

Resolución de conflictos normativos en Derecho Internacional Público*

Víctor Saco Chung

1. Introducción

El Derecho Internacional actual presenta una cantidad de normas, que hubiera sido imposible predecir, por su número, para sus primeros estudiosos. Estas regulan varios aspectos que permiten que las relaciones internacionales se desenvuelvan de manera óptima. Sin embargo, la copiosidad de las normas y la presencia de subsistemas en el ordenamiento jurídico actual pueden generar conflictos entre estas con efectos para los sujetos internacionales que se ven obligados por las mismas. El presente artículo expone la problemática de los conflictos normativos a nivel internacional y presenta herramientas para su solución.

2. Fuentes y normas en Derecho Internacional Público¹

El Derecho Internacional Público es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones internacionales.² A pesar de ser reconocidas directamente en la definición de la ciencia que estudian, la doctrina le ha dado mayor importancia a las fuentes del

* Este artículo está basado en: SACO, Víctor. «Resolución de Conflictos normativos en derecho internacional público y la prohibición de restricciones cuantitativas recogidas en el GATT». Tesis para optar por el título de Abogado. Lima. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, octubre 2007

¹ Partes de este punto están basadas en el artículo sobre responsabilidad internacional de la revista *Derecho y Sociedad* N° 31 (en prensa).

² GUGGENHEIM, P. *Traité de Droit international public 1*. (Segunda edición, 1967), citado por WEIL, Prosper. «Towards relativity in international law?». *The American Journal of International Law (AJIL)*, Vol. 77, N° 3 (July 1983), p. 413. En el mismo sentido, también ROUSSEAU, Charles, «Le droit de gens se préoccupe essentiellement de régir les relations entre Etats ou plutôt [...] les relations entre sujets de droit international» (*Droit International Public*. Paris: SIREY, 1953, p. 7) y BARBOZA citando a Moncayo, Vinueza y Gutiérrez: «Conjunto de normas jurídicas que reglan las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional» (*Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalia, 2001, p. 12).

Derecho Internacional Público dejando de lado el estudio de las normas. Si bien ambos conceptos están íntimamente ligados (sin fuentes no existirían normas), es preciso dedicarles a estas últimas un estudio especial, sobre todo porque en la práctica jurídica, el especialista internacional se enfrenta al problema de la aplicación de las normas.

En el Derecho Internacional, como en el interno, existen normas primarias y normas secundarias. Las primeras hacen referencia a las normas aplicables a la situación fáctica, respecto a ellas el jurista solo debe preocuparse por los problemas relativos a su aplicación (si la norma calza en el hecho acontecido) o por la interpretación de la misma. Las normas secundarias hacen referencia a aquellas que reglan el procedimiento de formación de normas primarias, es decir, el conjunto de procedimientos que se deberían cumplir para que una norma nazca válidamente.

Las normas secundarias son conocidas como «fuentes».³ A pesar de no ser materia de nuestro estudio, les dedicaremos algunos párrafos, en tanto, como se ha mencionado, estas permiten la génesis de las normas.

Por la naturaleza del Derecho Internacional, donde no existe un órgano legislativo concentrado que emita normas vinculantes a todos los Estados, determinarlas puede ser una labor más difícil en comparación con lo que puede suceder en el Derecho interno.

Existe un consenso en la doctrina respecto a cuáles son las fuentes del Derecho Internacional: los tratados, las costumbres, los principios generales del Derecho, los actos unilaterales de los Estados, los actos de las organizaciones internacionales y, subsidiariamente, a la doctrina y a la jurisprudencia.⁴ Dentro de estas, las más «importantes» son el tratado y la costumbre.⁵

³ THIRLWAY, Hugh. «The sources of International Law». En Malcom Evans. *International Law*. Segunda edición. New York: Oxford University Press, 2006, p. 116. Para un sector de la doctrina, el término «fuente» se hace referencia a dos conceptos: uno se refiere a los procesos y métodos de creación de la norma y el otro a la fuerza de la norma, lo que la hace obligatoria y de aplicación efectiva. El contenido del derecho deriva de las últimas, constituyen los fundamentos sociológicos, políticos, morales o económicos de las normas; mientras que las primeras formulan e «introducen en el derecho» este contenido. La relación entre ambas fuentes es de complementariedad: unas permiten que el derecho pueda nacer y sea efectivo, mientras que las otras le dan su fuerza real. Ambas se necesitan e influyen mutuamente. QUOC DINH, Nguyen *et al.* *Droit International Public*. Séptima edición. Paris: LGDJ, 2002, p. 112.

⁴ Ver el artículo 38 del Estatuto de la CPJI del 15 de diciembre de 1920, retomado en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Igualmente, BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*. Sexta edición. Oxford: Oxford University Press, 2003; CASSESE, Antonio. *International Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2005. DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Octava edición. Paris: Dalloz, 2006; QUOC DINH *et al.* *Op. cit.*, entre otros. Dupuy agrega que el texto del artículo 38 está influenciado por la doctrina positivista – voluntarista, de acuerdo con la cual, si una norma no cumple con los procedimientos necesarios para su creación, está es inválida y, por tanto, no puede oponerse a otros sujetos de Derecho.

⁵ Esta tendencia a considerarlas como las normas más importantes se ha mantenido en el tiempo, por lo menos entre 1970 (ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris: SIREY, 1970, p. 58), 2003 (BROWNLIE. *Op. cit.*, p. 3) y 2005 (CASSESE. *Op. cit.*, p. 183).

En el caso de la costumbre internacional es una práctica que realizan los Estados convencidos de que la misma es obligatoria. Por lo tanto, para que esta sea fuente válida de una norma de Derecho, será necesario que se configuren tanto un elemento subjetivo como uno objetivo o material. El elemento subjetivo se refiere a que los Estados estén convencidos que una determinada práctica sea jurídicamente obligatoria (*opinio iuris*). El elemento objetivo se refiere justamente a esta práctica, la cual deberá haber sido practicada por uno o más Estados por un determinado tiempo.⁶

En cuanto a los tratados, determinar las normas secundarias parece ser una tarea más sencilla desde la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁷ En este documento se recogen normas consuetudinarias respecto a cuándo será válido el documento donde se expresan las voluntades concordantes de dos Estados en crear o modificar normas jurídicas. Por ejemplo, un tratado será nulo en casos en los cuales fue ratificado mediando dolo, error, coacción por medio de la amenaza de la fuerza, entre otros supuestos.⁸

Lo importante al analizar las fuentes de Derecho Internacional es determinar si estas han cumplido con sus elementos constitutivos, por ello es importante conocer la definición de cada una de ellas.⁹

La importancia de las fuentes con respecto a las normas es su validez, si se respetaron las normas secundarias y estas generaron válidamente normas internacionales, será posible que el jurista se aboque tranquilamente al análisis de su interpretación y aplicación.

⁶ Para ahondar en el concepto, se puede revisar el texto de PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 69-74. Es claro que estos dos elementos presentan dificultades en su probanza ¿cómo se prueba la reiterancia de una práctica? O más difícil aún ¿cómo demostrar que un Estado consideraba como jurídicamente obligatoria la mencionada práctica? Estas son situaciones que ponen a prueba la habilidad del jurista, ya que no son imposibles de probar. Muestra de ello se dan a nivel interno e internacional. En el primera caso, ante la jurisdicción interna ver la Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América en el caso de los navíos Paquete Habana y El Lola (U.S. Supreme Court: The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900). Decided January 8, 1900). Igualmente, a nivel internacional, la prueba de la naturaleza consuetudinaria de la prohibición del uso de la fuerza en el caso *Nicaragua Contras (Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua)* (sentencia sobre el fondo del 27 de junio de 1986).

⁷ Ratificada por el Perú el año 2000, mediante Decreto Supremo 029-2000-RE. Este tratado cuenta con 108 ratificaciones y 45 firmas de acuerdo con la Colección de Tratados de las Naciones Unidas (UNTC). <<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&cid=467&chapter=23&lang=fr> (Consulta: 17 de octubre de 2008)>.

⁸ Artículos 46 a 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁹ Por ejemplo, los tratados han sido definidos como «una manifestación de voluntades concordantes, impu- tables a dos o más sujetos de Derecho Internacional, y destinada a producir efectos jurídicos en conformidad con las normas del derecho internacional». REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. México: Facultad de Derecho de la UNAM y FCE de México, 1999, p. 45 y ss.

Respecto a las normas, a diferencia del Derecho interno, no existe en el Derecho Internacional una jerarquía entre normas por la fuente o instrumento del que se deriven.¹⁰ En Derecho Internacional no existe una constitución similar a la de cada Estado, por lo tanto no hay normas que se deriven de esta, que generarían que las que se opongan a ellas serían «inconstitucionales».

En este sentido, una norma consuetudinaria tiene el mismo valor que una norma convencional. Salvo una excepción: las normas que tienen la característica de ser de *ius cogens* («derecho obligatorio»).

Las normas de *ius cogens*, así como las normas *erga omnes* (que veremos más adelante), son la prueba de que el ordenamiento jurídico internacional actual refleja los intereses de una «comunidad» más cohesionada. Recordemos que el ordenamiento jurídico internacional, como cualquier ordenamiento jurídico, es el conjunto de reglas creadas por una sociedad para regularse a sí misma.

Es preciso entender que el Derecho Internacional Público es también una forma de organización social¹¹ y, como tal, debe adaptar, por lo menos en teoría, las exigencias formales a las necesidades reales de la sociedad internacional que regula. Esta, como toda sociedad, cambia con el tiempo y como resultado de los actos de los sujetos que en ella interactúan.¹² En la actualidad este ordenamiento reconoce valores importantes para los sujetos que lo componen y a las normas que los recogen les otorga un valor especial.

Las normas denominadas de *ius cogens*, recogen estos valores y por ello tienen una característica especial, *no se puede pactar contra ellas*. Justamente la comunidad

¹⁰ «It seems to be generally accepted that there is no inherent hierarchy of the sources of international law. Unlike most hierarchies established in domestic law, a norm derived from one source of international law is not a priori of a higher value than a norm formed under another source based, for example, on the organ creating the norm or the procedure followed» PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO relates to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 94. QUOC DINH *et al.* *Op. cit.*, p. 114 («Le principe est que, pour les sources, il n'existe pas de hiérarchie en droit international»). Del mismo modo, DUPUY, P.-M. *Op. cit.*, pp. 17-18; «logique d'un système international et équivalences normatives».

¹¹ El «facteur d'organisation sociale» de ROUSSEAU, quien le da relevancia a esta visión del Derecho Internacional Público como cristalización de la organización social. *Op. cit.*, pp. 26-27.

