); b) en sentido restringido, hace referencia a un conjunto especial de normas secundarias (por ejemplo las normas sobre Derecho diplomático), cuya primacía se invoca sobre las normas generales sobre la responsabilidad del Estado relativas a las consecuencias de un hecho ilícito; y c) en sentido académico, como forma de describir esferas completas de especialización funcional en el sentido de aplicación de normas y técnicas especiales de interpretación y administración (ej. derechos humanos, Derecho Humanitario, OMC, etc.)

³⁸ El principio constituye una excepción al derecho general. Es un principio tradicional y ampliamente aceptado como regla de interpretación jurídica y técnica de solución de conflictos de normas.

Derecho, sí existe una informal³⁹ que se sirve en forma pragmática de un razonamiento jurídico: antepone la norma especial a la más general.

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

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

En dichos casos se hace necesaria una interpretación, situación que está reglada por la CV69 sobre el Derecho de los Tratados, a la cual acuden todos los tribunales internacionales en sus resoluciones, como, en numerosos casos, a los principios generales del derecho. Entre estos últimos tiene una especial importancia el “*lex specialis derogat legi generali*”. La preferencia en la aplicación de la ley especial sobre la general tiene su fundamento en que la primera es más específica o concreta que la segunda, y puede ser aplicada en cualquier clase de conflicto entre normas de distinta o igual naturaleza: la fuente de la norma no es decisiva para la determinación o aplicación de la norma especial.

Es innegable la efectividad creciente de las normas regionales a pesar de que su fundamento jurídico depende del Derecho Internacional general. Esta “productividad normativa” superior del nivel regional puede explicarse por la solidaridad entre pueblos que tienen civilizaciones o tradiciones jurídicas comunes (derechos humanos y democracia, por ejemplo), o por la interdependencia ligada a la proximidad geográfica (medio ambiente particularmente); los dos factores se combinan para reglar ciertos problemas comunes. El aporte normativo de una norma regional se debe a veces simplemente a su especificidad (en América Latina: la navegación de las cuencas fluviales, derechos de la persona humana, democracia). Otro problema real existente en la comunidad internacional actual es el de la multiplicación de actores internacionales (organizaciones internacionales, ONGs, personas privadas), entre los que se destaca la posición de la persona humana en el Derecho Internacional con un marcado acento en sus derechos y libertades individuales, lo

³⁹ Si bien existen motivos fundados para distinguir entre la jerarquía de las normas jurídicas y la jerarquía de las fuentes del Derecho, con respecto a estas últimas no existe una jerarquía formal ni informal. Si habitualmente se da primacía a un tratado sobre una costumbre general no es debido a una jerarquía de Derecho, sino simplemente para dar efecto a la voluntad de las partes; no puede excluirse que con el mismo motivo una costumbre especial puede tener primacía sobre un tratado general.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

que ha llevado a que se encuentre facultada, cada vez con más frecuencia, a trasladar su conflicto de los tribunales nacionales a instancias internacionales, ya sean regionales o especiales.

En cuanto a los efectos o funciones de la ley especial, la misma puede ser aplicada para interpretar o modificar la ley general; es más discutible si una norma especial puede dejar sin efecto a una general (está claro que no puede derogar una norma imperativa o violar el artículo 103 de la Carta de San Francisco). En efecto, en principio la ley general sigue siempre plenamente válida y será de aplicación en los casos no previstos en la especial. Más aún, la especial tiene siempre su fundamento en una general. Los acuerdos parciales reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores a ellos y que son de aplicación supletoria. El Derecho Internacional general siempre se encuentra subyacente tras las normas y los regímenes particulares. Este nexo entre la norma general y la especial, teniendo en cuenta lo dispuesto por la norma general, debe permanecer siempre latente para mantener la coherencia estructural y unidad del Derecho Internacional.

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

8. Interpretación

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

del objeto o fin del tratado) y el método subjetivo (verificar la verdadera intención de las partes).

8.1. Art.31. Regla general de interpretación

1. El tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado

Del párrafo 1 se destacan las siguientes pautas de interpretación:

a) El principio de la buena fe. La buena fe, que desde el punto de vista ético se traduce en una actitud de honradez, lealtad y rectitud en el cumplimiento de obligaciones recíprocas, denota la confianza que una de las partes del tratado espera de la actitud leal de la otra u otras partes. La buena fe en Derecho Internacional es un principio general del derecho y un principio general de Derecho Internacional, que es aceptado como tal por la comunidad internacional en su conjunto y que ha sido reaceptado en numerosos textos convencionales⁴⁰. El principio de la buena fe impregna toda la Convención. Por ello, tanto en materia de cumplimiento (*pacta sunt servanda*: los tratados deben cumplirse de buena fe), como en la interpretación de los mismos, es indispensable para una correcta aplicación observar la disposición de que los tratados deben interpretarse de buena fe.

b) El sentido corriente de los términos. Esta expresión como regla de interpretación hace referencia a que los términos de un tratado deben interpretarse con el significado usual, normal, natural y espontáneo que poseen en el lenguaje corriente relacionados en el contexto en que se encuentran utilizados y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. Esta es la regla general que debe utilizarse a menos que la interpretación de esa forma efectuada conduzca a resultados irrazonables o absurdos. En tal sentido la jurisprudencia internacional ha establecido que para aceptar una interpretación que no sea la reflejada por el sentido normal y corriente de los términos, es necesario que exista una razón o prueba decisiva en tal sentido. Por ello, la parte que alega una excepción a la utilización del sentido natural de los términos debe soportar la carga de la prueba,

⁴⁰ Carta de la ONU; Resolución 2625; Carta de la OEA, etc.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

debe demostrar en forma convincente que los términos usados han sido utilizados en un sentido especial, diferente a los corrientes; tal es lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 31: “*se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes*”.

c) Los términos del tratado en el contexto de éstos. Significa que los términos de las disposiciones de un tratado no deben ser interpretados en forma separada sino considerando al tratado como un todo, ya que determinadas palabras si se disocian del contexto pueden tener más de un sentido o conducir a resultados irrazonables o absurdos. El artículo 31 aclara lo que debe entenderse por contexto de un tratado: *a) el texto del tratado propiamente dicho; b) el preámbulo; c) los anexos; d) todo acuerdo celebrado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; y e) todo instrumento formulado por una o más partes y aceptado por las demás con motivo de la celebración del tratado, como instrumento referente al tratado.*

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

Agrega el artículo 31:

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

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

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

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

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

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

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

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

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

Los medios de interpretación establecidos en este artículo, como lo dice expresamente su título, son además de complementarios, condicionados a que se compruebe la imposibilidad de conciliar los términos del tratado dentro de su contexto, ya sea por oscuridad de sus expresiones o porque la aplicación textual de las mismas conduce a resultados irrazonables o absurdos. También cabe precisar que los medios complementarios citados – trabajos preparatorios⁴¹ y circunstancias de su celebración⁴²– no son taxativos, ya que la propia redacción de la disposición “...medios de interpretación complementarios en particular...”, refleja que existen otros medios aparte de los expresamente señalados, fijando que quizás los más apropiados sean los consignados. Las condiciones determinadas para utilizar estos medios complementarios significan que no pueden utilizarse para interpretar el texto de un tratado que sea suficientemente claro. Únicamente se podrá acudir a estos medios si después de interpretar los términos de un tratado de conformidad con las pautas del artículo 31, todavía persistieran dudas ciertas sobre su sentido y alcance. Los medios complementarios constituyen una excepción a las reglas de interpretación de los tratados y por ende, deben ser de utilización restrictiva.

h) Interpretación en la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Se encuentra legislado por el artículo 30, disposición que resulta de necesario análisis teniendo en cuenta que involucra materias importantes como responsabilidad, interpretación e incluso modificación o enmiendas a los tratados que se encuentran contemplados en otros artículos de la Convención, y constituye un tema corriente como consecuencia de la expansión de la cooperación internacional para atender a las nuevas necesidades surgidas en el seno de la comunidad internacional.

⁴¹ El término “trabajos preparatorios” constituye una expresión global que hace referencia a todos los documentos que sirvieron de base para la redacción del tratado, tales como actas de las sesiones o reuniones, memorandos, proyectos del tratado, declaraciones oficiales de los Estados, etc.

⁴² Las “circunstancias históricas de la celebración de un tratado” aluden a las circunstancias, condiciones y marco histórico en que los Estados celebraron el tratado. Algunos denominan este medio como “interpretación histórica”, ya que hace referencia al momento histórico en que el tratado se celebró resaltando el significado que los términos tenían en esa oportunidad, aunque la doctrina sostiene que la expresión es amplia y abarca no sólo los antecedentes históricos sino también las circunstancias contemporáneas.

A. S. PAGLIARI

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

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

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

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

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

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

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

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

h.1. Principio de jerarquía. El párrafo 1 del referido artículo consagra el principio de jerarquía al establecer la primacía de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas con relación a cualquier otro tratado: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”, ratificando en este sentido que

el Derecho Internacional otorga a las normas y obligaciones emanadas de la Carta de las Naciones Unidas primacía sobre otras normas⁴³.

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

Este principio, aceptado en su aplicación convencional, tiene como hemos visto dos limitaciones desde el punto de vista del Derecho Internacional general: las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Desde la óptica del Derecho Internacional particular, surgen además otros condicionamientos relacionados con la jerarquía de las fuentes de donde emanan; tal es el caso especial de las resoluciones de las organizaciones internacionales que, en cuanto a su aplicación, no solamente deberán tener en cuenta el principio general de que la ley posterior es de aplicación prevalente con respecto a la anterior, sino también la jerarquía de la resolución de conformidad al órgano de la organización respectiva de la cual emana (relaciones jerárquicas entre los órganos de esa organización).

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

i) Interpretación de la aplicación de tratados sucesivos *inter se*. El problema más grave en la aplicación de tratados sucesivos se manifiesta en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que lo sea en sólo uno de ellos. El apartado b) del párrafo 4 establece en este caso que los derechos y obligaciones recíprocos entre ambos Estados en ese supuesto se regirán por el tratado en el que los Estados sean partes. Sobre este particular caben las siguientes acotaciones: a) en materia de responsabilidad: la mera celebración de un tratado posterior incompatible con uno anterior no da lugar *per se* a una violación del Derecho Internacional: esta violación sólo se produciría en el supuesto de aplicación del tratado posterior. b) El apartado b) del párrafo 4 no regula una cuestión de validez de dos tratados incompatibles, sino sólo una cuestión de prioridad entre esos tratados. c) Las disposiciones del artículo 30

⁴³ La primacía de las normas de la Carta obliga a reflexionar sobre el tema de jerarquía de normas y, especialmente, la jerarquía existente entre las normas de la Carta y las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

tienen carácter supletorio, no imperativo, no regulando cuestiones de suspensión o terminación de los tratados. d) Para interpretar esta disposición deben tomarse en cuenta dos principios: 1) *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (un tratado no puede crear obligaciones ni derechos para un tercero sin su consentimiento – art.34 CV69-; y 2) *prior tempore, potior jure* (quien es primero en el tiempo es primero en el derecho).

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

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

Los acuerdos particulares entre dos o más Estados que son partes en un tratado multilateral, si bien están permitidos, deben respetar la coherencia del tratado original anterior. En este sentido las condiciones para celebrar un acuerdo posterior son: a) la preservación de los derechos e intereses de las demás partes y del objeto y fin del tratado original⁴⁴ (art.41, 1.b) i y ii); b) la no imposición de obligaciones adicionales a las partes en el acuerdo original; y c) el deber de notificación del acuerdo particular a las demás partes del tratado original (art.41, 2.).