¹² La sociedad internacional y su Derecho no son ajena a esta adaptación a los cambios. Recordemos que en la época de la resolución del *Caso Lotus* (1927), «Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit lient les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement [...]» (p. 18). Esta situación fue variando, aunque lentamente, por ejemplo, con respecto a aspectos de la soberanía, como el nivel de armamento de un Estado, la Corte, en el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (sentencia sobre el fondo del 27 de junio de 1986) indicó que «[...] il n'existe pas en droit international des règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter par traité ou autrement [...]» (párrafo 269).

internacional de Estados, en su conjunto, las consideran como normas imperativas, con la mencionada característica.¹³

En sentido práctico, la presencia de este tipo de normas evidencia la primacía de ciertas normas frente a otras en el Derecho Internacional Público, estaríamos pues ante una jerarquía de determinadas normas sobre otras.¹⁴

Es cierto que es posible lograr el mismo efecto pactando en un tratado una consecuencia similar para las normas posteriores que contradigan a las establecidas, un ejemplo de ello es el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas.¹⁵ Sin embargo en el caso de las normas de *ius cogens*, no necesariamente escritas, prevalecerían incluso sobre estas disposiciones convencionales.

Es preciso recalcar dos puntos importantes respecto al *ius cogens*. Primero, que no existe consenso respecto a que las normas específicas tengan esta característica.¹⁶ El segundo punto es el efecto de las mismas, las normas que las contradigan serán nulas.¹⁷ Desde el punto de vista de la responsabilidad internacional estatal, violar una norma de este tipo tendrá las mismas consecuencias que no respetar una norma que no tenga este valor, la obligación de cesar la conducta y de reparar.

¹³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. Artículo 53. Respecto a este artículo existió una oposición por parte de Francia, pero solo: «because it did not agree with the recognition that article gave to *jus cogens*» (SHELTON, Dinah. «International Law and «Relative Normativity». En Malcolm Evans. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 153); aunque Francia, reconoce el *jus cogens* como norma consuetudinaria, ver sus últimas demostraciones sobre ello en CASSESE (*Op. cit.*, p. 204).

¹⁴ Para CASSESE, la aparición de estas normas se produjo en los años 1960. «In the late 1960s there occurred an upgrading of certain fundamental rules produced by traditional sources of law, with the introduction of *jus cogens*, as a result of the endeavours of the socialist and developing countries. These countries claimed that certain norms governing relations between States should be given a higher status and rank than ordinary rules deriving from treaties and custom» (*Op. cit.*, pp. 138-139).

¹⁵ «At first glance, the 'existence' of a hierarchy of international law cannot be put into question –at least since the introduction of the concept of *jus cogens* into Article 53 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties. And of course, there is Article 103 of the UN Charter which gives Charter obligations precedence over more 'ordinary' commitments». WEILER, J. y A. PAULUS. «The Structure of Change in International Law or Is there a Hierarchy of Norms in International Law?». *The European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 8, N° 3, 1997, pp. 558-559.

¹⁶ «There is no authoritative list of *jus cogens*». BOYLE, Alan y Christine CHINKIN. *The Making of International Law*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 17. Aunque hayan existido pronunciamientos en ese sentido por algunos órganos jurisdiccionales. Aunque, a diferencia de otras jurisdicciones regionales, la CIJ no las nombre directamente con el término *jus cogens*, ver por ejemplo el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (sentencia sobre el fondo del 27 de junio de 1986), «principe fondamental ou essentiel de ce droit» / «fundamental or cardinal principle» (párrafo 190). Otros ejemplos son, el derecho a la no discriminación (Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrafo 101); o la prohibición de la tortura (Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia. Caso *Prosecutor v. Anto Furundzja* (TI-95-17/1-T) Sentencia de la Trial Chamber del 10 de diciembre de 1998, párrafo 144).

¹⁷ Es posible pensar que la norma que se alega como violada es contraria al *ius cogens*, en este caso será nula y no se configurará el elemento de la necesidad de violar una norma.

Del mismo modo que las anteriores, las normas *erga omnes* recogen intereses comunes y protegen valores colectivos a la comunidad internacional. Así, las obligaciones que se derivan de estas tienen una naturaleza «integral» o «colectiva»,¹⁸ porque requieren de la cooperación entre varios países para lograr sus fines.

En el Derecho Internacional también existen normas que generan obligaciones bilaterales o *inter partes*. Estas nacen de un acuerdo entre dos o más Estados y recogen intereses de las partes solamente.¹⁹ El efecto en la responsabilidad internacional es que solo las partes podrían reclamar su incumplimiento.

A diferencia de estas, las normas *erga omnes*, de ser violadas implicarían un atentado contra un interés internacional de carácter esencialmente colectivo, un Estado no será afectado más que otro, todos los Estados son afectados por igual (los intereses que se protegen son colectivos y no bilaterales).²⁰ La implicancia para la responsabilidad internacional es que cualquier Estado, no solamente el afectado, estará vinculado por la relación de responsabilidad y podrá solicitar el cese del ilícito y la reparación. Debido a la importancia de los derechos protegidos, todos los Estados tienen un interés jurídico al respecto.

La Corte Internacional de Justicia puso como ejemplo de estas obligaciones que tiene un Estado frente a toda la comunidad internacional a: la violación de normas que prohíben actos de agresión, el genocidio y normas que protegían los derechos fundamentales del ser humano (entre ellas, la prohibición de la esclavitud y de discriminar).²¹

Entre estos dos tipos de normas específicas que acabamos de estudiar, podríamos afirmar que las normas de *ius cogens* tendrían el carácter de *erga omnes*, aunque no toda norma *erga omnes* tendría la virtud de ser de *ius cogens*.

3. El Derecho Internacional actual, subsistemas y las posibilidades de conflictos

Como se ha mencionado, el Derecho Internacional Público comprende un conjunto de normas y en la actualidad, el número de estas es copioso por las diferentes materias que regula esta rama del Derecho. Estas parecen estar descoordinadas y superpuestas entre ellas, aplicándose de acuerdo a si vinculan o no a un sujeto internacional en cuestión.

¹⁸ «The interest protected is collective, no bilateral». *Ibid.*, p. 73. En el mismo sentido, DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights. In Theory & Practice*. Segunda edición. Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 34.

¹⁹ Corte Internacional de Justicia. *Caso de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. *Op. cit.*, párrafo 33.

²⁰ PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms... Op. cit.*, p. 73.

²¹ Corte Internacional de Justicia. *Caso de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Sentencia del 5 de febrero de 1970, frente a la nueva demanda de 1962, párrafos 33 y 34.

Además el ordenamiento jurídico de hoy en día parece estar «fragmentado»,²² con ello se hace referencia a la existencia de subsistemas en los cuales los sujetos de Derecho Internacional se regirían por reglas distintas (privadas) a las del Derecho Internacional general. Un subsistema puede estudiarse desde el punto de vista *material* o normativo (las normas que lo componen, que generalmente regulan un área o tema específico del Derecho Internacional), como de manera *institucional* (instituciones que creadas para administrar la aplicación de las normas).

Un subsistema busca recrear un orden jurídico, típico de Derecho interno, tanto en el aspecto *material* o normativo (conjunto de normas que se aplican a determinadas relaciones, en espacio y materia, entre determinados Estados); como en el *institucional*, es decir, las instituciones que crean estos Estados para administrar la aplicación de las normas (poder legislativo, ejecutivo y judicial); constituyéndose así un «circuito legal»,²³ que puede ser más eficiente, en el sentido de su obligatoriedad, que el Derecho Internacional general.²⁴

Tomado lo anterior en cuenta, no será raro que los subsistemas tiendan a ser autónomos y que, por distintos intereses, los Estados busquen argumentar que estos están separados del ordenamiento jurídico general;²⁵ sin embargo, es necesario remarcar

²² Jenks consideraba que las normas desarrolladas por los tratados estaban creando grupos históricos, funcionales y regionales que se van separando uno del otro y que la relación entre estos grupos en algunos aspectos se parecía a aquella de los diversos sistemas jurídicos internos de los Estados. JENKS, Wilfried. «The Conflict of Law-Making Treaties». *British Yearbook of International Law*, Vol. 30, 1953, p. 403, citado en STUDY GROUP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*. A/CN.4/L.682 del 13 de abril 2006, p. 10.

²³ «[...] a system [is] an ordered set of conduct rules, procedural rules and status provisions which formed a closed legal circuit for a particular field of factual relationships. A Subsystem, then, [is] the same as a system but not closed in as much as it had interrelationship with other subsystems». Riphangen citado por SIMMA, Bruno. «Self contained regimes». *Netherlands Yearbook of International Law (NYIL)*, Vol. XVI, 1985, p. 115.

²⁴ Por ejemplo, la OMC constituiría un subsistema del Derecho Internacional en tanto, como institución administradora de una serie de tratados destinados a promover el libre comercio, está conformada por varios órganos que permiten la aplicación de sus normas y la solución de los diferendos ligados a su incumplimiento dentro de la propia Organización. Ver el artículo 23 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias en la OMC, que indica que: «Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar». Del mismo modo, Gabrielle Marceau, quien considera que porque la OMC tiene derechos y obligaciones, un sistema de reclamaciones, violaciones, mecanismos de ejecución y remedios todos específicos, estamos ante un subsistema («The WTO Dispute Settlement and Human Rights». En Frederick Abbot y Michelle Foster. *International Trade and Human Rights: Foundations and conceptual issues*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2006, pp. 181-258).

²⁵ Esto ha sido catalogado por los sociólogos como «functional differentiation» y consiste en la especialización de sectores de la sociedad que conlleva a la autonomización de estos sectores (Study Group of the International Law Commission. *Op. cit.*, p. 11).

que, como su propio nombre lo indica, estos necesitan de un sistema para existir, que justamente les permita interactuar:

[...] a system [is] an ordered set of conduct rules, procedural rules and status provisions which formed a closed legal circuit for a particular field of factual relationships. A Subsystem, then, [is] the same as a system but not closed in as much as it had inter-relationship with other subsystems.²⁶

No obstante, en la práctica, su especificidad y autosuficiencia ha llevado a algunos autores a clasificar a determinados subsistemas como *self-contained regimes*;²⁷ con esta última expresión, se hace alusión a subsistemas completamente independientes del sistema, ordenamientos jurídicos que no necesitan ser completados o interpretados por otras normas generales de Derecho Internacional²⁸ o, en otras palabras, que pueden existir fuera del sistema legal internacional, ya que lo excluirían completamente.²⁹

Así, dentro de un *self-contained regime* todo conflicto con respecto a la aplicación de sus normas, lo cual incluye toda forma de remediar las violaciones a las mismas, se resolvería internamente, sin necesidad de recurrir al Derecho Internacional general,³⁰ por ser «completamente eficaz» en sí mismo.³¹

Los subsistemas, por su especificidad y obligatoriedad, parecen la forma más idónea de organizar de manera más eficiente un ámbito del Derecho Internacional, lo cual ayuda sin duda a su desarrollo. Igualmente, es metodológicamente más fácil estudiar un campo limitado que uno general.

Sin embargo, consideramos que los subsistemas, incluso los considerados *self-contained*, no están desligados del orden jurídico internacional; indicar lo contrario implicaría considerar que las normas en las que se basan estos subsistemas estarían completamente aisladas del Derecho Internacional.

²⁶ Riphangen citado por SIMMA, Bruno. *Op. cit.*, p. 115.

²⁷ Simma indica que el origen del término proviene de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) del 24 mayo de 1980 sobre *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*. Sin embargo SORENSEN, se lo atribuye a Alfred VEDROSS «internes staatsengemeinschaftrecht» («Autonomous legal order: some considerations to systems analysis of international organizations in the world legal order»). *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, 1983).

²⁸ Ver por ejemplo el *Caso Wimbledon* ante la Corte Permanente de Justicia Internacional donde las normas que regulan el uso del Canal de Kiel, contenidas en el Tratado de Versailles son consideradas como «self-contained». Serie A, N° 1, pp. 23-24 (Sentencia del 17 de agosto de 1923). Para el STUDY GROUP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.*, pp. 68-70 es solo una forma de interpretar este concepto.

²⁹ Por ejemplo, si excluyen completamente, por su especialidad, las reglas de responsabilidad internacional. SIMMA, Bruno y Dirk PULKOWSKI. «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law». *EJIL*, Vol. 17, N° 3, 2006, pp. 490-491.

³⁰ STUDY GROUP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.*, p. 66.

³¹ «Extremely efficacious»/«efficacité totale». CIJ. *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*. *Op. cit.*, párrafo 86.

Afirmamos lo anterior, principalmente por tres razones. Primero, las fuentes de las que nacen las normas que conforman el «ordenamiento» de los subsistemas son fuentes internacionales que se rigen por reglas generales de Derecho Internacional (las normas secundarias antes mencionadas).

Por ejemplo, los tratados han sido negociados y adoptados basándose en normas del Derecho Internacional general que regulan estos procedimientos, sean estas consuetudinarias o convencionales (tratados concluidos luego de que entrara en vigor la Convención de Viena y basados en esta). Es decir, estos tratados se formaron gracias a un sistema con fuentes regulado por el Derecho Internacional Público.³²

Lo anterior permite afirmar que las normas de cualquier subsistema de Derecho Internacional nacerán a partir de las fuentes que el Derecho Internacional Público les brinda y regula, lo cual demuestra que la base de los subsistemas (las normas), siempre estará regida por el sistema jurídico; incluso, si desean excluirlo deberán plasmar esa voluntad en una fuente. Por lo tanto, no podemos hablar de un aislamiento completo de los subsistemas con respecto al ordenamiento jurídico internacional.

Segundo, en la actualidad, el ordenamiento general internacional parece evidenciar atisbos de un orden y de una jerarquía, que involucraría también a los subsistemas. Así, el Derecho Internacional general no solo regula el nacimiento de las normas, sino también cómo estas se articularían.

Consideramos que el ordenamiento jurídico internacional actual no es una mera superposición de normas desarticuladas, sino que responde a patrones que denotan un cierto orden, incluso jerárquico.³³ Este orden se basaría en la existencia de normas de *ius cogens*, antes vistas, o en el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, ratificada por 192 Estados, casi el 99% de los Estados en la actualidad.

La existencia de esta jerarquía en el sistema no hace más que reafirmar la existencia de un orden en el Derecho Internacional, orden basado en normas comunes aplicables al sistema y a los subsistemas. Este orden no es opuesto, mas por el contrario, esencial al razonamiento jurídico («*legal reason is a hierarchical reason*»),³⁴ ni tampoco se opone a la idea de orden jurídico como la respuesta de una organización social a sus

³² PAUWELYN, Joost. «How to win a World Trade Organisation Dispute based on Non-World Trade Organization Law?». *Journal of World Trade*, Vol. 376, N° 6 (December 2003), p. 1001.

³³ WEILER, J. y Andreas PAULUS. *Op. cit.*, p. 546, debemos recalcar que los autores no toman posición sobre la existencia o no de una jerarquía normativa en el Derecho Internacional, solo exponen las diversas posiciones.

³⁴ KISKENNIEMI, Martti. «Hierarchy in International Law: A Sketch». *EJIL*, Vol. 8, N° 4, 1997, p. 566.

problemas.³⁵ Además, Es preciso recordar que los Estados, actores principales de este ordenamiento, están acostumbrados a sistemas jerárquicos internos.

Esta situación es solamente el reflejo de la realidad del orden jurídico internacional, caracterizado por lo que podríamos llamar «fragmentación organizada», y es frente a esta realidad que el orden jurídico debe responder con la mayor coherencia posible.³⁶

Es este el orden que, a nuestro parecer, permite la unificación, articulación, adaptabilidad a los cambios y solución de conflictos al orden jurídico internacional actual, a pesar de su «fragmentación».

Tercero, y relacionado a lo anterior, el ordenamiento general, transversal a los subsistemas, también proveerá de disposiciones que permitan la interpretación de las normas o reglas y métodos para solucionar conflictos que puedan surgir entre estas. En el primer caso, podemos hablar de aquellas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que ofrece criterios que han sido vastamente reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina.³⁷ En el segundo caso, consideramos que la resolución de los conflictos se dará con miras a una interpretación coherente del ordenamiento internacional, como lo veremos más adelante.

Si bien existe este orden en el Derecho Internacional Público que permitiría su coherencia en caso de presentarse conflictos de normas, también es cierta la existencia latente de estos últimos, cuya aparición está íntimamente ligada a la existencia de los subsistemas. Los Estados han creado estos «micro-ordenamientos» para la mejor administración y aplicación de las reglas que los componen, al dotarlos con mayores mecanismos de ejecución en caso de demostrarse su violación (tribunales y procedimientos de ejecución de sentencias).

A continuación pasaremos a estudiar los mencionados conflictos normativos, al igual que las herramientas para su solución.

³⁵ «Hierarchy is not only a principle of rational thought but also of social organization —or better, being a principle of rational thought, it necessarily implicates the way we think of social structure. Legal hierarchy — even conceptual legal hierarchy— articulates and consolidates a particular distribution of wealth and power. The opposite of hierarchy is anarchy, the complete absence of (any) hierarchy; indeed a rare situation in social life and certainly a mistaken metaphor by international relations studies to describe the social normality of nations». KISKENNIEMI, Martti. *Op. cit.*, pp. 570-571.

³⁶ CASSESE considera que: «It is a commonplace of international legal theory that law and international society are related to each other» (*International Law in a divided world*), citado por WEILER, *Op. cit.*, p. 577.

³⁷ Ver los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

4. Conflictos de normas y métodos para su solución en Derecho Internacional

Un conflicto normativo se presenta cuando un supuesto de hecho cae bajo el ámbito de aplicación de dos normas, que la regulan de manera contradictoria, por ello el resultado de aplicar una de ellas produce la violación de la otra y viceversa.³⁸ Estamos ante una situación en la que dos normas de Derecho Internacional o su contenido (derechos u obligaciones), entran en contradicción al ser aplicada por los Estados u otros sujetos de Derecho Internacional.³⁹

La existencia de un conflicto no debe ser tomada como una anomalía en el Derecho Internacional,⁴⁰ sino como una situación que permite el desarrollo del ordenamiento jurídico internacional actual. Así, esta situación no solo genera problemas⁴¹ sino también aspectos positivos.

La fragmentación del ordenamiento jurídico internacional puede ser una causa de conflictos, por la tendencia de los subsistemas de regular materias sin tomar en cuenta el ordenamiento jurídico. Pero además, existen otras características, inherentes a la naturaleza de este sistema, que lo hacen susceptible de conflictos normativos: 1) El que exista una multiplicidad de «legisladores»; 2) el que las normas y las necesidades del sistema cambien con el tiempo; 3) el que no exista un órgano judicial central o jerárquicamente superior a los existentes; 4) la «globalización», que ha generado la interdependencia entre los Estados de la comunidad internacional, que ha pasado de la «coexistencia» a la «cooperación»; entre otras.⁴²

Consideramos apropiado seguir el método de Pauwelyn⁴³ para solucionar los conflictos normativos en Derecho Internacional general. Este método consta de tres pasos, siendo dos de ellos: primero, verificar si nos encontramos ante un «conflicto inherente»,

³⁸ «[...] a situation where two rules or principles suggest different ways of dealing with a problem». STUDY GROUP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.*, p. 19.

³⁹ PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms...* *Op. cit.*, pp. 9-10. Igualmente del comentario (4) al Artículo 55 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional por hechos internacionalmente ilícitos se puede apreciar que no basta con que dos normas regulen una misma situación sino que es necesaria una contradicción entre ellas, también es posible que una de ellas pretenda excluir a la otra: «[...] is not enough that the same subject matter is dealt with two provisions, there must be some actual inconsistency between them, or else a discernible intention that one provision is to exclude the other». Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Report of The International Law Commission. Fifty-sixth session. Supplement N° 10 (A/56/10). Nueva York: ONU, 2001, p. 358.

⁴⁰ PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms...* *Op. cit.*, p. 12.

⁴¹ STUDY GROUP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.*, p. 14 (párrafo 14).

⁴² Basándonos en PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms...* *Op. cit.*, pp. 13-25.

⁴³ Para otra calificación de los métodos de solución de conflicto y su problemática, ver DO NASCIMENTO, Geraldo. «Le facteur temps et les traitsés». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI)*, Tomo 154 (1977-I). Alphen aan den Rijn: Stijhoff & Noordhoff, 1978, pp. 244-264.

de no ser el caso; el segundo paso consistirá en utilizar las reglas de solución para los «conflictos de aplicación».⁴⁴

4.1. Conflictos inherentes

El concepto de «conflicto inherente» hace referencia a la situación contradictoria entre dos normas donde, desde el punto de vista de una, la otra constituye, por su mera existencia, una violación de su mandato.⁴⁵ En otras palabras, una norma es «ilegal» para otra.