9. Conclusiones a modo de interrogantes

9.1. Orígenes y efectos de la fragmentación

El Derecho Internacional particular refleja la expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos, constituyendo muchos de estos

⁴⁴ Las condiciones de admisibilidad de los tratados particulares posteriores deben estar en consonancia con los principios generales del derecho de los tratados tendientes a salvaguardar la integridad del tratado.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

regímenes especiales la expresión de preocupaciones legítimas para establecer normas sobre el desarrollo económico, la protección de los derechos humanos, del medio ambiente y del regionalismo en general. Además, la norma especial regula la materia de que trata de forma más eficaz y eficiente, y refleja mejor la voluntad de las partes. En este sentido puede decirse que el “regionalismo” aparece como una repuesta a las dificultades que se le presentan a los Estados de encontrar soluciones eficaces en el marco del ordenamiento jurídico universal. Sin embargo, si no se respeta el carácter “complementario” (y en algunos casos, subordinado) de las normas regionales a las generales, y se consideran las normas regionales como autosuficientes, se corre el riesgo cierto de afectar la vigencia del Derecho Internacional general, “produciendo una anarquía completa en el orden jurídico internacional”⁴⁵.

El fenómeno de la fragmentación no sólo es una realidad desde el punto de vista normativo, sino que también tiene repercusiones en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, e incide en el grado de eficacia de la aplicación del Derecho Internacional. Es difícil pronunciarse en el sentido de si es positiva o negativa; lo cierto es que es inevitable ya que la expansión material del Derecho hace ineludible que los nuevos campos sean objeto de regulación jurídica. La fragmentación del Derecho en sí misma no puede calificarse como positiva o negativa; los que pueden calificarse de esa manera son los efectos o consecuencias que la misma produce en ciertos ámbitos del Derecho.

9.2. Peligros o riesgos de la fragmentación

9.2.1. En la unidad, seguridad y eficacia del Derecho Internacional

Es indudable que la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios o prácticas incompatibles entre sí o con el Derecho Internacional general, atacando, por lo menos conceptualmente, el valor de la unidad del Derecho Internacional. Pero las amenazas de la unidad del ordenamiento jurídico internacional llevan implícitas en sí mismas el reconocimiento de la existencia de esa unidad⁴⁶.

Otro valor, el de la seguridad jurídica, quizás sea uno de los más afectados por el proceso de fragmentación, por lo que entendemos que para preservarlo resulta esencial proteger y respetar las normas fundamentales del Derecho Internacional general para que éste pueda cumplir con sus funciones básicas.

El proceso de fragmentación del Derecho puede ocasionar, sin duda, conflictos entre normas que pueden menoscabar la aplicación efectiva del

⁴⁵ S. González Gálvez. El futuro del regionalismo en una sociedad heterogénea. Comité Jurídico Interamericano. Cursos de Derecho Internacional. Vol. 2 (parte 1). El Sistema Interamericano. OEA.

⁴⁶ Salinas Alcega, ob. cit.

Derecho. El surgimiento de normas especiales (regímenes autónomos) y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente, crea problemas de coherencia en el Derecho Internacional. El Derecho de los derechos humanos, el Penal Internacional, el del Medio Ambiente y el Derecho Mercantil, tienen normas propias que a veces no coinciden con normas de Derecho Internacional general o con normas especiales de otros regímenes.

Por ello, unidad y eficacia del Derecho son dos conceptos que hay que analizar cuidadosamente a los fines de responder la interrogante de la fragmentación. La unidad del Derecho podría verse reforzada por las mayores ventajas de la eficacia de los ordenamientos particulares. Y es en la garantía de la eficacia del Derecho Internacional donde radica la importancia de asegurar su unidad. Por supuesto que ambos conceptos van unidos al de seguridad jurídica. En efecto, es posible que la fragmentación del Derecho en la regulación de múltiples materias origine contradicciones normativas que provoquen una divergencia de soluciones, provocando el efecto indeseable de inseguridad jurídica. Por ello, en todo caso, nunca puede perderse de vista la jerarquía de las fuentes del Derecho a la que hemos aludido precedentemente. En este sentido, en general, la fragmentación ha respetado esa jerarquía manteniéndose dentro de límites razonables sin afectar el núcleo central de tales normas y principios del ordenamiento jurídico general.

9.2.2. En la jurisprudencia, doctrina y enseñanza del Derecho Internacional

Otro riesgo de la fragmentación es la jurisprudencia contradictoria de los múltiples tribunales jurisdiccionales en la aplicación de las normas regionales, algunas veces disímil entre sí en casos análogos, y otras opuesta a la interpretación de una norma general. Los tribunales especiales encargados de aplicar normas en un ámbito específico son profundos conocedores de las normas propias y exclusivas de ese sector. Pero para que esa circunstancia constituya una ventaja, es necesario que esos especialistas tengan una formación de base adecuada en las normas y principios estructurales del Derecho Internacional común, puesto que en caso contrario su participación "...podría transformarse en un inconveniente, de manera que su visión del Derecho Internacional, deformada por su especialización, podría suponer un riesgo para la unidad y coherencia de éste..."⁴⁷. Igual razonamiento cabe para los doctrinos. En efecto, el problema de la excesiva especialización de los internacionalistas se sitúa en su período de formación, ya que la especialización debería producirse sólo cuando hayan adquirido una visión del ordenamiento jurídico en su conjunto. En el mismo sentido cabe pronunciarse en lo referente a la enseñanza: "La sectorialización presupone y exige la formación base, la percepción global del ordenamiento, la

⁴⁷ Salinas Alcega, S. op. cit....

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

aprehensión de sus técnicas elementales y la concepción más amplia de las relaciones sociales de base”⁴⁸.

Sin embargo, la multiplicación de jurisdicciones internacionales, si bien puede ocasionar consecuencias negativas para la unidad del Derecho Internacional (si se deja de lado la garantía de coherencia mínima en la interpretación y aplicación de las normas internacionales), tiene un efecto útil y es que permite la solución de un mayor número de controversias, habilitando la jurisdicción internacional a materias que antes quedaban excluidas. Pero tal multiplicación de jurisdicciones ocasiona, sin duda, no sólo la posibilidad de conflicto entre las propias jurisdicciones, sino también una probable contradicción en la jurisprudencia de los distintos tribunales.

9.2.3. En la responsabilidad internacional de los Estados

Otro riesgo derivado de la fragmentación es que algunos sistemas regionales tienen normas propias en materia de responsabilidad internacional de los Estados partes, sustituyendo o modificando las reglas sobre la materia del Derecho Internacional general. Y este tema no es menor teniendo en cuenta que la institución de la responsabilidad constituye el núcleo del sistema jurídico internacional que le da el carácter de un verdadero Derecho. La violación de las normas internacionales, ya sean generales o particulares, y su consecuencia, la responsabilidad del autor de la infracción, pueden llegar a constituir un problema en caso de normas especiales en esta materia ajenas o contradictorias con las de carácter general que pueden afectar la unidad del Derecho. En efecto, las consecuencias especiales que se pueden encontrar en los sistemas regionales sobre el particular, si bien pueden contribuir a la eficacia en la aplicación de la norma, conllevan ese riesgo atentatorio contra la unidad del Derecho. Parecido análisis se puede efectuar con respecto a las consecuencias de la violación, específicamente en lo relacionado con las sanciones. En los sistemas particulares derivados del régimen de las organizaciones internacionales regionales, se observa la posibilidad de imponer sanciones de carácter “vertical”; en cambio, en el Derecho Internacional general, se sabe que estas sanciones son “horizontales”.

Ello nos lleva a plantear las siguientes interrogantes:

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

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

⁴⁸ Sánchez Rodríguez, L. op.cit.

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

9.3. Medios para atenuar o solucionar los efectos de la fragmentación

Si bien el consentimiento de los Estados sigue manteniendo un papel fundamental en la creación de las normas internacionales, encuentra un fuerte condicionamiento si se lo analiza desde el punto de vista del rol que juegan actualmente las organizaciones internacionales. Desde esta perspectiva hay que analizar el principio de unidad del Derecho Internacional, para evitar o atenuar el enfrentamiento entre el regionalismo y el universalismo. El instrumento a utilizar para evitar o disminuir este enfrentamiento debe basarse en una estrategia de prevención de conflictos. En tal sentido, se puede observar que en muchos casos, la solución se expresa bajo la forma de un reenvío del Derecho Internacional general a los acuerdos regionales (por ej. en materia de vías de aguas internacionales, Derecho del Mar o Medio Ambiente). En efecto, a menudo la norma internacional de carácter universal se atiene a un “límite bajo” (una norma de mínima), y ofrece a los Estados la posibilidad de legislar sobre determinadas materias; en otros casos, se efectúa por vía de acuerdos convencionales entre organizaciones internacionales sobre delimitación de sus competencias, o por delegación de facultades o competencias entre ellas⁴⁹.

Si bien los instrumentos de Derecho universal establecen el principio de su primacía, como acontece con el art. 103 de la Carta de la ONU⁵⁰, sin embargo sus propias normas permiten las soluciones regionales, estableciendo, aunque sea indirectamente, la primacía de las fuentes y normas regionales, al menos en las relaciones *inter se*.

Otro medio de compatibilización a fin de evitar conflictos entre normas generales y regionales es la renegociación de normas convencionales generales contrarias a las normas regionales, a fin de favorecer la efectividad de la norma regional (respetando el principio del efecto relativo de los tratados): el reconocimiento por el Derecho regional de la primacía del Derecho Internacional general se funda sobre el principio del efecto relativo de los tratados y sobre las soluciones previstas en la Convención de Viena de 1969 en lo que hace a la aplicación de tratados sucesivos.

⁴⁹ Daillier, Patrick. Universalisme et regionalisme. Comité Jurídico Interamericano. Cursos de Derecho Internacional. Vol. 2 (parte 1). El Sistema Interamericano. OEA.

⁵⁰ Todos los acuerdos regionales, bilaterales y hasta multilaterales que las partes pueden concluir referidos al arreglo de diferendos o de la jurisdicción de la CIJ, están siempre subordinados a las disposiciones del art. 103 de la Carta

Como conclusión podríamos decir que la fragmentación o sectorialización no supone necesariamente la independencia de esas normas particulares en relación con el Derecho Internacional general; debe verse “no como una ruptura del Derecho común sino como convivencia de principios y normas generales junto a principios y normas y técnicas específicas para cada sector”⁵¹.

Los riesgos del regionalismo y del Derecho Internacional particular en general (y la fragmentación como producto jurídico), derivan en que, indudablemente, en los sistemas particulares existen normas que poseen elementos que difieren de las normas universales. Este riesgo se encuentra acotado por la existencia en la comunidad de normas de una naturaleza especial: normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*.