De este modo, el «conflicto inherente» está relacionado especialmente con la existencia de normas de *jus cogens*, estudiadas antes, pero también con las reglas de resolución de conflictos contenidas en la Convención de Viena que estudiaremos a continuación.

La solución a este tipo de conflicto consiste en intentar «desaparecer» una de las normas enfrentadas.⁴⁶ De acuerdo al grado de intensidad de la contradicción, se pueden diferenciar dos supuestos: 1) la «inexistencia» o nulidad de una de las normas, si esta afecta una regla de suma importancia para el ordenamiento jurídico internacional o; 2) la «ilegalidad», si la norma afectada no tiene tal característica. Pasemos a analizarlos.

4.1.1. El caso donde una de las normas será «inexistente»

En este supuesto pueden darse tres casos: cuando una de las normas sea contraria a otra de *jus cogens* cuando exista un vicio en el nacimiento de una de las normas y el caso de las normas «extintas».

4.1.1.1. Una de las normas es contraria a la otra que es de *jus cogens*

En lo que respecta a las normas de *jus cogens*, como lo mencionamos antes, los sujetos de Derecho Internacional no pueden concluir acuerdos que las deroguen o modifiquen, de hacerlo estas serán nulas (artículo 53 de la Convención de Viena).⁴⁷

⁴⁴ PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms...* *Op. cit.* p. 275-436.

⁴⁵ «One of the two norms constitutes, in and of itself, breach of the other norm». PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms...* *Op. cit.*, p. 257.

⁴⁶ Para WADLOCK, como una de las normas «no existe», entonces nunca hubo conflicto, por el contrario, PAUWELYN considera que para determinar que una de las normas tenía que desaparecer, se tuvo primero que aplicar las reglas de solución de conflictos, lo que evidencia la existencia del mismo (*Ibid.*, p. 279).

⁴⁷ En principio, aunque no existe unanimidad en la doctrina, los actos unilaterales de los Estados tampoco pueden contrariar este tipo de normas. MERON, Theodor. «International Law in The Age of Human Rights. General Course on Public International Law». *RCADI*, Tomo 301 (2003-I). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 421-423. Del mismo modo, los tratados celebrados de una parte por las Organizaciones Internacionales, basándose en la Convención de Viena de 1986: CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 90.

Igualmente y por la naturaleza de predominancia de las normas de *jus cogens*, si una norma de este tipo aparece, las normas en los tratados que le sean contrarias serán nulas y terminarán (artículo 64 de la Convención de Viena).⁴⁸

4.1.1.2. Normas derivadas de un tratado nulo por causa de falta de consentimiento

Otra forma de desaparecer una norma, y con ella el conflicto, se produce si una regla convencional es «inválida» porque el tratado que la contiene no cumplió con las condiciones formales para su creación. Nos situamos en la hipótesis de un error, dolo, la corrupción del representante del Estado con plenos poderes para concluir el tratado, la falta de competencias de este último para concluirlo o las coacciones ejercidas a un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza para firmar o ratificar un tratado (artículos 46 a 52 de la Convención de Viena).

Estamos ante situaciones en las que se viola uno de los pilares del Derecho de los Tratados: el principio de la *libertad contractual de las partes*. En otras palabras, el Estado no ha manifestado su voluntad y, por tanto, no está «realmente» vinculado por el tratado, ni por las normas contenidas en este.

4.1.1.3. Normas de un tratado extinto (que ha terminado)

Estamos ante el supuesto donde todas las partes de un tratado «celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia» y en este, o bien acuerdan poner fin al tratado anterior, o bien las disposiciones de ambos tratados son totalmente incompatibles que resulta imposible aplicar los dos tratados al mismo tiempo; siendo las normas en vigor las del tratado posterior (artículo 59 de la Convención de Viena). Lo interesante es que, en el segundo caso, el tratado termina por mandato de la Convención de Viena y no por la voluntad de las partes.

Respecto a los tres puntos antes planteados, se puede apreciar que, solo en el caso del conflicto donde está involucrada una norma de *ius cogens*, estamos ante una solución donde una norma prevalece sobre otra. En las otras dos situaciones, la solución se basa en las condiciones de validez de la fuente y no de la regla, generada por esta. Esta sutil diferencia también podrá ser apreciada en los supuestos siguientes. Es preciso recordar que, a diferencia del Derecho interno, en el plano internacional los juristas deben realizar un doble análisis antes de aplicar la misma. Primero determinar si la

⁴⁸ Al tratar esta solución al conflicto, toma relevancia la pregunta sobre la posibilidad de separar o independizar las normas de un tratado, es decir, si es posible que las normas de un tratado que no contraríen la norma de *jus cogens* puedan subsistir mientras que las contradictorias terminen. Para apreciar el debate, revisar: CRAWFORD, James. Segundo Reporte a la CDI, documento de la ONU A/CN.4/498 (1999), Anexo 2, párrafo 306; además ver el comentario de la CDI al artículo 63 (en ese entonces artículo 61) de la Convención de Viena, en RAUSCHNING, Dietrich. *The Vienna Convention on the law of the treaties, Travaux préparatoires*. Frankfurt: Metzner, 1978, p. 440.

fuente de la que proviene esta se ha configurado de manera válida y, segundo, si se aplica a la situación de hecho.

4.1.2. El caso donde una de las normas será «ilegal»

En los dos supuestos que presentaremos a continuación, si bien la situación es similar en el sentido de buscar la prevalencia de una norma, la diferencia radica en que ninguna de las normas desaparece del ordenamiento jurídico; una de ellas «ilegal» y, por tanto, no podrá aplicarse al supuesto de hecho.

Ambos casos presuponen la existencia de una norma anterior y una norma posterior, donde la última constituye la violación de la primera, ya que es poco probable que, al mismo tiempo, los mismos Estados contraten sobre una misma situación con dos tratados que contienen normas contradictorias.

4.1.2.1. La norma posterior estaba prohibida por la norma anterior

Se pueden presentar dos supuestos. Primero, dos o más partes de un tratado multilateral desean modificarlo con un nuevo tratado, pero esta modificación se encuentra expresamente prohibida por el tratado multilateral (artículo 41 de la Convención de Viena). Segundo, en el caso que las partes quieran suspender el tratado a pesar de que este lo prohíbe expresamente (artículo 58 de la Convención de Viena).⁴⁹ Al estar tanto la suspensión como la modificación expresamente prohibidas, las normas de estas serán «ilegales» con respecto al primer tratado.⁵⁰

4.1.2.2. La norma posterior, no estaba prohibida por el tratado anterior, pero afecta a la consecución efectiva del objeto y fin de este, o contraría el principio pacta tertiis nocent nec prosunt

Estamos ante los mismos escenarios del caso anterior: las partes de un tratado multilateral, entre ellas o con otros sujetos de Derecho Internacional, suscriben un tratado posterior cuyas normas suspenden o modifican las normas del primer tratado (artículos 41 y 58⁵¹ de la Convención de Viena), pero con la diferencia de que aquí no existe una prohibición expresa en el tratado multilateral. Sin embargo, por el hecho de que

⁴⁹ Prohibiciones de este tipo también fueron recogidas en otros tratados como el Tratado del Atlántico Norte del 4 de abril de 1949 (Artículo 8), el Pacto de Varsovia de 1955 o los Convenios de Ginebra de 1949.

⁵⁰ Esta solución se aplica entre dos partes de un mismo tratado multilateral y al caso donde un Estado parte del mismo celebra un acuerdo con un Estado no parte, donde se modifique o suspenda una norma, en contravención de la prohibición. Ver por ejemplo el caso de Costa Rica contra Nicaragua ante la Corte de Justicia Centroamericana, Sentencia del 30 de setiembre de 1916, publicada en *AJIL*, Vol. 11, N° 1 (enero de 1917), pp. 181-229; disponible también en <www.worldcourts.com> (página visitada por última vez el 14 de febrero de 2007) o el caso del *Régime douanier austro allemand* ante la CPJI de 5 de setiembre de 1931, serie A/B, N° 41.

⁵¹ Podemos apreciar una disposición similar en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 311.

las nuevas normas afectan la consecución efectiva del objeto y fin del tratado anterior o por que afectan el disfrute de derechos o la ejecución de obligaciones de terceros, también partes del tratado multilateral, serán igualmente «ilegales».⁵²

Por lo tanto, frente a los «conflictos inherentes», la solución consiste en «desaparecer» o hacer inaplicable una norma y con ello eliminar el conflicto. Esto es posible cuando una de las normas pueda ser declarada nula, inexistente por falta de manifestación de voluntad, o extinta o ilegal frente a una norma anterior. Sin embargo, es preciso indicar que este tipo de solución no se presenta a menudo, ya que la mayoría de situaciones conflictivas no calzan en los supuestos antes expuestos. Por ello, siguiendo el método mencionado, será preciso pasar al estudio de las reglas para los «conflictos en la aplicación de una norma».

4.2. Conflicto en la aplicación de una norma

Cuando no sea posible «desaparecer» una de las normas, el conflicto continuará con la contradicción de dos normas «legales». En esta segunda etapa del método, la solución consistirá en escoger la norma cuya aplicación sea la más conveniente para la situación en cuestión:

In most conflicts [...] both norms will continue to exist and international law will only offer what we could call 'priority rules'. In that event, both norms survive the conflict and are considered as valid and 'legal'. The conflict is then resolved in favour of one of the two rules because that rule has been, or can be, labelled as the more 'prominent' or 'relevant' one, or because it expresses the latest intention of the parties.⁵³

De esta forma, una de las normas se «aparta», no es tomada en consideración para el caso concreto. Esta puede y debe seguir siendo utilizada en otros supuestos, pues esta situación no afecta la obligatoriedad de sus disposiciones.

Esta solución plantea la disyuntiva de qué norma utilizar porque, al ser contradictorias las dos, no podrán ser aplicables al mismo tiempo. Los criterios para otorgar prioridad a una norma (*priority rules*) pueden estar recogidas expresamente en tratados (primer supuesto) o reguladas por la costumbre internacional (segundo supuesto). Se evidencia la presencia y relevancia que se le otorga a la voluntad estatal en las soluciones que presentaremos a continuación.

⁵² Nótese que, para aplicar esta solución, será necesario que exista un tratado multilateral; además la ilegalidad solo podrá ser invocada por un Estado parte del mismo.

⁵³ PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms... Op. cit.*, p. 327.