10. La fragmentación del Derecho y las organizaciones regionales

El actual Derecho Internacional se sigue fundando, primordialmente, en el principio de la igualdad soberana de los Estados. Sin embargo, es una realidad que en el seno de la comunidad internacional se han multiplicado las relaciones políticas y económicas entre los Estados, con el inevitable efecto del surgimiento de nuevos problemas que demandan una reglamentación y una solución. También constituye una realidad la proliferación y el fortalecimiento del fenómeno de las organizaciones internacionales regionales, producto del fenómeno de la cooperación internacional, y destinadas, en algunos casos, a buscar soluciones que la Organización Universal (ONU) no ha producido, encontrando en esta vía medios idóneos para hacerlo y para evitar situaciones conflictivas. La aparición de asociaciones de Estados y el reconocimiento de su personalidad jurídica internacional afectan los principios tradicionales de las relaciones interestatales, particularmente el principio de la soberanía de los Estados en cuanto a concepto intangible, ilimitable, indelegable e imprescriptible. La evolución de las limitaciones del contenido de dicho concepto se inicia con la simple coexistencia de entidades estatales iguales (principio de igualdad soberana de los Estados) y como exigencia de supervivencia de las mismas, se extiende con la celebración de tratados que implican la autolimitación en el ejercicio de determinados derechos, se desarrolla con la selección de áreas de relaciones de necesaria ejecución conjunta que concluye con la creación de las primeras organizaciones internacionales, y se llega a la actualidad en que se acepta la necesidad del ejercicio de determinadas competencias por entidades supraestatales. El concepto de soberanía estatal cede ante las necesidades de dichas entidades y de los pueblos y, en Derecho Internacional, se admite una dicotomía funcional en el ejercicio del poder. En el ámbito interno el Estado goza, en principio, de independencia de todo poder externo, de las facultades de auto-organización, y de las legislativas, ejecutivas y de aplicación. Pero la realidad internacional nos dice que la interdependencia real y efectiva existente entre los Estados incide en sus políticas internas y exteriores, resultando, en algunos casos, y en virtud de la diferente

⁵¹ Sánchez Rodríguez, L. op. cit.

disponibilidad de recursos, en dependencia lisa y llana, abarcadora de ambos campos de acción estatal; interno e internacional. Se puede admitir, no obstante lo expresado, una relativa subsistencia de la soberanía en el orden interno con exclusividad en el ejercicio de ciertas competencias, pero no que los Estados sean soberanos en la acepción clásica del concepto. Los poderes estatales están limitados, restringidos y en muchos casos han sido objeto de delegación a entes distintos de ellos mismos. Las organizaciones internacionales son las entidades cesionarias de los poderes transferidos y es por ello que iusinternacionalistas y constitucionalistas hablan ya de una federalización de la comunidad internacional, en una nueva conformación en la que estas instituciones están destinadas a ejercer competencias delegadas por las estructuras estatales preexistentes.

Este desarrollo de las organizaciones internacionales ha estado acompañado siempre del debate acerca de la estructura más adecuada para el sistema interestatal. En este sentido el regionalismo se ha presentado como una alternativa al universalismo. Esto podría ser visto como un modelo de organización contrapuesto al modelo de una organización global y única. Sin duda la organización regional se basa en la percepción de intereses comunes, que son más fáciles de satisfacer en un marco de cooperación más estrecho, coherente y homogéneo. Por su parte el modelo universal se sienta sobre todo en una toma de conciencia de la globalidad de los problemas de la organización de la paz en el mundo. Las propuestas regionalistas tuvieron cabida en la Carta de San Francisco en dos temas fundamentales: el arreglo pacífico de controversias y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (capítulo VIII de la Carta); posteriormente, la práctica internacional reforzó el regionalismo al orientar la ONU progresivamente sus actividades sobre esquemas regionalistas en ámbitos no específicamente previstos en la Carta. Así por ejemplo, las Comisiones Económicas Regionales en el seno del Consejo Económico y Social, los programas y actividades regionales de organismos especializados como el de la OMS, los bancos regionales de desarrollo, y la acción regional de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Diversos factores explican este dinamismo del fenómeno del regionalismo: exigencias de seguridad ante el quiebre o la inacción del sistema de seguridad colectiva, imperativos de cooperación institucionalizada en determinadas materias que no siempre encuentran respuesta a nivel universal, la búsqueda de incremento de poder, y la vigencia de una herencia cultural común. La pluralidad de factores determina también una pluralidad de objetivos.

Faltan criterios precisos para caracterizar el carácter regional de una organización internacional. Los diversos empleos del término región tienen en común el hecho de que se refieren a un espacio o materia determinada. En el plano normativo, se utiliza el adjetivo "regional" para calificar las normas que poseen un ámbito de validez limitado, por oposición a otras que tienen carácter general. "En el derecho internacional también existen normas regionales. El carácter de estas normas está dado por el hecho de que sus ámbitos de validez espacial y personal son limitados y, en tal sentido, ellas deben ofrecer para ser

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

calificadas como tales, diferencias de importancia con respecto de las normas del derecho internacional universal”. Por ello, “se puede afirmar que, desde el punto de vista del derecho de gentes, hay una región en la medida que existan normas jurídicas cuyos ámbitos de validez personal y espacial están limitados y cuyo ámbito de validez material es diferente del de las normas del derecho internacional universal”⁵².

La proliferación de organizaciones regionales lleva también el riesgo de la división y fragmentación de la sociedad internacional. Si la universalidad del sistema internacional reclama una organización mundial, las profundas divisiones que atraviesan la sociedad internacional parecen reclamar la existencia de numerosas organizaciones internacionales regionales en las que los Estados se agrupan por solidaridades y afinidades específicas.

Las relaciones entre organizaciones regionales y la universal pueden ser, por un lado, de concurrencia o de conflicto, y por otro, de cooperación y complementariedad. Las organizaciones internacionales regionales pueden dificultar u obstaculizar la unificación y el regionalismo puede ser un factor centrífugo de dispersión y fraccionamiento del sistema internacional. Caso contrario, cuando existe cooperación entre ambos planos, las organizaciones internacionales regionales operan como factores de estructuración e integración del sistema internacional. Las causas de la insatisfactoria relación entre lo universal y lo regional se encuentran, en definitiva, en la naturaleza predominantemente interestatal de la sociedad internacional; los Estados soberanos buscan la satisfacción de sus intereses nacionales a través de múltiples cauces entre los que el sistema de ONU no es el único ni a veces el más relevante.

El punto de partida debería ser contestar la interrogante de si todas las normas tienen validez universal o bien si existen normas aplicables sólo a un ámbito regional. Evidentemente, tal como lo demostramos en párrafos anteriores, hay normas de validez regional. En tal caso, la pregunta siguiente que hace a esta exposición, es si existen normas jurídicas de suficiente envergadura jurídica para justificar la existencia de un Derecho Internacional americano. En este orden de ideas, el primer punto a considerar es el relativo a las fuentes del Derecho, como mecanismos creadores de normas jurídicas que constituyen un orden jurídico propio. En el orden internacional las fuentes más importantes en este sentido son los tratados internacionales, que a su vez son la fuente de validez de otras normas internacionales, como por ejemplo las derivadas de las organizaciones internacionales, ya que debido a ellos se genera la organización de que se trata (tratado fundacional) y se prevén los efectos (obligatorios o no) de las resoluciones de sus órganos. También la costumbre es una fuente principal del Derecho Internacional y de ella derivan otras fuentes, como los actos unilaterales y los principios generales del derecho.

⁵² Barberis, J. Las normas jurídicas propias del derecho internacional latinoamericano. Comité Jurídico Interamericano. Cursos de Derecho Internacional. Vol. 2 (parte 1). El Sistema Interamericano. OEA.

Otro aspecto a considerar son los ámbitos de validez de las normas jurídicas internacionales y, en este sentido, debemos hablar de un ámbito de validez espacial (espacio específico determinado); ámbito de validez personal (que indica los sujetos respecto a los cuales la norma es válida); ámbito de validez material (el objeto que reglamenta la norma o la referencia a una conducta humana que aparece como permitida, prohibida u obligatoria); y el ámbito de validez temporal (que marca desde cuándo empieza a regir la norma y el momento en que termina). Desde esta perspectiva las normas pueden tener ámbitos de validez personal y espacial universales o restringidos, ya sea que se originen en tratados, costumbres o resoluciones de las organizaciones internacionales. Sin embargo, algunas fuentes del Derecho son solamente generales o particulares, ya sea por el ámbito de validez personal o espacial. En efecto, por ejemplo, los principios generales del derecho son siempre generales (es difícil de imaginar a tales principios como regionales), mientras que los actos unilaterales tienen un ámbito de validez personal generalmente restringido y mucho más las sentencias de tribunales internacionales judiciales o arbitrales, que sólo obligan a las partes en la controversia y para el caso concreto resuelto. En consecuencia, sólo se puede hablar de normas jurídicas regionales en cuanto esas normas tengan un ámbito de validez material, espacial o personal limitado y acotado y que, además, ofrezcan “una diferencia de cierta importancia respecto de las normas del derecho internacional universal”⁵³. “Desde el punto de vista del Derecho de Gentes, hay una región en la medida de que existan normas jurídicas cuyos ámbitos de validez personal y espacial estén limitados y cuyo ámbito de validez material sea diferente del de las normas del Derecho Internacional universal”. Cuando las normas regionales pierden estos caracteres, dejan de ser regionales ya sea por que se “generalizan” y pasan a ser normas del Derecho Internacional general, o bien porque aparece una norma de este último carácter que engloba la norma regional.

11. El Derecho Internacional universal y el Derecho americano

En este contexto y desde el punto de vista jurídico es que abordaremos algunos ejemplos de universalismo-regionalismo, en las relaciones existentes entre el Derecho Internacional americano con el Derecho Internacional universal.

En el ámbito americano han existido y existen normas, doctrinas y prácticas propias de la región que se aplican a las relaciones interamericanas derivadas de las diferentes fuentes del Derecho: tratados, costumbres y resoluciones de las organizaciones internacionales. Muchas de ellas se han transformado por la “generalización” en normas de Derecho Internacional general; otras mantienen su vigencia como normas regionales. Ejemplos de las primeras han sido: 1) el régimen jurídico de la propiedad privada en el Derecho del Mar (se convierte en general por el tratado de París de 1856); 2) las normas relativas a las reservas en los tratados internacionales (transformadas en generales por la Convención de Viena de 1969); 3) el principio del *uti possidetis* inserto en tratados de límites y

⁵³ Barberis, J. op. cit.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

aplicado por los tribunales internacionales en múltiples litigios en materia de demarcación de territorios entre Estados americanos (elevado a la categoría de principio general del derecho por la CIJ en su sentencia del 22 de diciembre de 1986 en el caso entre Burkina Faso y Malí; 4) el derecho de no intervención. La prohibición del cobro compulsivo de la deuda pública de los Estados (Doctrina Drago), que significó también una limitación en materia de responsabilidad internacional del Estado infractor y del ejercicio de la protección diplomática; y 5) el régimen jurídico de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva, transformado en norma general por el Tratado de Jamaica de 1982.

Ejemplos de la segunda son: 1) el asilo diplomático que ha sido observado no solamente como práctica reconocida entre los Estados de la región (costumbre regional), sino que se encuentra plasmado en instrumentos convencionales (convenciones de La Habana 1928, Montevideo 1933 y la Convención de Caracas 1954 que constituye el tratado más completo suscripto sobre esta materia); y 2) el paradigma democrático.

La pregunta que debemos hacernos en materia de aplicación de las normas generales y las americanas es la siguiente: frente a un caso determinado, ¿la solución es aplicar la norma general o indagar si existe una norma específica en el plano regional americano? Ante esta situación se nos presentan distintas alternativas: 1) si existe una norma general sobre la materia y ésta es suficiente para resolver el caso, no se justifica una norma regional; 2) si existe una norma universal pero a su vez una norma regional específica sobre la materia y que no se contraponen con la general, será de aplicación la regional; 3) en caso de no existir una norma universal y sí una regional (como el caso del asilo diplomático y el paradigma democrático), será de aplicación esta última.

El asilo es una de las instituciones más añejas en la historia de las relaciones internacionales. Es la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos, cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y/o persecuciones de las autoridades de otro Estado, o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades⁵⁴. “Desde el punto de vista jurídico y político se puede decir que es una momentánea derogación, ex *ratione loci*, de las facultades jurisdiccionales y de imperio que un Estado posee normalmente sobre las personas habitantes de su territorio”.⁵⁵

La cuestión acerca de si el asilo es o no un derecho es la que presenta una de las principales controversias en torno al tema⁵⁶. “Tradicionalmente, se ha

⁵⁴ Díez de Velasco, “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Tecnos, Madrid.