4.2.1. Cuando las reglas de conflicto están prevista en los tratados

En este caso, uno de los tratados, cuyas normas se encuentran en conflicto, prevé reglas de primacía. Así, cualquiera de los dos tratados, el preexistente o el posterior, podrá indicar que prevalece sobre el otro, pudiéndose producir cuatro supuestos:⁵⁴

- a) El nuevo tratado indica que prima sobre el tratado preexistente;⁵⁵
- b) El nuevo tratado indica que el acuerdo anterior prima sobre este;⁵⁶
- c) El tratado indica que primara sobre nuevos tratados; y
- d) El tratado indica que los futuros tratados prevalecerán sobre este.⁵⁷

Se puede apreciar que el principal requisito para que se apliquen las reglas que veremos a continuación, es que los tratados hayan sido celebrados en distinta época. Además, todos estos casos se basan en el principio de voluntad de las partes,⁵⁸ pero está limitado por la obligación de respetar los derechos y obligaciones de terceros Estados no partes, a los cuales el nuevo tratado no les podrá ser impuesto (principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*).⁵⁹

⁵⁴ Tanto PAUWELYN (*Ibid.*) como CZAPLINSKI y DANILENKO («Conflicts of norms in International Law». *NYIL*, Vol. XXI, 1990, p. 14) están de acuerdo con esta clasificación. Para una tipología «desmenuzada», ver STUDY GROUP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.*, pp. 135-137.

⁵⁵ Ejemplos de este caso son el artículo 311.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS) o el artículo 103 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA). Incluso el tratado puede contener la obligación de denunciar un tratado anterior, como en el caso de la Convención de Chicago sobre la Aviación Civil (artículos 80 a 83).

⁵⁶ Por ejemplo el artículo 104.1 del NAFTA: «In the event of any inconsistency between this Agreement and the specific trade obligations set out in: a) [CITES], b) [Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer], c) [Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal], or d) the agreements set out in Annex 104.1, such obligations shall prevail to the extent of the inconsistency, provided that where a Party has a choice among equally effective and reasonably available means of complying with such obligations, the Party chooses the alternative that is the last inconsistent with the other provisions of this Agreement». Igualmente, el artículo 60 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) o el artículo 22 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

⁵⁷ Ejemplos: artículo 311.3 UNCLOS, artículo 73.2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, artículo 60 de la CEDH o el artículo 52 de la Carta de Naciones Unidas.

⁵⁸ Artículo 26 de la Convención de Viena (*Pacta sunt servanda*): «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Para una descripción jurisprudencial actual, ver FITZMAURICE, Malgosia. «The Practical Working of the Law of Treaties». En Malcom Evans. *Op. cit.*, pp. 183-184. También el caso *Gabcikovo-Nagymaros Project* ante la CIJ, Sentencia del 25 de setiembre de 1997 (en especial los párrafos 114, 133 y 142).

⁵⁹ Artículo 38 de la Convención de Viena. Principio que también impide que los terceros puedan obtener beneficio del tratado del que no son partes; por ejemplo, el Laudo Arbitral del 4 de abril de 1928, de Max Huber por la Cámara Permanente de Arbitraje, sobre la Isla de Palmas (Estados Unidos contra Holanda). Citado por TCHIKAYA, Blaise. *Mémento de la jurisprudence du droit international public*. Paris: Hachette, 2001, pp. 36-37.

Así, estas reglas se aplicarán resolviendo el conflicto solo para los Estados partes de ambos tratados (el anterior y el posterior), ya que la solución no hace más que reflejar la voluntad manifiesta de los Estados,⁶⁰

Las situaciones b) y d) han sido codificadas en el segundo párrafo del artículo 30, de la Convención de Viena; mientras que la situación c) se encuentra recogida en el inciso primero del mismo artículo que hace referencia al artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, que parece ser una excepción casi absoluta a la libertad contractual de los Estados, ya que primará sobre cualquier tratado, sin importar su fecha⁶¹ ni materia, así este artículo indica:

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.

Es cierto que esta disposición, por haber sido adoptada en el marco de una organización internacional y dentro de su tratado constitutivo, es solo de aplicación al sistema legal y a los Estados miembros de esta,⁶² sin embargo estos son 192 de los casi 194 Estados del planeta.⁶³ Es preciso incidir en que, a diferencia de lo que sucede con los conflictos inherentes, el artículo 103 de la Carta no «ilegaliza» a la norma que se le oponga, simplemente indica que primará sobre ella y por lo tanto se aplicará al caso concreto, dejando de lado la disposición que la contraría.⁶⁴

4.2.2. *Cuando las reglas de conflicto no están previstas por los tratados: soluciones previstas en la costumbre internacional*

Los casos anteriormente analizados presentaban un elemento que facilitaba la solución del conflicto de normas: la voluntad expresa de las partes; sin embargo, la mayoría de conflictos se producen entre tratados que no cuentan con estas «cláusulas de compatibilidad»,⁶⁵ o incluso si las tienen, estas no siempre prevén una solución a

⁶⁰ Es lo que indica el artículo 59 de la Convención de Viena.

⁶¹ THOUVENIN, Jean-Marie. Article 103. En Jean-Pierre Cot y Alain Pellet. *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*. Tercera edición. Paris: Economica, 2005. Tomo II, p. 2134.

⁶² MERON, Theodor. *International Law in The Age of Human Rights*. *Op. cit.*, p. 415.

⁶³ Ver el anexo presentado por Crawford. CRAWFORD, James. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 2006.

⁶⁴ «Il importe aussi de ne pas perdre de vue que tous les accords régionaux, bilatéraux et même multilatéraux, que les Parties à la présente affaire peuvent avoir conclu [...] sont toujours subordonnés aux dispositions de l'article 103 de la Charte [...]». CIJ. *Affaire des Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre Celui-ci*. Compétence de la Cour et recevabilité de la Requête. Sentencia del 26 de noviembre de 1984; párrafo 107.

⁶⁵ CZAPLINSKI y DANILENKO. *Op. cit.*, p. 13.

todos los casos de incongruencias. De suceder esto último, será necesario pasar a la siguiente etapa del método propuesto.

Las reglas que pasaremos a estudiar también buscan priorizar la aplicación de una norma sobre otras.⁶⁶ Estas son el principio *lex posterior priori derogat* (recogido en la Convención de Viena) y el principio *specialia generalibus derogat* (recogido en la doctrina y jurisprudencia). Procedamos con el análisis de estas dos reglas.

4.2.2.1. *La norma posterior prima sobre la anterior*

Este principio, conocido también como *lex posterior derogat legi priori*, fue codificado en los párrafos tercero y cuarto del artículo 30 de la Convención de Viena:

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 [...] el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior; y

Cuando las partes del tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior [...] en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará [lo anterior].

La función de estas normas es también reconocer la libertad contractual de los Estados, en el sentido de que será la última expresión de la voluntad de estos la que primará.⁶⁷ pero también el principio de no afectar los derechos de los terceros Estados con el nuevo tratado (artículo 30.4.b de la Convención de Viena).

Estas reglas son aplicables a tratados, pero también a normas que se derivan de otras fuentes de Derecho Internacional.⁶⁸ Igualmente, pueden utilizarse dentro de los subsistemas; por ejemplo, el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OSD-OMC) reconoció la aplicación del principio, recogido en el artículo 30 de la Convención de Viena, para efectos de solucionar conflictos en los que pueda verse envuelto el GATT⁶⁹ y demostró que la OMC no es un «*self-contained regime*».

Debemos tomar en cuenta que los incisos del artículo 30 hacen referencia a «disposiciones» y no a tratados —completos—, sin embargo, tres de las condiciones para su

⁶⁶ Para apreciar este proceso, en las exposiciones de los relatores, se puede revisar: *Annuaire de la Commission de Droit International* de los años 1953 (Vol. II), 1958 (Vol. II, pp. 21-48) y 1964 (Vol. II, pp. 1-68); Nueva York: ONU, 1954, 1959 y 1965 (respectivamente). Igualmente, DO NASCIMENTO, Geraldo. *Le facteur temps et les traités*. *Op. cit.*, pp. 255-264.

⁶⁷ PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms...* *Op. cit.*, p. 362.

⁶⁸ Para el caso de la costumbre, ver CZAPLINSKI y DANILENKO. *Op. cit.*, pp. 29-42; igualmente, el caso Yuille-Shortdridge (Reino Unido contra Portugal), en el que el argumento de que una costumbre posterior puede primar sobre el tratado es dejada de lado (Laudo Arbitral del Senado de Hamburgo del 21 de octubre de 1861); citado por TCHIKAYA, Blaise. *Op. cit.*, pp 13-14.

⁶⁹ Japón – Películas, párrafo 10.65.

aplicación se refieren a estos. De este modo: a) los tratados deben ocuparse de la misma materia; b) deben ser tratados sucesivos;⁷⁰ y c) que ambos tratados tengan como partes a ambos Estados. Esto evidencia la estrecha relación existente entre fuente y norma, y la posibilidad de que los métodos de solución de conflictos se centren en una u otra para hacerla prevalecer con miras a resolver la controversia.

La aplicación de este método requiere dos condiciones respecto a los tratados en conflicto: que hayan sido adoptados en fechas distintas y que versen sobre la misma materia.⁷¹ Respecto a la coincidencia sobre la materia, determinarla puede parecer problemático en teoría.⁷² Sin embargo, todo se torna más sencillo al realizar un análisis empírico. Así, para determinar si dos tratados abordan el mismo tema, será necesario examinar si hechos similares son «atraídos» por tratados diferentes, en otras palabras:

The requirement of that the instruments must relate to the same subject-matter seems to raise extremely difficult problem in theory, but may turn out not to be so very difficult in practice. If an attempted simultaneous application of two rules to one set of facts or actions lead to incompatible results, it can be safely assumed that the test of sameness is satisfied.⁷³

De este modo, la posibilidad de aplicar el método dependerá de la interpretación que se le dé al concepto de «misma materia». Si la interpretación es restrictiva, el conflicto puede caer fuera del ámbito de aplicación del principio que se estudia; si por ejemplo estamos ante dos tratados, donde uno regula derechos humanos y el otro libre comercio, «materias» completamente distintas. Sin embargo, es posible que en su aplicación, ambos regulen una misma situación.

Por ello es necesario hacer un análisis más profundo de cada tratado para encontrar que, a pesar del objeto y fin generales del tratado, sus disposiciones y la aplicación de las mismas pueden tener un efecto en múltiples materias. Así, es posible adoptar otra interpretación del concepto «misma materia», a partir de un enfoque práctico, es decir, analizando si en el caso concreto los hechos son susceptibles de la aplicación de dos normas o atraídos por estas. Así:

[...] the test of whether two treaties deal with the «same subject matter» is resolved through the assessment of whether the fulfilment of the obligation under one treaty

⁷⁰ El título del artículo 30 indica: «Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia».