⁵⁵ Rico Aldave, “El Derecho de Asilo en la Cristiandad”, Universidad de Navarra, 2005.

⁵⁶ Así, por ejemplo, Díez de Velasco Vallejo dice: “Por asilo –‘generalmente’ llamado derecho de asilo – se entiende la protección...”. Como se nota, el autor

*considerado al asilo no exactamente como un derecho del individuo, sino más bien como un derecho del Estado (...) esa ha sido la posición tradicional de la doctrina respecto del asilo: una cuestión de Estado.”*⁵⁷ La distinción reside en que el individuo tiene derecho a solicitar asilo; pero por contrapartida, el Estado no tiene una obligación de satisfacer los derechos del particular solicitante. Así lo dice expresamente la Convención sobre Asilo Diplomático en su art. II:⁵⁸ *“Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega”*.

Para muchos doctrinos del Derecho Internacional el asilo diplomático presenta más de un problema. Entre ellos, señalan que no se ha podido probar, ni siquiera, que se trate de una costumbre general. Íntimamente vinculado con el tema de la inviolabilidad de las misiones diplomáticas, no ha sido receptado en forma convencional en el contexto internacional *“(…) el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 no incluyó el asilo diplomático en su articulado, al considerar la Comisión de Derecho Internacional que no hay en el Derecho Internacional general un derecho de asilo en las representaciones diplomáticas”*.⁵⁹

Existen tres clases de asilo: territorial, diplomático y neutral⁶⁰. El asilo territorial o político es aquella protección que un Estado presta en su territorio al recibir en el mismo a determinadas personas –perseguidos políticos- que se encuentran en peligro en su propio Estado⁶¹. Quienes han cometido un delito político están expresamente incluidos para que les sea concedido el asilo territorial. El problema se plantea en precisar qué se entiende por delito político, ya que no existe un método sencillo para distinguir lo “político” (motivo y objeto), de lo “criminal” (resultado). La tendencia actual en la materia, al menos en los casos de terrorismo internacional, parece inclinarse en el sentido de no conceder el asilo en estos casos, ni aun cuando las motivaciones hayan sido

mencionado, al decir generalmente, está significando que no hay un criterio uniforme al momento de señalar si se trata de un derecho o no. op. cit.

⁵⁷ López Garrido, D. “El Derecho de Asilo”, Editorial Trotta, Madrid, 1991, p.15

⁵⁸ Celebrada en Caracas, 1954

⁵⁹ Díez de Velasco, op. cit.

⁶⁰ Hay muchos internacionalistas que sostienen que el asilo es siempre político y lo subdividen en territorial y diplomático, según sea el lugar donde se lo conceda. El asilo neutral sólo opera en tiempos de guerra y por lo tanto es materia del Derecho Internacional Humanitario.

⁶¹ La Declaración 2312 (XXII) de la AG establece las líneas generales del asilo territorial. Ellas son: 1) el asilo es un derecho del Estado; 2) pueden beneficiarse de él las personas perseguidas; 3) el asilo debe ser respetado por todos los demás Estados; 4) quedan excluidos del asilo, los que hayan cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o delitos contra la humanidad; 5) la calificación de las causas del asilo corresponde al Estado territorial; 6) las personas que luchan contra el colonialismo, tienen derecho a que no se les niegue la entrada; y 7) se admiten como excepciones a la admisión y permanencia en el Estado asilante, razones de seguridad nacional o de salvaguarda de la población del Estado.

supuestamente “políticas”⁶². A modo de ejemplo, la Res. 1373 (2001) del C. de S. dice en su art. 1: “*Decide que todos los Estados: (...) c) Denieguen refugio a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo (...), f) Adopten las medias apropiadas (...) con el propósito de asegurarse de que el solicitante de asilo no haya planificado o facilitado actos de terrorismo ni participado en su comisión (...)*”.

Para parte de la doctrina el derecho a conceder asilo es una facultad discrecional de cada Estado y no un derecho de la persona. En tal sentido sostienen que si fuera un derecho, existiría la posibilidad para el sujeto de poder reclamar su efectivo cumplimiento, extremo éste que no se da en el caso del asilo. “*Así, pues, el término asilo indica la protección que un Estado acuerda a un individuo que busca refugio en su territorio o en un lugar fuera de su territorio. El derecho de asilo en consecuencia, se entiende como el derecho de un Estado de acordar tal protección: derecho por lo tanto que se dirige al Estado y no al individuo, en virtud del ejercicio de la propia soberanía (...)*”⁶³. Otros autores y doctrinos se muestran decididamente favorables a encuadrarlo como un verdadero derecho humano del individuo. Se basan para ello en numerosas declaraciones y convenciones internacionales⁶⁴ y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que en su art. 14 expresa: “*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país*”. “*Hoy en día, podemos afirmar que junto con el ‘Derecho Humanitario’, el ‘Derecho Internacional del asilo’ forma una de las grandes ramas cuyo tronco es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los tres ámbitos normativos se interpenetran y obedecen a principios generales comunes*”.⁶⁵

⁶² Los atentados del 11 de septiembre del 2001 en EE.UU. fueron un factor determinante para el cambio de postura con respecto al tema.

⁶³ Bobbio, N; Matteucci, N y Pasquino, G. “Diccionario de Política”, Siglo Veintiuno editores, 1998, Madrid, p.89.

⁶⁴ Entre las Convenciones y Declaraciones más importantes, podemos mencionar: Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); Tratado sobre Asilo y Refugios Políticos (Montevideo, 1939); Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940). A ellos hay que agregar las ya mencionadas Convenciones sobre Asilo Territorial, y sobre Asilo Político (ambas celebradas en Caracas, 1954). En el ámbito de la ONU, podemos destacar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 1954); el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva Cork, 1967). También es importante la labor realizada por el ACNUR (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados). La Convención Universal sobre DD.HH.(1948) en su art. 14 dice: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. La Convención Americana sobre DD.HH. (Costa Rica, 1969) en el art.22.7 expresa: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

⁶⁵ Mariño Menéndez, F. “Política y Régimen del Asilo de la Unión Europea”, en “Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro –

El asilo diplomático es una institución fundamentalmente latinoamericana⁶⁶, que de acuerdo a las fuentes del Derecho constituye una costumbre regional o particular y también tiene base convencional ya que ha sido codificada en la Convención de Caracas 1954. Según lo dispuesto en ella los lugares donde se concede el asilo son toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia del los jefes de misión y los locales habilitados, las naves de guerra, campamentos militares y aeronaves militares. Los consulados no son aptos para conceder el asilo diplomático. La Convención establece que legación es “*toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos exceda de la capacidad normal de los edificios*” (art. 1); en el art. 4 expresa que: “*Corresponderá al Estado asilante la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución*”, asimismo, “*El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable*” (art. 5), “*Se entienden como casos de urgencia, entre ellos, aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad*” (art.6).

En la actualidad parece poco probable que esta costumbre regional se generalice en el ámbito universal, aceptándose por la mayoría de los Estados: “Hoy no parece que los Convenios internacionales de amplitud planetaria sean la vía por la que se pueda obtener un reconocimiento y garantía del derecho de asilo (...) Parece más viable conseguir este objetivo, o parte del mismo, en un nivel regional o en un nivel estrictamente nacional”⁶⁷.

Analizaremos si la defensa del sistema democrático es un principio propio del sistema regional americano y cuáles son sus fuentes, alcance, y aplicación; asimismo, examinaremos cómo impacta este principio en determinadas normas y principios del Derecho Internacional general y si existe una tendencia hacia la “generalización” para llegar a constituir parte del ordenamiento jurídico internacional universal. Sobre estos temas hemos tomado como guía el excelente trabajo que sobre el particular ha efectuado la Profesora Beatriz M. Ramacciotti⁶⁸.

En el contexto regional, la práctica de la democracia recién se generaliza a partir de un proceso que va desde finales de la década de los años setenta hasta

Drnas de Clément - Coordinadora”, Drnas-Lerner editores, Córdoba, Argentina, 2002, Tomo II, p. 1607

⁶⁶ Tuvo su origen en el año 1949 cuando el Jefe del APRA, Haya de la Torre, al ser perseguido por las tropas del General Odría, se refugió en la sede de la embajada de Colombia en Lima. Recién pudo resolverse su situación cuando en el año 1954 se firmó el Acuerdo de Bogotá, por el que se le permitió a Haya de la Torre abandonar la embajada.

⁶⁷ López Garrido, op. cit.

⁶⁸ Ramacciotti, Beatriz. Democracia y Derecho Internacional en las Américas. Lerner. Córdoba. Argentina. 2009.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

principios de los noventa del siglo veinte, en el que casi todos los países del continente se adscriben a un régimen de democracia representativa. Por tanto, los principios democráticos a nivel constitucional se trasladan de alguna manera al ámbito internacional y, en nuestra región, a fortalecer el régimen democrático interamericano, otorgándoles a las normas relacionadas con la democracia representativa la categoría de “orden público regional americano” y vinculándolas a la noción de “bien común”⁶⁹.

Analizando la existencia y el alcance del principio democrático en el sistema regional americano en relación con las fuentes formales clásicas del Derecho Internacional, los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho (como principales) y la doctrina y jurisprudencia (como auxiliares) y las fuentes no enumeradas en el art.38 del Estatuto de la CIJ, como los actos unilaterales y las resoluciones de las organizaciones internacionales, caben las siguientes consideraciones. En lo que respecta a los *tratados* el *régimen democrático* se concreta en forma especial en la OEA. La Carta de Bogotá y sus modificaciones posteriores⁷⁰ establecen la primacía del Derecho Internacional como uno de sus propósitos: “*El derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas*”. Ramacciotti sostiene que la legitimidad de las normas jurídicas regionales que conforman el *régimen democrático interamericano* está

⁶⁹ Es la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando manifiesta: (...) “*Bien Común*” y “*Orden Público*” en la *Convención (de Derechos Humanos)* son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos “...requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (Carta de OEA, Art. 3, d).” Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986). Asimismo deben destacarse las consideraciones que algunos de los miembros del Comité Jurídico Interamericano han presentado en relación a los principios generales de Derecho Internacional aplicables en el sistema interamericano: (...) *el surgimiento, junto a un derecho clásico sustentado en la voluntad de los Estados, de un nuevo derecho común que se expresa en normas imperativas de ius cogens (...) que atienden a los intereses de la Comunidad Internacional en su conjunto reflejados en las obligaciones erga omnes de cobertura universal; y, especialmente, (...) las normas recogidas en los sistemas regionales, que reflejan obligaciones establecidas para la protección del interés colectivo esencial a la vida misma del grupo de Estados organizados. Este es el caso de las normas interamericanas relativas a la democracia representativa y a los derechos humanos que conforman un “orden público regional americano interpartes” (normas “erga omnes partes”)*.

⁷⁰ Tanto en su texto original adoptado en Bogotá en 1948 como en el de las sucesivas reformas -Protocolos de Buenos Aires (1967); Cartagena de Indias (1985); Washington (1992); y Managua (1993)- se establece formalmente el compromiso de la región con la democracia representativa. La Carta de la OEA contiene normas jurídicas en lo que respecta al *paradigma democrático*, a saber: *i*) en el preámbulo; y *ii*) en la parte dispositiva de la Carta se enuncia el siguiente principio: “*La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa*”. Este principio, que puede ser calificado como uno de “*orden público internacional*”, se incorpora convencionalmente en el mismo acto fundacional de 1948.

directamente relacionada con el reconocimiento de la democracia representativa como la única forma de gobierno aceptada por y para los Estados miembros de la OEA. Teniendo en cuenta los principios que rigen el *sistema interamericano* en general y los que han dado fundamento a la democracia en particular, puede llegarse a la conclusión que el “*ejercicio efectivo de la democracia representativa*” establecido en la Carta de la OEA (Art. 3. 2) es un principio de *orden público internacional* del Derecho Interamericano -o como le denomina el Comité Jurídico Interamericano un “*principio de orden público regional americano interpartes*”, según el cual debe regirse la estructura política y el comportamiento de los Estados. En tal sentido, las normas sobre la democracia están incorporadas a un nivel superior en el ordenamiento normativo interamericano, generando obligaciones jurídicas “*Interpartes*” o “*erga omnes partes*” respecto de todos los Estados miembros de la OEA y la propia organización, dentro del marco de una conducta y un cumplimiento animado por el espíritu de la *solidaridad democrática*⁷¹. La Carta, según la reforma de 1985 (Cartagena de Indias), introduce un nuevo propósito de la OEA: “*Promover y consolidar la democracia representativa dentro del principio de no-intervención*”. Esta norma es señalada como la que consagra al *paradigma democrático* como un propósito explícito de la organización. En lo referente a la costumbre, tanto la jurisprudencia como la doctrina han aceptado como expresión de la *opinio juris* de los Estados las resoluciones de las organizaciones internacionales. El análisis de las resoluciones adoptadas en el ámbito de la OEA acredita la existencia de una *opinio juris* constante y uniforme en el marco regional. La resolución sobre “Democracia Representativa” AG/RES. 1080 (1991), representa un avance trascendente en lo que se refiere a la formación de una norma consuetudinaria para la protección y defensa de la democracia en la región. Efectivamente, esta resolución excede lo meramente declarativo o recomendatorio, ya que expresa una aquiescencia general a la puesta en práctica del principio fundamental de la Carta de la OEA sobre “*ejercicio efectivo de la democracia representativa*” (Art. 3, d), dotando a la OEA de un mecanismo de acción colectiva para defender la democracia⁷². Para Ramacciotti esta resolución puede ser tipificada como una norma consuetudinaria regional que forma parte del *régimen democrático interamericano* y que, como tal, es obligatoria tanto para los órganos de la OEA como también para los Estados miembros. El principio democrático constituye sin duda una costumbre regional que cuenta con la participación y la aquiescencia de todos los Estados de la región americana. Si bien como costumbre regional tiene un ámbito de aplicación -espacial, personal y material- específico y limitado, puede llegar a generalizarse y pasar a constituir una costumbre general o universal. Como hemos expresado anteriormente, por el hecho de la generalización una norma regional puede, por obra de la

⁷¹ Ramacciotti, op. cit.

⁷² El mecanismo de acción colectiva se convierte en una práctica generalizada, como se comprueba en los casos en los que se aplicó: Haití (1991); Perú (1992 y 2000); Venezuela (1992); Guatemala (1993); Paraguay (1996 y 1999); Ecuador (2000); y por aplicación de la Carta Democrática, Venezuela (2002-2004), Nicaragua (2005-2006) y Honduras (2009).

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

“generalización”, convertirse en una de Derecho Internacional general⁷³. Respecto a si el principio democrático encuentra también su fuente en los principios generales del derecho, ello es discutible. Aun cuando se aceptara que en el estado actual la doctrina y jurisprudencia hayan ampliado el concepto tradicional de los principios generales del derecho mencionados en el art.38, en el sentido de que tal expresión comprende también a los principios generales del Derecho Internacional⁷⁴, se hace difícil aceptar de que existan principios generales de Derecho Internacional regionales, ya que tales principios son siempre generales. En cuanto a las fuentes auxiliares (doctrina y jurisprudencia), cabe señalar que las opiniones de los tratadistas, el aporte en la enseñanza, la actividad académica y las opiniones de juristas en conferencias internacionales y en el seno de las organizaciones internacionales, entre otros, han contribuido al desarrollo progresivo del Derecho Internacional, y en especial, a convalidar el principio democrático. En el ámbito del *sistema interamericano*, en este aspecto cabe destacar la labor desarrollada por el Comité Jurídico Interamericano en defensa del sistema democrático, que inició su consideración mediante la discusión de un informe sobre “*La Democracia en el Sistema Interamericano*” en el año 1994, con el objeto de determinar los alcances jurídicos de la democracia representativa en el ámbito regional⁷⁵. En virtud de que el principio democrático no ha sido

⁷³ América Latina ofrece numerosos ejemplos de normas que en una época pertenecían solo al Derecho Internacional regional y que luego pasaron a ser válidas para el resto de la comunidad internacional.

⁷⁴ Junto a los principios generales del derecho reconocidos en "foro doméstico" y elevados a la categoría de principios internacionales, existen otros propiamente internacionales que no encuadran dentro del dispositivo del apartado 1.c) del artículo 38, puesto que estos últimos en realidad no son más que aquellas normas del Derecho Internacional que derivan de las costumbres o de los tratados⁷⁴. Estos principios generales internacionales, tales como la primacía del tratado internacional sobre la ley interna; el principio de la continuidad del estado; el respeto a la independencia e igualdad de los Estados; la regla del agotamiento de los recursos internos para la procedencia de la acción de amparo diplomático, etc., son por su propia naturaleza de índole estrictamente internacional y no deben confundirse con los principios generales del derecho a los que hace referencia la disposición citada. Los "principios" del Derecho Internacional son "principios propios" de la disciplina relacionados con los "principios generales del derecho" con base en la particular naturaleza de la realidad social internacional considerada. En conclusión, la noción de "principio" se basa en las ideas de *elemento esencial* y *condición imprescindible* de sus derivaciones normativas (en el caso del Derecho), *origen* y *causa* de su existencia. Los "principios son reglas superiores a las positivas que se concretan mediante la expresión de voluntades subjetivas a las que sirven de fuente y fundamento..

⁷⁵ A partir de dicho informe, el tema de la democracia ha sido considerado en el seno del Comité Jurídico, habiéndose adoptado, a lo largo de los períodos ordinarios de sesiones en los últimos años, resoluciones e informes que fueron recogidos en gran parte por otros órganos, en particular el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA. A inicios de 2001, el Comité consideró la solicitud del Presidente del Consejo Permanente que invitaba al Comité a apoyar las labores que desarrollaba el Grupo de Trabajo encargado de la elaboración de la Carta Democrática Interamericana. El CJI adopta la resolución CJI/RES. 32 (LIX-0/01) que contiene las observaciones y comentarios sobre el

objeto de estudio en el ámbito internacional sino hasta hace algunas décadas, no se encuentra incorporado formal y específicamente al Derecho Internacional general. Por esta razón no existe aún jurisprudencia sobre esta materia en el marco de la Corte Internacional de Justicia. En el *sistema interamericano*, con la vigencia de la protección y promoción internacional de la democracia, se abrió todo un espacio para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos contribuyera con jurisprudencia, tanto en ejercicio de sus competencias de carácter consultivo como contencioso, dando cuenta de su interpretación de la democracia como un concepto estrechamente relacionado con los derechos humanos, y haciendo mención de ciertos requisitos y condiciones que deben cumplirse en una sociedad democrática para una adecuada vigencia de los derechos humanos. La admisión por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de nuevas fuentes además de las enumeradas en el art.38 del Estatuto de la CIJ pone de relieve la influencia que han tenido las organizaciones internacionales en el proceso de elaboración normativa, tanto a través de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional general como del particular o regional. El consenso en la adopción de las resoluciones genera una clara posibilidad de creación normativa, ya sea por su propio peso, ya para confirmar o cristalizar una costumbre consolidándola con la *opinio juris* que ella expresa. En tal sentido existen numerosas resoluciones y declaraciones que así lo acreditan⁷⁶. Sin duda que una de las más importantes es la Resolución AG/RES. 1080 (1991) que dio lugar a una práctica establecida y aceptada por los Estados miembros de la OEA en materia de democracia representativa. La Carta Democrática Interamericana, por su parte, aprobada mediante la Resolución AG/Res.1 el 11 de Septiembre de 2001 en el XXVIII Período Extraordinario de Sesiones de la OEA realizado en

Proyecto de CDI, que luego fue aprobado en la Asamblea General en su XXXI período de sesiones celebrado en marzo de 2001 en San José, Costa Rica (AG/RES. 1838 (XXXI – 0/01)). Este proyecto sirvió de base al Grupo de Trabajo, para continuar las negociaciones del instrumento jurídico. Cabe acotar que las observaciones del CJI se formularon bajo el supuesto de que la *Carta Democrática* sería adoptada como una resolución de la Asamblea General de la OEA. El Comité Jurídico Interamericano durante su 60° período de sesiones conoció de la adopción de la *Carta Democrática* y, en consecuencia, se acordó la resolución CJI/RES. 41 (LX-0/02) en la que consta que aquella recoge en gran medida los criterios y sugerencias formulados por dicho órgano. En los siguientes años el CJI ha continuado sus estudios en torno al seguimiento y la aplicación de la *Carta Democrática Interamericana*.

⁷⁶ Resolución sobre “Fortalecimiento del Sistema de Protección de Derechos Humanos”, Décima Conferencia Panamericana, 1954; Declaración de Santiago de Chile, Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, 1959; *Compromiso* de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano, XXI Asamblea General de la OEA, 1991; Resolución AG/RES. 1080 sobre *Democracia Representativa*, XXI Asamblea General de la OEA, 1991; Primera Cumbre de las Américas, Miami, Declaración de Principios, 1994; Declaración sobre la Defensa de la Democracia, XI Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río, 1997; Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, 1998; Declaración de la Ciudad de Quebec, Tercera Cumbre de las Américas, Canadá, 2001.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Lima, Perú, recepta la indispensable *opinio iuris* necesaria para calificar a una costumbre como tal (en este caso como costumbre regional), integrando en su texto las normas consuetudinarias sobre democracia existentes en el ámbito interamericano. Ramacciotti sostiene que la *Carta Democrática* constituye una resolución con caracteres especiales y heterogéneos y que, por tanto, su aplicación tiene efectos jurídicos de distinto tipo, obligatorios en algunos casos y, en otros, recomendatorios (capítulos III, V y VI), todo ello inspirado en la *solidaridad democrática* que une a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos⁷⁷. Considera la profesora citada que la *Carta Democrática* incorpora los principios democráticos en la categoría de “orden público internacional”. Estos principios, sin que puedan ser calificados como *jus cogens*, han pasado a constituir un bien jurídico protegido y base de obligaciones internacionales exigibles; como tales, se ven reflejados en la práctica internacional. Como corolario de esta afirmación, el “ejercicio efectivo de la democracia representativa” puede calificarse como principio de “orden público internacional” con efectos que corresponden a las obligaciones “*erga omnes partes*”. También parte de la doctrina sostiene, con relación a la naturaleza jurídica de la CDI, que sus disposiciones constituyen una interpretación auténtica de la Carta de Bogotá de 1948 y de sus reformas⁷⁸.

Aceptada la existencia de una norma regional de la naturaleza que estamos analizando, cabe preguntarse si tal norma no se encuentra en contradicción con normas de Derecho Internacional general, a saber: soberanía de los Estados; no-intervención; libre determinación; reconocimiento de gobiernos; principio de efectividad y responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos.