⁷¹ Si bien la Convención de Viena hace referencia a una identidad en las partes que suscriben ambos tratados (QUOC DINH *et al.* *Op. cit.*, p. 271), al tratarse de normas consuetudinarias es posible que se aplique el principio en situaciones distintas, al respecto ver STUDY GROUP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.*, pp. 129-130.

⁷² SHELTON, Dinah. *Op. cit.*, p. 163.

⁷³ VIERDAG, E. «The Time of the conclusion of a Multilateral Treaty: article 30 of the Vienna Convention on the Law of the treaties and related provisions». *The British Yearbook of International Law*, Vol. LVIX, p. 100.

affects the fulfilment of the obligation of another. This «affecting» might then take place either as strictly preventing the fulfilment of the other obligation or undermining its object and purpose in one or another way.⁷⁴

Adoptar una interpretación superficial del concepto «misma materia» permitiría a los Estados escapar de sus obligaciones al ponerle títulos a sus tratados para evitar la aplicación del artículo 30. La designación de la materia quedaría en manos de cada parte en conflicto, de acuerdo a sus intereses.⁷⁵

Finalmente, los tratados deberán regular la materia con el «mismo grado de generalidad», es decir tratarla con la misma especialidad o generalidad, ya que si un tratado es más específico que el otro, el principio a aplicar no será este sino el de la norma especial, que se estudiará a continuación.⁷⁶

En lo que respecta la sucesión de tratados, para determinarla es preciso situar cada convenio en el tiempo. La fecha a considerar será aquella de la adopción y no la de entrada en vigor de cada tratado. Esta postura fue la adoptada por el *Consultant Expert* de la Conferencia de Viena:

[...] for purposes of determining which of two treaties was the later one, the relevant date should be that of the adoption of the treaty and not that of its entry into force.⁷⁷

Las reglas antes expuestas son una simplificación teórica de la realidad que presenta situaciones mucho más complejas: no siempre se producirá la adopción, seguida de la entrada en vigor del primer tratado y posteriormente suceda lo mismo con el segundo tratado. Es posible que la fecha en la que un Estado adhiera cada uno de los dos tratados sea respectivamente opuesta a la fecha en la que han sido adoptados.⁷⁸

Para concluir con este método, es preciso apuntar que la debilidad del artículo 30 para resolver categóricamente el conflicto, radica en que es una norma convencional y, por tanto, limitada a sus términos y a su fin, ya que fue redactado pensando en situaciones de sucesión de tratados, donde uno reemplaza a otro.⁷⁹ Por lo tanto, para

⁷⁴ STUDY GROUP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.*, p. 130 (párrafo 254).

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 129-130.

⁷⁶ QUOC DINH *et al.* *Op. cit.*, p. 271.

⁷⁷ Official Records of the Vienna Conference, citados por PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms... Op. cit.*, pp. 370-371. En contra: SORENSEN, Max. «Le problème du droit intemporel dans l'ordre international». *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 55, 1973, p. 54, del mismo sentir son CZAPLINSKI y DANILENKO. *Op. cit.*, p. 19. Para VIERDAG, ni la costumbre internacional ni la Convención de Viena definen exactamente el término «conclusion» (adopción). *Op. cit.*, p. 110.

⁷⁸ CZAPLINSKI y DANILENKO consideran que en este tipo de casos la solución surgiría de la aplicación del principio *pacta sunt servanda*. Para profundizar sobre el tema, revisar entre otros: VIERDAG. *Op. cit.*; DO NASCIMENTO, Geraldo. *Op. cit.*, pp. 221-291; y PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms... Op. cit.*, pp. 374-384.

⁷⁹ DO NASCIMENTO, *Op. cit.*, p. 262.

el tipo de conflicto que reviste nuestro ejemplo, no basta utilizar la regla de la norma posterior del artículo 30 de la Convención de Viena, será preciso acompañarla de otros métodos; por lo que proponemos pasar al análisis del principio de primacía de la norma especial.

4.2.2.2. *La norma especial prima sobre la norma general*

De acuerdo con la doctrina mencionada, estamos ante el último paso a aplicar para resolver jurídicamente el conflicto. Básicamente, el principio *lex specialis derogat legi generali* busca, mediante la comparación e interpretación de ambas normas, hacer primar aquella que regule la situación de manera específica sobre la que haga lo de forma general.

A diferencia del método antes analizado, que fue recogido por la Convención de Viena, este principio ha tenido más bien un desarrollo doctrinal y jurisprudencial.⁸⁰ Del mismo modo, mientras el principio de la norma posterior hace énfasis en el factor del tiempo, este lo hace respecto a la «especialidad». Ambos principios también tienen coincidencias: buscan recoger la voluntad —la última— de las partes de los tratados en conflicto y son métodos prácticos, en el sentido de que la solución dependerá del caso concreto, tomando en cuenta sus características especiales

La doctrina ha encontrado fuertes razones para preferir a la norma especial sobre la general: a) es más efectiva y precisa y permite pocas excepciones; b) refleja de manera más cercana y precisa la voluntad de los Estados;⁸¹ y c) porque las normas especiales recogen mejor —y son más útiles en su aplicación a— circunstancias particulares.⁸²

Este principio puede utilizarse en tres tipos de situaciones conflictivas: primero, cuando luego de interpretar una norma general y otra especial, respecto a un mismo tema, el resultado es contradictorio; segundo, cuando la norma especial es una excepción de la general y la contradice; tercero, en caso de incongruencia entre dos tipos de *lex specialis*.⁸³

Los criterios a tomar en cuenta para la aplicación de este principio son la materia y el ámbito, en el cual se desempeñan, respecto a las normas en conflicto.⁸⁴ El análisis

⁸⁰ La CPJI utilizó este principio en la aplicación de los tratados, en los siguientes casos: *Mavrommantis* (Series A, N° 2), *Oscar Chin* (Series A/B, N° 63), *Service Postal Polonais en Danzig* (Series A, N° 2 1924) *Commission Européenne du Danube* (Series B, N° 14). Mientras que la CIJ lo hizo en los casos *Ambitelos* (Exceptions de Jurisdiction, CIJ, Reports 1952) y *Gabcikovo-Nagymaros Project*. Otras jurisdicciones internacionales como el Tribunal Iraní-Americano de Reclamaciones lo hizo en dos de sus sentencias (19 de enero de 1991, y en la de INA Corp. de 1985)

⁸¹ Ambas citadas por PAUWELYN, Joost. *Op. cit.*, p. 387

⁸² STUDY GROUP OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. cit.*, p. 36 (párrafo 60).

⁸³ *Ibid.*, pp. 30-34.

⁸⁴ PAUWELYN, Joost. *Op. cit.*, p. 389.

de estos criterios ayudará a determinar qué norma regula una situación de manera general y cuál lo hace de forma más específica.

En lo que respecta a la materia, las normas deben regular el mismo tema, el ejemplo dado por Pufendorf es muy ilustrativo al respecto:

Une loi dfend de paraître en public avec des armes, pendant les jours de fte, une autre Loi ordonne, de sortir en armes pour se rendre  son poste, ds qu'on entendra sonner le tocsin. On sonne le tocsin un jour de fte. Il faut obir  la dernière Loi, qui forme une exception  la première.⁸⁵

El punto en común de ambas normas —la materia que regulaban— era el uso de armas; una lo hacía para el caso de días festivos, la otra en caso de que suene la alarma. Al parecer, para el autor, la prohibición de la primera norma es general (todas las fiestas), mientras que tocar la corneta parece ser algo específico, solo se toca la corneta en un solo caso (suponemos por motivos de defensa). Este ejemplo se enmarca en el segundo tipo de situación conflictiva por la aplicación de este principio, mencionado líneas arriba, una excepción a la norma general.

En cuanto al ámbito, este podría ser temporal, temático o geográfico. La temporalidad ya es cubierta por el principio estudiado anteriormente (*lex posterior*). El criterio temático está referido a la materia, recién visto. Por tanto, al analizar el ámbito solo quedaría estudiar, el espacio donde se producen las situaciones reguladas por las normas en conflicto, por ejemplo, a nivel universal o regional. En el caso de los derechos humanos, piénsese en el Sistema Interamericano o el Europeo; para el libre comercio, piénsese en la OMC o los acuerdos regionales de integración.

Como se puede apreciar, el ámbito no puede ser estudiado de manera aislada respecto a la materia, ambos criterios se retroalimentan; así el ámbito puede ayudar a determinar la especialidad ante la misma materia o viceversa. Como hemos mencionado, dependerá del caso concreto.

Luego de analizar estos dos últimos principios, partes del método de solución de conflictos de normas internacionales, surge la pregunta acerca de cuál sería la solución a una situación donde la norma especial sea, a su vez, anterior. Es decir, cuál de los principios, norma posterior o *lex specialis* prima. Quoc considera que será la norma posterior, aunque general la que primará, basándose en el respeto a la voluntad implícita de los Estados.⁸⁶

⁸⁵ Citado por VATTEL, Emmerich. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*. Lyon: Gauthier, 1802, p. 511.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 272.

Estudiado el método de Pauwelyn, es preciso remarcar que, si bien, en teoría estas soluciones parecen adecuadas resolver el conflicto, será necesario tener en cuenta una serie de dificultades prácticas para la aplicación de estos métodos y principios en el ordenamiento jurídico internacional fragmentado actual. Problemas que analizaremos a continuación.

5. Dificultades para implementar los métodos de solución de conflictos en un ordenamiento jurídico internacional fragmentado

Hasta este momento se revisaron técnicas para resolver conflictos entre normas contenidas en tratados de Derecho Internacional.⁸⁷ El método sugerido consiste en aplicar de manera sucesiva las reglas estudiadas: intentar desaparecer una de las normas, lo cual será posible en pocos casos; luego, examinar si en el tratado existe una «cláusula de compatibilidad»; de no ser el caso, buscar una norma posterior para aplicarla; si eso tampoco funciona, finalmente, escoger la más específica.

Si bien el método es lógico en el plano teórico, en la realidad internacional es necesario tomar en cuenta, entre otros, tres problemas específicos: el primero se refiere al tercero u organismo imparcial que se encargará de resolver el conflicto, ya que a diferencia de los ordenamientos jurídicos internos, en el ámbito internacional, no existe un órgano jurisdiccional obligatorio. El segundo consiste en que el órgano jurisdiccional que se encargará de resolver la diferencia, no necesariamente tendrá la competencia para aplicar las reglas antes expuestas. Finalmente y consecuencia de lo anterior es que posiblemente el conflicto no se resuelva de manera jurídica, sino política, debido a la naturaleza de las relaciones internacionales, basadas en el poder real que puedan tener los Estados en la relación contradictoria. Pasemos a revisar estos temas.