El sistema jurídico internacional estaba basado casi exclusivamente en la soberanía estatal. En el caso de la OEA, puede apreciarse que la soberanía estatal aparece estrechamente ligada a la idea de respeto del Derecho Internacional. Esta norma se vincula al principio de “igualdad soberana” de los Estados, según el cual

⁷⁷ El carácter no vinculante o convencional de la *Carta Democrática* sigue siendo materia de debate dentro y fuera de la organización regional. Otro aspecto de importancia que debe destacarse para determinar la naturaleza jurídica del documento es, sin duda, el contexto del desarrollo progresivo del Derecho Internacional que se incluyó expresamente en el último párrafo de la parte considerativa de CDI, que consigna lo siguiente: “(...) Teniendo en cuenta el desarrollo progresivo del derecho internacional y la conveniencia de precisar las disposiciones contenidas en la Carta de la OEA e instrumentos básicos concordantes relativos a la preservación y defensa de las instituciones democráticas, y conforme a la práctica establecida; Resuelve (los Ministros de Relaciones Exteriores)327 aprobar la siguiente Carta Democrática Interamericana).

⁷⁸ La CV69 sobre el Derecho de los Tratados, entre las normas de interpretación establecidas en el art. 31, entre otros criterios a tener en cuenta para la interpretación de un tratado, establece que deberá tomarse en cuenta “...todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes sobre la interpretación; toda norma de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

todos los Estados deben ser considerados con los mismos derechos y obligaciones. El principio de igualdad jurídica de los Estados es una derivación del concepto de soberanía: los Estados son iguales porque son soberanos. El artículo 21 de la Carta de la ONU consagra la igualdad soberana de sus Estados Miembros. En igual sentido la Resolución 2625: “todos los Estados gozan de igualdad soberana; tienen iguales derechos y deberes”. Una derivación de este principio de igualdad jurídica es el de la prohibición de intervención en los asuntos que sean esencialmente internos de los Estados Partes. La elección del régimen político de cada Estado ha sido reconocida como un asunto claramente de jurisdicción interna. Por ello en la actualidad cabe preguntarse si el único Estado legítimo es el Estado democrático, tomando como parámetro el denominado “principio democrático”⁷⁹ que se encuentra particularmente establecido en el sistema regional americano⁸⁰. Durante muchos años desde la creación de la OEA, era predominante la idea de que el tipo de gobierno que adoptara un Estado era un asunto de exclusiva competencia interna. El principio de no intervención fue defendido por las naciones latinoamericanas como un derecho esencial de los Estados. El principio de no intervención fue incluido en la Carta de la OEA en los artículos 1 y 19⁸¹. Evidentemente el principio de no intervención significa un atenuante para aplicar el principio *democrático*, debiendo emplearse el principio interpretativo de compatibilización entre ambos principios, tratando de que el principio de no intervención no se contradiga con el principio democrático. Esto es lo que trata de compatibilizar la Carta Democrática cuando expresa en sus considerandos que “...la Carta de la Organización de los Estados Americanos reconoce que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región y que uno de los propósitos de la OEA es promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención”. Se encuentran evidentemente en pugna un

⁷⁹ Es necesario señalar que aproximadamente dos tercios de los 192 países del planeta son democracias electivas, pero sobre 47 países de mayoría musulmana, sólo lo son una cuarta parte, y ningún Estado del mundo árabe – con excepción del Líbano – pertenece a esa categoría. Y además, existe una concepción de democracia sin Estado, confesional y étnica, tal como se la ve en Irak o en el Líbano.

⁸⁰ La Carta Democrática Interamericana fue aprobada en la AG Extraordinaria de la OEA, Lima, Perú, el 11 de Septiembre de 2001. Enmiendas a la Carta de la OEA: Cartagena, 1985, Nuevo propósito: promover y consolidar la democracia representativa dentro del principio de no intervención; Protocolo de Washington, 1992: Art.9, confiere a la AG la facultad de sancionar a un gobierno que surja de un golpe militar suspendiendo su derecho de participación.

⁸¹ “...La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros”. (Cap. I, Naturaleza y Propósitos, Art. 1), y “Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen”. (Cap. IV, Art. 19)

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

principio de Derecho Internacional general (establecido por la costumbre y por vía convencional), con uno que reconoce fuentes de la misma naturaleza pero a nivel regional. También el principio democrático aparentemente aparece en pugna con disposiciones de las Cartas de la OEA y de la ONU referidas al principio de libre determinación. El art.3 e) de la Carta de OEA establece que *“Todo Estado tiene el derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social y a organizarse en la forma que más le convenga y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales”*). Tratando de armonizar el principio democrático con esta disposición el Comité Jurídico Interamericano ha indicado que: *“El principio de no intervención y el derecho de cada Estado del Sistema Interamericano a elegir, sin injerencia externa, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, no pueden amparar la violación de la obligación de ejercer efectivamente la Democracia representativa en dicho sistema y organización”*.

La problemática del reconocimiento de nuevos gobiernos está íntimamente relacionada al reconocimiento de gobiernos de facto, es decir, de aquellos que han surgido quebrando el orden constitucional de un Estado. El reconocimiento de nuevos gobiernos en el sentido indicado tiene íntima relación con la existencia del Estado y de dos principios básicos del Derecho Internacional: el de identidad y el de continuidad del Estado. El Estado, una vez constituido como tal, adquiere personalidad jurídica internacional; solamente se extingue por pérdida de algunos de sus elementos constitutivos. Uno de tales elementos es el gobierno, entendido por el conjunto de órganos que ejercen las competencias del Estado⁸². El problema de la sucesión de gobiernos puede ser considerado desde dos ángulos distintos: a) cambios constitucionales de gobierno: el problema del reconocimiento en este supuesto no se plantea; la sucesión del gobierno es directa y automática. Estrictamente, desde el punto de vista del Derecho Internacional, no existe un nuevo gobierno. B) Cambios "irregulares" de gobierno: el problema del reconocimiento de esta clase de gobiernos, que advienen al poder en forma anormal o revolucionaria, es difícil de resolver por los demás Estados, ya que los mismos deben adoptar una decisión, deben evaluar si la nueva autoridad

⁸² Para la doctrina clásica las modificaciones que en él se produzcan no interesan al Derecho Internacional, en cuanto dicho elemento se mantenga como tal. En consecuencia, un Estado no desaparece con motivo de sus conmociones internas, cambios de gobierno, golpes de Estado, etc. El principio de identidad del Estado significa justamente lo expresado: cualesquiera sean los cambios, alteraciones o perturbaciones que sufra su estructura legal o política o su composición personal, no alteran la subjetividad internacional del Estado. Esta doctrina sostiene que dichos cambios se encuentran dentro de la órbita de la jurisdicción del Estado. Las transformaciones interiores no interesan al Derecho Internacional, en cuanto la personalidad internacional del Estado no se modifique.

constituida es la legítima representante del Estado en cuestión⁸³. El reconocimiento de tales gobiernos ha sido fundamentado en la doctrina de la efectividad⁸⁴. “Los límites del relativismo del derecho internacional que se expresan como atenuaciones o como derogaciones del consentimiento del Estado en cuanto principio constitucional del derecho internacional, jurídicamente se manifiestan a través de cuatro cauces de racionalidad y objetivación: el principio de la buena fe; el principio del no formalismo del consentimiento; el principio de efectividad y, finalmente, la existencia en el derecho internacional de normas imperativas...”⁸⁵. “La efectividad es una noción que se opone a lo ficticio y artificial, así como a lo meramente subjetivo o imaginario. La efectividad no es sólo un principio del Derecho Internacional, sino también del Derecho interno. El Derecho Internacional introduce un indispensable elemento de objetivación en cuanto expresa la relación necesaria que existe entre las normas y las situaciones jurídicas de una parte y la realidad social de otra, relación que tiende además hacia un progresivo acercamiento e identificación”⁸⁶. La función del principio de efectividad en el Derecho Internacional “es servir de factor de corrección de criterios de validez eminentemente subjetivos, propios de un ordenamiento jurídico escasamente institucionalizado”⁸⁷. En el reconocimiento de nuevos

⁸³ En el asunto Tinoco el árbitro Taft sentó varios principios en materia de reconocimiento de gobiernos de facto: a) el reconocimiento de un gobierno de facto por otras potencias, es un factor probatorio importante para establecer la prueba de la existencia de un gobierno en la comunidad internacional; b) al Derecho Internacional no le interesa la ilegitimidad o irregularidad de origen de un gobierno de facto, sino la de que dicho gobierno ejerce la soberanía de facto, manteniendo un completo control gubernamental del Estado en cuestión; y c) no existe norma de Derecho Internacional que haga depender el reconocimiento de un nuevo gobierno, a que el mismo se ajuste a la Constitución de ese Estado. El reconocimiento de esta clase de gobiernos se hace necesario para el mantenimiento de las relaciones internacionales y para evitar que el Estado en cuestión quede marginado del quehacer internacional.

⁸⁴ La Doctrina Estrada ha sido tradicionalmente identificada con el criterio de efectividad. Esta doctrina, enunciada por el canciller mejicano en el año 1930, preconiza que la práctica del reconocimiento es ofensiva para la dignidad del Estado en cuestión y que la actitud que se debe adoptar es la de mantener o suspender las relaciones diplomáticas y no juzgar sobre la legitimidad de un nuevo gobierno; aparentemente, lo que sostiene esta doctrina no es un reconocimiento, sino un reconocimiento tácito, ya que el hecho de seguir manteniendo relaciones diplomáticas es una demostración práctica del reconocimiento del nuevo gobierno.

⁸⁵ Carrillo Salcedo, Juan A. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Tecnos, Madrid, 1969.

⁸⁶ Charpentier, J. citado por Carrillo, *op.cit.*

⁸⁷ Carrillo Salcedo, *ob. cit.* “Todos los ordenamientos sociales arrancan de determinados hechos, que unas veces quieren proteger y otras modificar o eliminar, uniendo a estos hechos consecuencias jurídicas positivas, o sanciones, respectivamente. Mas como el dip no es un ordenamiento fundado en un poder central superior, el elemento de conservación está en él especialmente acentuado. De ahí el importante papel que en el dip desempeña en principio de efectividad. “Más que un principio jurídico en sentido estricto, la efectividad es un principio informador del dip.”⁸⁷. La efectividad constituye un requisito necesario para la validez internacional de numerosas situaciones. El Derecho

gobiernos el elemento determinante del reconocimiento está dado por “la nota de la efectividad del poder” En la vida internacional, una posición extrema atribuye a la efectividad las consecuencias jurídicas deseadas por sus autores a toda clase de hechos productores de una situación nueva o de cambio de otra situación preexistente. Está basada en el pensamiento kelseniano, en cuyo sistema jurídico es esencial la distinción entre la validez de una norma (que deriva de una superior), y su eficacia o efectividad. En Derecho Internacional, el principio *ex injuria, non oriturus*, sólo puede ser de aplicación por vía de excepción. Otra parte de la doctrina restringe el alcance y la aplicación del principio de efectividad. “El principio de efectividad no carece de límites jurídicos-internacionales: sólo rige en el marco que el propio derecho internacional establece”⁸⁸. En definitiva, el problema a resolver es la tensión entre la efectividad y la juridicidad de una situación, es decir entre el principio de efectividad y el principio de legalidad, pues puede provocar, como muchas veces ha sucedido, que se convaliden actos originariamente antijurídicos a través de la aquiescencia o del reconocimiento.

Otras doctrinas, sin embargo, se han opuesto al reconocimiento de esta clase de gobiernos, doctrinas que han tenido especial arraigo en el continente americano⁸⁹. Hay supuestos -como en el caso americano- en que la negativa del reconocimiento de una situación de hecho o de derecho tiene como finalidad actuar como una sanción en contra de quien ha producido tal estado de cosas. En tal supuesto, el no reconocimiento-sanción actuaría a fin de restablecer lo que se considera el orden jurídico violado. La negativa a otorgar el reconocimiento trae como consecuencia que las situaciones aludidas no producen efectos jurídicos en

Internacional trata de evitar las ficciones que llevan a dar por cumplidos los supuestos exigidos por él para la producción de determinados efectos, aun a sabiendas que dichos supuestos realmente no lo están.

⁸⁸ Si bien es reconocida la regla *ex injuria, non oriturus* (ningún acto por sí solo crea una situación de derecho), toda situación puede legalizarse tanto por el transcurso del tiempo, como por el reconocimiento de los demás Estados. El Derecho Internacional trata de no aceptar sin más la legalización de situaciones efectivas ante hechos ilícitamente consumados. A pesar de ello, “*tal estado de cosas no puede perdurar indefinidamente, pues iría en detrimento de la seguridad jurídica. Más pronto o más tarde tiene que restablecerse la situación anterior o reconocerse, y, por ende, subsanarse, la situación nueva*”. En igual sentido se pronuncia Díez de Velasco, que, citando a Miaja de la Muela (Los actos unilaterales), destaca la dificultad que entraña la continuidad en el reconocimiento de una situación hace largo tiempo inefectiva, frente a una realidad establecida antijurídicamente que se ha consolidado por el transcurso de las circunstancias y del tiempo, sin perspectivas de cambio inmediato.

⁸⁹ Así, la Doctrina de la Legalidad enunciada por Tobar (1907), que sostiene que los gobiernos de facto no deben ser reconocidos hasta que no demuestren que gozan del consenso popular. Esta doctrina en su parte fundamental establecía: “*Las Repúblicas Americanas, por su buen nombre y crédito, aparte de otras consideraciones humanitarias y altruistas, deben intervenir de modo indirecto en las decisiones internas de las Repúblicas del Continente. Esta intervención podría consistir, a lo menos, en el reconocimiento de gobiernos de hecho surgidos de revoluciones contra la Constitución*”.

relación con los Estados que han negado tal reconocimiento; por ende, cuanto mayor sea el número de Estados que nieguen el reconocimiento, mayores serán las probabilidades de lograr que el Estado infractor restablezca el orden jurídico violado⁹⁰. En la actualidad, en el marco de los principios y normas del *Régimen Democrático Interamericano*, la situación es totalmente distinta: es imperativo que un Estado cuente con un gobierno democrático, calidad que es un requisito y condiciona el reconocimiento de dicho gobierno a nivel de la comunidad hemisférica⁹¹.

El incumplimiento de una obligación internacional genera la responsabilidad del infractor. En este sentido se puede definir a la responsabilidad internacional como aquella situación resultante del incumplimiento de una obligación jurídica internacional por un sujeto de Derecho Internacional, cualquiera sea la naturaleza de esa obligación y la materia a la que se refiere. Las normas de Derecho Internacional general sobre la materia se encuentran reflejadas en el proyecto de artículos sobre “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, aprobado por la AG en el año 2001. El núcleo del proyecto está justamente basado en el hecho internacionalmente ilícito: *Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*. (art. 1). La exigencia está dada por el hecho internacionalmente ilícito, que supone la violación de una obligación internacional en vigencia mediante un comportamiento (acción u omisión) atribuible a un Estado. La naturaleza de la obligación violada y el comportamiento del Estado se rigen por el Derecho Internacional, no importando la calificación efectuada por el Derecho interno del mismo hecho, aun cuando este último lo considere lícito.

En el caso de la violación del principio democrático debemos preguntarnos cuál es el hecho internacionalmente ilícito y, en este caso, si se conforman en el caso concreto los dos requisitos indispensables para ello: a) el elemento subjetivo, la atribución de la conducta ilícita a un Estado. Lo único que exige la regla es que jurídicamente se le pueda imputar a un Estado una acción u omisión contraria a una obligación internacional vigente. “*Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional* (art.2, a)”. Diversas son las

⁹⁰ Éstas fueron básicamente las argumentaciones que sustentaba la Doctrina Stimson, para rechazar la invasión de Manchuria efectuada por Japón en el año 1931.

⁹¹ El propio Comité Jurídico Interamericano, en concordancia con los nuevos tiempos, ha indicado en diversos informes y resoluciones desde 1993 relacionados con el principio de no intervención y el derecho de cada Estado miembro de la OEA de elegir sin injerencia externa su sistema político, económico y social y a organizarse en la forma que más le convenga, que este derecho no puede amparar la violación del principio y la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa. Según esta práctica de los Estados americanos, el tema de la libertad que tiene cada Estado para elegir y, por qué no, para cambiar su forma de gobierno, ya no se considera como perteneciente a la esfera exclusiva de la jurisdicción interna sino que se ha incorporado a las reglas de Derecho Internacional general (o por lo menos regional americano).

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

formas de atribuir un comportamiento ilícito al Estado. La más corriente es por la imputación del obrar de sus órganos, que es en definitiva la forma mediante la cual se expresa la voluntad del Estado. Pero ante esta precisión concreta, se encuentra una más general, que amplía la responsabilidad al Estado por los actos de otras entidades con la condición que ejerzan funciones de poder público, de órganos puestos a disposición por otro Estado, de personas controladas por el Estado⁹², o bien de personas que ejerzan de hecho funciones propias del Estado; en este sentido, a la expresión “*gobierno*” incorporada en la *Carta Democrática*, es importante interpretarla teniendo en cuenta la hipótesis que el orden democrático puede verse amenazado a través de una acción inconstitucional del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y/o del Poder Judicial, o en términos más amplios, en caso que cualquiera de los poderes del Estado sobrepase los límites constitucionales y ponga en riesgo al “Estado de Derecho”. Según estos supuestos, cabe preguntarse: ¿la expresión “*gobierno*” en la *Carta Democrática*, se refiere exclusivamente al Poder Ejecutivo, o puede entenderse que también incluye a los otros poderes del Estado? Esta distinción es clave en relación a la solicitud y al consentimiento que debe dar un “*gobierno*” para la presencia de la OEA (a través del Secretario General y/o del Consejo Permanente) en situaciones de crisis que puedan estar afectando la institucionalidad democrática o el legítimo ejercicio del poder en un Estado miembro, según los artículos 17° y 18° de la *Carta Democrática*⁹³; b) el elemento objetivo: el requisito objetivo, la violación de una obligación internacional, se cumple cuando existe un comportamiento – hecho del Estado – que no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación; es decir, que la conducta del Estado no se ajusta a lo establecido en una obligación internacional. Por tanto, todo comportamiento del Estado que no se adecue a lo prescrito por una obligación internacional acarrea su responsabilidad; no importando a estos fines cuál sea el origen o la naturaleza de esa obligación (consuetudinaria, convencional o de cualquier otra clase); sólo se exige que dicha obligación se encuentre vigente en relación a ese Estado en el tiempo de cometerse el acto ilícito. La obligación jurídica vigente, en el caso que nos ocupa, quedaría expresada de la siguiente forma: “Todo Estado miembro de la OEA tiene la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa” (Art. 3° (d) de la Carta de la OEA); o dicho de otra forma: “Los Estados americanos deben organizarse políticamente sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”. La ruptura del orden democrático o la alteración del orden constitucional que afecten gravemente el orden democrático significarían una violación de la obligación anterior. Tales circunstancias podrán

⁹² Los principios de Derecho Internacional relativos a la atribución a los Estados de actos llevados a cabo por personas privadas no se basan en criterios rígidos y uniformes. Si se prueba que las personas que no son órganos del Estado, actúan no obstante en nombre de ese Estado, sus actos le son atribuibles. (TIP para la antigua Yugoslavia. As. Fiscal c. Dusko Tadic. 1999).

⁹³ Existen diferentes apreciaciones sobre este particular, aunque de acuerdo a la opinión de Ramacciotti, quizás la más generalizada sea aquella que interpreta que la expresión “*gobierno*” que utiliza la *Carta Democrática* se refiere exclusivamente al Poder Ejecutivo.

ser apreciadas por el gobierno del Estado afectado miembro de la OEA. Las interrogantes a dilucidar son: 1) ¿qué se entiende por “democracia representativa”? 2) ¿Cuál es el significado preciso de la expresión “ejercicio efectivo de la democracia representativa”⁹⁴? Ambos términos (“democracia representativa”, y su “ejercicio efectivo”) quedan abiertos a discusión dado que no existe una definición propiamente dicha de “democracia”, más aún cuando, justamente, el hecho ilícito se produciría en los casos de “*alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático*” (CDI, Art. 20º) o “*la ruptura del orden democrático*” (CDI, Art.19º). Se hace necesaria una mayor tipificación de los elementos de la democracia representativa que menciona la CDI; vale decir los relativos al “*acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho*”; “*la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto*”; “*el régimen plural de partidos políticos*”; y “*la separación e independencia de los poderes públicos*”(CDI Art. 3). Así también parece conveniente y necesario que haya precisión respecto de los elementos básicos y los estándares mínimos exigibles para que se considere si el orden democrático en un determinado país ha sido o no quebrantado o en qué medida existe un serio riesgo de que ello suceda. Desde un punto de vista teórico,

⁹⁴ De este modo, teniendo como antecedente las diferentes crisis democráticas que se han producido en algunos los países -que dan una pauta de cómo puede afectarse la integridad de las instituciones y las atribuciones de los poderes del Estado en un orden democrático- existe una larga lista de asuntos que deberían ser examinados para darles un contenido más preciso a los elementos constitutivos de la democracia representativa y contemplar diversas cuestiones estrechamente vinculadas a ellos, entre otros los siguientes: - el debilitamiento o la inacción de los sistemas de controles mutuos que regulan la separación y el equilibrio de poderes; - elecciones que no cumplen con los estándares internacionales mínimos y que no garantizan la veracidad y transparencia de los resultados electorales; - falta de realización de elecciones periódicas o la no aceptación de sus resultados; - terminación ilegal del período de un oficial electo democráticamente por otro, haya sido electo o no; - nombramiento, remoción o interferencia arbitraria o ilegal sobre miembros de los cuerpos judiciales y electorales; - interferencia, por oficiales no electos, militares o civiles, en la jurisdicción de oficiales electos; - uso del cargo público para silenciar, perseguir o interrumpir las actividades legales de miembros de la oposición política, la prensa o la sociedad civil; - inexistencia de una regulación sobre aspectos vinculados a la propaganda electoral; el financiamiento de la actividad política; la alternancia en el poder; el estatuto de los independientes en la actividad política; - serias controversias y convulsión social por el uso y manejo inequitativo del presupuesto nacional y/o de los recursos públicos en detrimento de opositores políticos; entre otros. De todos estos elementos, cabe destacar el relativo a los procesos electorales puesto que es la base de la legitimidad de un gobierno democrático. En esta línea ¿cuáles son los parámetros para medir efectivamente que las elecciones son libres y justas con sufragio universal e igual, abiertas a múltiples partidos, realizadas por votación secreta, supervisadas por autoridades electorales independientes y libres de fraude e intimidación para que todo ciudadano pueda no sólo elegir sino también ejercer el derecho a ser elegido como candidato y poder presentar en conjunto con otros ante la opinión pública sus puntos de vista? El tema central de la “legitimidad de origen” de un régimen democrático es un aspecto esencial que debe ser desarrollado con mayor detenimiento en la normatividad del *Régimen Democrático Interamericano* de acuerdo a las “mejores” prácticas existentes.