5.1. Multiplicidad de órganos de resolución de controversias en el Derecho Internacional

Una de las características del ordenamiento jurídico internacional además de su fragmentación o descentralización,⁸⁸ es la de su «anarquía» entendida como la no existencia de poderes centralizados (ejecutivo, legislativo y judicial) vinculantes a todos los sujetos de Derecho Internacional.⁸⁹

⁸⁷ No obstante, varias de estas técnicas pueden usarse para resolver conflictos entre normas no convencionales.

⁸⁸ El Derecho Internacional Público es un «orden descentralizado». BARBOZA. *Op. cit.*, p. 13.

⁸⁹ «[...] la décentralisation normative correspondait la décentralisation de la sanction» (QUOC DINH *et al. Op. cit.*, p. 91); igualmente: CASSESE, *Op. cit.*, p. 46.

La ausencia de un poder judicial centralizado no implica la existencia de una violencia generalizada y constante a nivel internacional. En pos de lograr que las diferencias que puedan surgir en las relaciones internacionales de los Estados no terminen en conflictos armados, se buscó involucrarlos para que resuelvan sus controversias de manera pacífica mediante diversos tratados que incitaban a medios de resolución de conflictos como negociaciones diplomáticas, comisiones de encuestas o investigación, conciliación, mediación y tribunales arbitrales.⁹⁰

Todos estos esfuerzos culminaron en el artículo 2.3, desarrollado por el Capítulo VI, de la Carta de las Naciones Unidas; así el artículo 33.1 de este instrumento indica que:

Las partes de una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

En lo que se refiere al arreglo judicial, la Carta instauró como órgano judicial principal de la ONU a la Corte Internacional de Justicia, que no es más que la continuación de la Corte Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de Naciones ya que se basa en su Estatuto.⁹¹ A pesar de que todos los Miembros de la ONU son *ipso facto* partes del Estatuto de la Corte,⁹² es preciso considerar las reservas hechas a este tratado con respecto a la competencia de esta en función de la materia o las partes. Igualmente, visto que la Corte es una jurisdicción facultativa,⁹³ para someterle un litigio se requiere un acuerdo en la partes del mismo, salvo reconocimiento de competencia obligatoria; lo que restringe su capacidad de atraer todo conflicto, de los Estados parte del Estatuto, a su jurisdicción.⁹⁴

Si además se toma en cuenta que la capacidad de coerción para la implementación de sus sentencias es más política que aquella de otros tribunales, es fácil entender por qué, a nivel universal, la Corte Internacional de Justicia no sea el órgano de solución de controversias al que más se recurra. Por ello, la mayoría de los casos se resuelven

⁹⁰ Ver por ejemplo: Convention de La Haye de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux; Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux; Convention européenne de 1957 sur le règlement des différends, Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux del 15 de noviembre de 1982, adoptada por Resolución 37/10 de la Asamblea General de la ONU (A/37/590), de igual modo CASSESE. *Op. cit.*, p. 58.

⁹¹ Artículo 92 de la Carta.

⁹² Artículo 93 de la Carta.

⁹³ QUOC DINH *et al. Op. cit.*, pp. 895-896.

⁹⁴ Ver artículo 95 de la Carta, artículo 36 del Estatuto, el Caso *Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre Celui-ci* (Sentencia sobre las excepciones preliminares y sobre el fondo).

ante tribunales ad hoc o mediante soluciones políticas, vía concesiones, como veremos más adelante.

Además de la Corte, existen varios órganos de resolución de controversias, la mayoría en el ámbito de un tratado multilateral, como el OSD-OMC, o el Tribunal sobre el Derecho del Mar encargado de resolver las controversias relacionadas a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

La multiplicidad de jurisdicciones y la posibilidad de que un asunto pueda caer bajo la competencia de varias de ellas, abre la posibilidad a un mismo Estado de llevar su caso al tribunal que considere más benigno para su causa, produciéndose el fenómeno conocido como *forum shopping*.⁹⁵

Igualmente, esta situación abre las posibilidades a un Estado de acudir a más de una jurisdicción, lo que puede conllevar a resoluciones contradictorias frente a un mismo diferendo.⁹⁶ En estos casos, los diversos tribunales u órganos de solución de controversias responden normalmente de manera política, por ejemplo, absteniéndose de revisar el diferendo.⁹⁷

Podemos concluir que dependerá de las partes el elegir el tribunal y el derecho a aplicar para resolver el conflicto normativo. Si este se ventila ante la Corte Internacional de Justicia y si esta puede aplicar el Derecho Internacional general, el abanico de soluciones antes mencionadas podrá ser utilizado.

5.2. Competencia para aplicar normas de solución de controversias dependiendo del órgano de solución de controversias

Las normas de solución de conflictos estudiadas en este capítulo pueden utilizarse para resolver las contradicciones entre normas de diferentes subsistemas, por lo tanto pueden utilizarse por la Corte Internacional de Justicia o tribunales arbitrales internacionales que vean el conflicto a este nivel, es decir, por encima de los subsistemas, en Derecho Internacional general. Sin embargo, como se ha indicado, no siempre la

⁹⁵ Ver por ejemplo el Caso de la Fábrica de Mox entre Irlanda y el Reino Unido ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (caso N° 10) y ante la Corte Permanente de Arbitraje en el cuadro de la Convención OSPAR de 1992 para la protección del Medio Marino del Noreste del Atlántico (artículo 32) o; el Caso entre Chile y las Comunidades Europeas sobre peces espada ante el OSD de la OMC (DS193) y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (caso N° 7).

⁹⁶ Las soluciones contradictorias pueden darse también en casos con Estados y jurisdicciones distintas, ver por ejemplo el tema de la imputabilidad al Estado de los actos de grupos armados extranjeros en los casos Tadic ante el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia (IT-94-1-T, sentencia del 15 de julio de 1999 de la Cámara de Apelaciones, párrafos 116-123) y *Affaire des Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre Celui-ci*, ante la CIJ (*Op. cit.*, párrafos 80, 109, 110 y 115).

⁹⁷ SHELTON indica que esto tiende a producirse normalmente entre órganos universales y regionales, donde los primeros se abstienen. *Op. cit.*, p. 164.

Corte o los tribunales internacionales podrán aplicar estas normas, ya que el derecho aplicable dependerá de la voluntad de las partes.

De otro lado, si el conflicto es llevado ante un órgano de solución de diferencias de un subsistema, la lógica será distinta, ya que normalmente estos tienen competencia para aplicar solamente los tratados propios del subsistema y no otros tratados. Así, de utilizarse las reglas estudiadas en este capítulo, estas se aplicarán a las normas del subsistema y no a aquellas derivadas de tratados «externos» (discutiremos este problema en el próximo capítulo).

Este último es el caso del OSD de la OMC, donde los conflictos normativos se resolverán basándose en las propias reglas de la Organización aunque, en algunos casos, adaptando las reglas vistas en este capítulo al subsistema.

Para los tratados de la OMC existen dos reglas de jerarquía: el Acuerdo sobre la OMC prima sobre los otros acuerdos⁹⁸ y los acuerdos multilaterales del Anexo 1A priman sobre el GATT 1994, ya que estos constituyen *lex specialis*.⁹⁹ El mismo principio se aplica a nivel procedimental, donde también prevalecen los procedimientos especiales sobre los generales; si hay conflicto entre dos de estos, las reglas de procedimiento a utilizar se designarán por consenso entre las partes, bajo la mediación del presidente del Grupo Especial, utilizando solo en última instancia los procedimientos del régimen general.¹⁰⁰

De este modo, el principio de la norma especial es utilizado dentro del derecho de la OMC para casos de conflictos entre acuerdos internos (otra muestra de la influencia del sistema en los subsistemas). Respecto a los «tratados externos», el tema se resolverá analizando si el OSD tiene, o no, competencia para analizarlos y aplicarlos.

Igualmente, el principio de la norma especial también sirve para resolver conflictos al interior de un mismo tratado, como el GATT. Por ejemplo, es el caso de las excepciones (casos especiales), donde las normas que las regulan priman sobre las generales.

Entonces, es posible utilizar la regla *lex specialis* para interpretar el GATT antes de aplicarla, evitando así conflictos como el de nuestro caso de estudio (aplicando la excepción sobre la norma general). Este sería un uso preventivo del método de solución de conflictos normativos en Derecho Internacional. Esta labor debería ser realizada por cada Estado antes de adoptar una medida o ratificar un tratado. Sin embargo, la

⁹⁸ Artículo XVI.3.

⁹⁹ Nota interpretativa general al Anexo 1A, igualmente, D'ARGENT, Pierre. *Droit des Relations Économiques Internationales*. Louvain-la-Neuve: UCL, 2006, p. 25.

¹⁰⁰ Artículo 1.2 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias y PIÉROLA, Fernando. *Solución de diferencias en la Organización Mundial de Comercio*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 93 y 94.

posibilidad de que otro Estado tenga una interpretación contradictoria estará siempre presente, pero si ambos son Miembros de la OMC, es muy probable que el OSD utilice esta regla para resolver la controversia.

5.3. Soluciones políticas a los conflictos de normas

A pesar de existir normas generales o especiales para resolver las contradicciones normativas que se puedan producir, siempre existirán conflictos que escapan a estas reglas.¹⁰¹ Esto puede producirse debido a la complejidad o la especificidad del tema, por los intereses políticos de los Estados o por la inexistencia de órganos jurisdiccionales ante los cuales llevar el diferendo.

En estos casos, la solución pasará por arreglos políticos, en los que influirán mucho las reglas de la responsabilidad internacional del Estado y del poder de este para hacer valer o eximirse de sus obligaciones internacionales. Este es el campo de las relaciones internacionales donde el factor del poder real (económico, militar o político) es determinante en las relaciones entre los sujetos de Derecho Internacional.

Por ejemplo, si un Estado suscribe un tratado con A donde le ofrece un beneficio X, y después de algunos años, ratifica otro con B donde le ofrece una ventaja contraria al beneficio X. El Estado se encontrará ante obligaciones contradictorias, ya que, al aplicar una de las normas incurrirá en responsabilidad frente a uno de los Estados.

De acuerdo con las reglas de la responsabilidad internacional, el Estado debe cesar el acto que constituye la violación de una obligación internacional, entonces el Estado en falta debe denunciar uno de los tratados, para retornar a la «legalidad» con ambas partes. De lo contrario, tendrá la obligación de reparar a cada una de ellas cuando se vean afectadas.