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

en cuanto a la naturaleza de la obligación jurídica, interpretamos que se trata de una “*obligación de resultado*”, en la medida que el Estado debe establecer efectivamente un régimen de democracia representativa, pero conserva plena libertad de escoger los medios y las características de democracia representativa que regirán en cada país. Para el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el principio de libre determinación y no injerencia contenido en el Art. 3° (e) de la Carta de la OEA, dado que el Estado elegirá las modalidades de su sistema político dentro de un régimen de democracia representativa. En cuanto a la violación de una obligación internacional vigente propiamente dicha (teniendo en cuenta que la obligación jurídica es el “*ejercicio efectivo de la democracia representativa*” antes comentado, así como lo establecido en el proyecto sobre “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” de 2001, artículos 1, 2, 3 y 12.), puede establecerse que, para el caso del *Régimen Democrático Interamericano*, los supuestos de violación de la obligación vigente, que configurarían un hecho internacionalmente ilícito, son los siguientes: a) la no constitución del gobierno del Estado en base a parámetros democráticos y no hacer un ejercicio efectivo de las competencias en materia democrática; b) la interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo (AG/RES.1080); c) el derrocamiento por la fuerza de un gobierno democráticamente constituido (Art.9°, Carta de la OEA); y d) la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático (Carta democrática, Artículos 19° y 20°).

En materia de responsabilidad internacional es necesario analizar la aplicación y los efectos ya aludidos relacionados con el concepto de ley especial. En este sentido, el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos establece que no se aplicarán dichos artículos si el contenido de la responsabilidad o el modo de hacerla efectiva se rigen por normas especiales de Derecho Internacional. “*Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional*” (art.55). La especialidad puede estar referida a: a) condiciones de existencia del hecho ilícito; b) contenido de la responsabilidad (consecuencias jurídicas del hecho ilícito); y c) modos de hacer efectiva la responsabilidad (invocación de la responsabilidad y contramedidas). El Proyecto, en los artículos 57 y 58, deja perfectamente establecido que sus disposiciones en materia de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se conciben sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad en relación a: a) una organización internacional. (art.57); b) un Estado por el comportamiento de una organización internacional; y c) la responsabilidad individual de cualquier persona que actúe en nombre del Estado (art.58). Está referido a personas que actúan en nombre del Estado, no incluyendo los casos de actos individuales propios. De conformidad con ello, el caso bajo estudio puede encontrarse regido por el principio de “ley especial prima sobre la ley general” (*lex specialis derogat legi generali*), en lo concerniente a las condiciones de

existencia del hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado por incumplimiento de una obligación jurídica, y las modalidades para hacer efectiva la reparación respectiva. Sin embargo, es necesario resaltar que de conformidad con el art.56 del Proyecto, “*Las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito en la medida en que esas cuestiones no estén reguladas en los presentes artículos*”. Para evaluar las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito por incumplimiento de la obligación jurídica de ejercicio efectivo de la democracia representativa, son de aplicación las disposiciones pertinentes del proyecto sobre “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” de 2001 (arts. 28, 29, 31, 32, 33). La responsabilidad del Estado originada en un hecho internacionalmente ilícito produce una serie de efectos jurídicos inmediatos, entre los que se destacan: a) el deber del Estado infractor de continuar cumpliendo lo preceptuado por la obligación violada (art.29); b) el de poner fin a la violación de la obligación (art.30, ap.a); c) el de ofrecer garantías y seguridades de no repetición, si las circunstancias así lo requieren (art.30, ap.b); y d) el de reparar íntegramente el perjuicio (tanto el daño material como el moral) causado (art.31). De todas estas consecuencias, en este caso sólo serían de aplicación las señaladas en los puntos a), b) y parcialmente en el d)⁹⁵. En el *Régimen Democrático Interamericano* vigente, la implicancia del hecho internacionalmente ilícito atribuible a un Estado es la generación de responsabilidad internacional por el incumplimiento de la obligación jurídica del “*ejercicio efectivo de la democracia representativa*”. El Estado miembro de la OEA, en consecuencia, adquiere la obligación de poner fin al hecho internacionalmente ilícito, restableciendo a la brevedad posible el orden democrático⁹⁶, no pudiendo invocar disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de dicha obligación (Art. 32°). Producida la violación, caben dos situaciones: que el gobierno del Estado, en circunstancias de crisis que puedan estar afectando la institucionalidad

⁹⁵ La regla general es que la reparación debe ser íntegra, entendiéndose por tal que el resarcimiento debe borrar las consecuencias producidas por el hecho ilícito. Así lo establece el artículo 31 del proyecto 2001. La obligación de reparar íntegramente el perjuicio, significa que la reparación, en la medida de lo posible, debe hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito restableciendo la situación como si no hubiera existido la violación. Por ello la primera forma de efectuarlo es la restitución en especie; de no ser posible, debe traducirse en una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del hecho ilícito. En consecuencia, en el caso que nos ocupa, la reparación estaría concentrada para el Estado responsable en la restitución, es decir a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito (art. 35), obligación que se encuentra limitada por dos circunstancias: a) que la restitución sea materialmente imposible y (art. 35, a), b) que la restitución signifique una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de sustituirla por una indemnización (art. 35, b).

⁹⁶ Las resoluciones que la OEA adopte en tal eventualidad tendrán por objeto ese restablecimiento. (Art. 31°). Esta es una obligación que el Estado infractor debe cumplir frente a la Organización de los Estados Americanos y los demás Estados miembros de la OEA. (Art.33°).

democrática o el legítimo ejercicio del poder, otorgue su consentimiento solicitando la presencia de la OEA (a través del Secretario General y/o del Consejo Permanente); o bien que la OEA actúe directamente (sin necesidad de un consentimiento expreso o tácito de quienes detentan el poder) cuando se produzca una ruptura que afecte gravemente el orden democrático⁹⁷, después de una apreciación colectiva de los hechos por parte del Consejo Permanente y/o la Asamblea General. En este último caso, la OEA para cumplir con esta obligación jurídica, tiene facultades para llevar adelante una serie de actividades y adoptar medidas apropiadas en los casos en que la obligación de “*ejercicio efectivo de la democracia representativa*” sea incumplida por parte de un Estado miembro⁹⁸. En resumen, en la actualidad la OEA está facultada, en caso de que no se remedie el incumplimiento de la obligación de “*ejercicio efectivo de la democracia representativa*”, para proceder a la aplicación de la suspensión inmediata del derecho de un Estado Miembro de participar activamente en la OEA, el cual sólo se podrá restituirse cuando quede superada la situación que motivó la suspensión. Cabe destacar, asimismo, que el Estado que hubiere sido objeto de suspensión

⁹⁷ Otra norma democrática que se introduce en la Carta de la OEA con la reforma de 1992 (Protocolo de Washington), es un mecanismo de acción colectiva y sanciones para aquellos que se posesionen ilegítimamente del poder derrocando por la fuerza a un gobierno elegido democráticamente. Esta es una norma convencional y por tanto adquiere un carácter de obligatorio cumplimiento, tanto para los Estados ratificantes de la reforma, como para los órganos de la OEA. Sin embargo, aunque tiene la virtud de incorporar medidas progresivas frente a situaciones de distinto grado así como sanciones diplomáticas -no previstas en la resolución AG/RES.1080-, al referirse exclusivamente a la hipótesis de un *golpe de estado*, resulta más restrictiva que aquella en lo que respecta a los posibles escenarios de rompimiento de la democracia. El avance sustantivo, no obstante, está dado por el hecho de haberse incluido una “cláusula democrática” con mecanismos de acción colectiva y con sanciones diplomáticas a nivel convencional, que constituye un nuevo y progresivo avance hacia la consolidación del *Régimen Democrático Interamericano*. Asimismo, puede apreciarse en este caso como una norma convencional (art 9 de la Carta OEA) se complementa mutuamente con una norma consuetudinaria (AG/RES. 1080) con el propósito de restaurar la democracia quebrantada. Todo ello coadyuvó a continuar con la tarea normativa prodemocrática, y poco tiempo después, este objetivo se lograría en gran medida con la aprobación de la *Carta Democrática Interamericana* en 2001.

⁹⁸ Así por ejemplo, en el marco de la resolución sobre *Democracia Representativa* (AG/RES.1080), corresponde a la Organización, a través de la reunión *ad hoc* de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Asamblea General, determinar cuándo uno de sus Estados miembros ha dejado de cumplir la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa, a fin de adoptar las medidas que considere pertinentes para remediar la situación existente. Por su parte, de acuerdo a la *Carta Democrática* -como se ha analizado en la sección sobre su estructura normativa y contenidos- se establecen disposiciones similares pero de mayor alcance que incluyen la convocatoria inmediata de los órganos competentes de la OEA -Consejo Permanente y/o Asamblea General- para realizar una apreciación colectiva de la situación cuando en un Estado miembro existe una alteración grave del orden democrático, de tal manera que puedan adoptarse las decisiones que se estimen más apropiadas.

A. S. PAGLIARI

deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la organización, en particular en materia de derechos humanos.

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito respecto del Estado responsable difieren según sea la naturaleza y el contenido de la obligación violada y de las circunstancias de tal quebrantamiento, ya que, según el caso, dichas obligaciones pueden estar referidas a: a) un Estado en particular; b) varios Estados; o c) la comunidad internacional en su conjunto. En el caso que nos ocupa serían de aplicación posible sólo los dos últimos supuestos, ya que evidentemente no se da la existencia de un Estado lesionado en particular. En los dos últimos casos (obligación existente con un grupo de Estados o con relación a la comunidad internacional), las condiciones para la invocación de la responsabilidad son las siguientes (art. 42, b), I) y II): a) que la violación afecte especialmente al Estado alegante de la responsabilidad, b) o bien que la violación de la obligación sea de tal naturaleza que modifique radicalmente el alcance del ulterior cumplimiento de dicha obligación con relación a esos Estados. En el caso de obligaciones en relación a un grupo de Estados que protegen un interés colectivo de éstos, cualquiera de los Estados de dicho grupo se encuentra legitimado para interponer la reclamación (art. 42, b) del Proyecto de artículos). En los casos que se faculta la acción directa de la OEA, con la posibilidad de aplicar sanciones al Estado infractor, se trata de una reacción multilateral “*post facto*” frente al hecho internacionalmente ilícito. En el *Sistema Interamericano*, la acción colectiva prodemocrática está permitida y por tanto es lícita. La acción colectiva prodemocrática favorece los intereses de todos los Estados miembros de la OEA y de la propia comunidad interamericana. En este sentido, cualquier Estado tiene el derecho de recurrir a la OEA para solicitar una acción colectiva prodemocrática cuando el legítimo ejercicio del poder o la institucionalidad democrática se encuentran en riesgo.

El principio *democrático*, a nivel regional, se basa en una estrecha relación entre la democracia y los derechos humanos. Es en el marco regional del sistema interamericano y en especial dentro de la OEA como organización de esta naturaleza, donde se ha consolidado el principio democrático a través de diversos desarrollos jurídicos, de forma tal que ha impactado sobre normas generales de Derecho Internacional antes expuestas. En este sentido se ha formado una conciencia regional de que al Derecho Internacional ya no le es indiferente la forma ni la naturaleza de los gobiernos de los Estados que detentan el poder. Evidentemente, en la actualidad en la comunidad internacional en su conjunto, se valora que la forma democrática de los gobiernos es una condición de legitimidad para participar en el orden internacional. “De este modo, se constata a nivel internacional, que está emergiendo un nuevo estándar político, bajo el referente del *paradigma democrático*, representando una tendencia universal clara, fuerte y ascendente. Pero, en lo que respecta propiamente a la “*democracia*”, cabe admitir que en la actualidad sólo existe un consenso mínimo a nivel universal sobre lo que ésta significa e implica, tal como está contenido en algunos parámetros

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

básicos comúnmente aceptados a nivel universal que le dan cierta unidad al concepto”⁹⁹.

⁹⁹ Ramacciotti, ob. cit.