La solución de esta situación dependerá mucho del poder de negociación del Estado y de su fuerza real en las relaciones internacionales. Pero además deberá tomar en cuenta el ámbito de actuación y la naturaleza de la norma incumplida (beneficio X). Así, no será lo mismo incumplir una norma *erga omnes* o una *inter partes*, ya que la primera involucra a toda la comunidad internacional, lo que implica un poder menor a la hora de negociar.

Del mismo modo, si una de las normas se inserta en un subsistema en el cual existe un órgano de solución de diferencias obligatorio, esta otorgará un mayor poder de negociación, en comparación con una regla del Derecho Internacional Público

¹⁰¹ Para profundizar en el tema, PAUWELYN, Joost. *Op. cit.*, pp. 418-436.

general; por las posibilidades de obligar al Estado a comparecer ante este y de ejecutar sus resoluciones finales.

Estas consideraciones permitirán al Estado incrementar o disminuir su poder de negociación para lograr una solución política. De este modo, las consecuencias jurídicas son tomadas en cuenta, con miras a obtener la solución más beneficiosa para cada una de las partes del diferendo. Esta situación responde a la realidad del orden jurídico internacional basado sobre la voluntad de los Estados, la cual depende del poder de cada uno.

Sin embargo, como se ha visto antes, este sistema ofrece ciertas reglas «superiores» que los Estados no pueden dejar de lado (por ejemplo, pueden utilizar su poder de negociación basado en su poder económico, más no así por la fuerza).

Podemos concluir que para solucionar los conflictos de normas en Derecho Internacional tenemos dos grandes métodos: los jurídicos y los políticos,¹⁰² que pueden superponerse.

6. Otro método de solución de conflictos: la interpretación como prevención de conflictos

Las reglas y principios de Derecho Internacional general para la solución de conflictos estudiados, permiten la resolución de nuestro caso de estudio, si estas son aplicadas por la Corte Internacional de Justicia o un tribunal arbitral internacional. Esta sería una solución basada en el Derecho Internacional general o en el «sistema» (Derecho Internacional Público). También es posible que el conflicto se ventile dentro de un «subsistema», utilizando su propio órgano de solución de conflictos, el cual, en la mayoría de casos, solo puede aplicar su Derecho «interno».

Nuestra propuesta es implementar un método preventivo a los conflictos normativos, previo al recurso a un tribunal internacional. Además, esta forma de solucionar los conflictos, también puede ser aplicada para la solución del conflicto. Nos referimos a la interpretación de las normas en conflicto y sus fuentes.

La interpretación, que se basa en reglas generales estudiadas anteriormente y que son un atisbo de la existencia de un Derecho Internacional general aplicable incluso a los subsistemas, permitiría una lectura coherente del ordenamiento jurídico

¹⁰² Esto refleja las dos posturas que existen a nivel internacional sobre los conflictos de normas: los subjetivistas y los objetivistas, para los primeros estamos ante un problema no de validez de la norma, sino de su aplicación, ya que todas las voluntades estatales soberanas son válidas, el conflicto se soluciona en base a negociaciones. Mientras que para los segundos, el orden internacional contiene reglas que resuelven los conflictos, que son las que hemos estudiado (QUOC DINH *et al.* *Op. cit.*, pp. 267-268).

internacional. Las reglas de los subsistemas en virtud de las normas generales de interpretación serían interpretadas con miras a solucionar conflictos normativos que impliquen a uno o más de estos «micro-ordenamientos».

Proponemos un caso de estudio, el del conflicto entre el derecho a la salud y la prohibición de restricciones cuantitativas a las importaciones o exportaciones de productos.

El respeto al derecho a la salud está recogido en el artículo 12 del Pacto Intencional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), entre otros instrumentos.¹⁰³ Un Estado estará cumpliendo con sus obligaciones derivadas del PIDESC, entre ellas el deber de prevención, si prohíbe la entrada en su territorio de bienes que afecten la salud o que generen el riesgo de afectarla,¹⁰⁴ por ejemplo medicamentos, productos de tabaco¹⁰⁵ o desechos.¹⁰⁶ El no hacerlo constituiría una violación del tratado.¹⁰⁷

Por otro lado, esta medida sería contraria al artículo XI del GATT, que prohíbe las cuotas o restricciones cuantitativas al comercio sea mediante la prohibición total de importar un producto, restricciones a su importación, restricciones a la exportación o a la venta para la exportación,¹⁰⁸ licencias (discrecionales¹⁰⁹ o no automáticas),¹¹⁰

¹⁰³ A nivel universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25.1), Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24.1), Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (artículo 5.3.iv), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 12).

¹⁰⁴ De acuerdo con el artículo 2.1 del PIDESC existe la obligación de adoptar medidas, «en particular» legislativas, así que podría prohibirse esto mediante una ley.

¹⁰⁵ Ver por ejemplo el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud en su 56ª sesión (WHA56.1) del 21 de mayo de 2003; artículos 6 («prohibir o restringir [...] la importación de productos de tabaco libres de impuesto y libres de derechos de aduana por los viajeros internacionales») y 15 (restricción al «comercio ilícito» de productos de tabaco).

¹⁰⁶ De acuerdo con la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE), la basura («déchets») pueden ser considerados como bienes en tanto pueden ser objeto de comercio. CJCE, Comisión contra Bélgica «Déchets Wallons», sentencia del 9 de julio de 1992, caso C-2/90, párrafos 24-28.

¹⁰⁷ «El fracaso de un Estado Parte del Pacto de cumplir con una obligación del Convenio, será considerado como una violación al Pacto en derecho internacional»; número 70 de los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; puede ser apreciado en: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigésimo cuarto período de sesiones, E/C.12/2000/13 del 2 de octubre de 2000. En lo que respecta a una violación del tratado por falta de prevención, ver por ejemplo: Corte IDH, Comunidad indígena Sawhoyamaya contra Paraguay, *Op. cit.*, párrafo 178.

¹⁰⁸ *Argentina – Medidas que afecten a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados (Argentina – Piel y Cueros). Informe del Grupo Especial del 19 de diciembre de 2000. WT/DS155/R.*

¹⁰⁹ Esto no significa que deban, necesariamente, expedirse de inmediato, sino en un plazo razonable, por ejemplo, en Japón – Semiconductores, se pone como ejemplo cinco días, párrafo 118; otro caso del GATT donde se hace referencia a la aceptación de licencias automáticas es: CE – Restricciones Cuantitativas, párrafo 31.

¹¹⁰ India – Restricciones cuantitativas; párrafo 5.129, ver igualmente, Japón – Semiconductores; párrafo 104 y Comunidades Europeas – Restricciones cuantitativas aplicadas a la importación de ciertos productos de

sea que se produzcan por una ley o *de facto*.¹¹¹ De este modo, prohibir un producto, aunque busque proteger la salud, en virtud del cumplimiento de una norma derivada de otro tratado internacional, contraría o es ilegal para esta disposición.

Este conflicto se podría presentar ante el OSD-OMC, que podría ser activado por una de las partes del GATT cuyos exportadores se vean afectados por la restricción cuantitativa que busca proteger la salud de la población del Estado que implementó la medida.

El OSD tendría la oportunidad de realizar una interpretación del GATT que evite el conflicto, esta solución pasa por el estudio del Preámbulo del Acuerdo de Marrakech, marco para los tratados que gestiona la OMC y del artículo XX.b del GATT:

[ninguna] disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas] A reserva [que estas...] no se apliquen [...] en forma que constituya[n] un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional [...].

Tomar en cuenta en el artículo XX del GATT y utilizar esta disposición implica resolver el conflicto ante el OSD, que se rige por las normas del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias. Por lo tanto, la solución estará basada en el Derecho Internacional Económico que promueve el comercio internacional en materia de bienes, tomando en cuenta el derecho a la salud solo de manera indirecta, ya que en principio el inciso b del artículo XX no hace referencia a este derecho, sino al término «salud».¹¹²

La solución a este conflicto, incluso dentro del subsistema de la OMC, a partir de la interpretación del artículo XX.b del GATT permitirá a los Estados proteger la salud sin ser responsables por el incumplimiento de otras obligaciones del GATT. Esto sobre la base de la práctica del OSD, que reconoce la influencia del ordenamiento jurídico actual, en cuanto a las reglas de interpretación de tratados y de solución de conflictos, así como, indirectamente, de la unidad del Derecho Internacional Público, mediante el concepto de desarrollo sostenible y la mejora de los niveles de vida.¹¹³

Hong-Kong (CE – Restricciones Cuantitativas). Informe del Grupo Especial del 1 de julio de 1983 y adoptado el 12 de julio de 1983. L/5511 –30S/139, párrafos 7 y 31.

¹¹¹ Argentina – Piel y Cueros; párrafo 11.17.

¹¹² En el punto tercero de este capítulo, abordaremos la posibilidad de implementar el derecho a la salud como tal y utilizar argumentos de derechos humanos para justificar la medida en el marco normativo de la OMC.

¹¹³ Se puede apreciar la aplicación del método y la resolución del conflicto paso a paso en SACO, Víctor. «Resolución de Conflictos normativos en derecho internacional público y la prohibición de restricciones

En la interpretación normativa juega un papel muy importante la Convención de Viena, en especial sus artículos 31 y 32, normas que son utilizadas por el propio OSD-OMC,¹¹⁴ evidenciando la voluntad de este órgano de lograr una armonización en el Derecho Internacional Público.

Esta forma de resolver el conflicto, que también podría ser considerada por un Estado, antes de accionar el OSD, de manera preventiva, demostraría además que los derechos humanos y el derecho del libre comercio (del sistema de la OMC), no son compartimientos estancos; es más, comparten fines comunes como el desarrollo sostenible y la mejora de la calidad de vida. Objetivos que, de ser tomados y cumplidos seriamente, permiten un desarrollo humano óptimo en los Estados parte de ambos tratados.

7. Conclusión

El Derecho Internacional Público actual, a pesar de que algunos consideren su fragmentación, recoge reglas básicas aplicables al sistema, estas son también obligatorias para los subsistemas. Entre estas reglas encontramos aquellas que permiten solucionar los conflictos normativos una vez producidos o, preventivamente, mediante reglas generales de interpretación.

cuantitativas recogidas en el GATT». Tesis para optar por el título de Abogado. Lima. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, octubre, 2007.

¹¹⁴ El Órgano de Apelación se basa en la práctica de la Corte Internacional de Justicia, las Cortes Americana y Europea de Derechos Humanos, así como a la doctrina para sostener esto, Estados Unidos Gasolina AB, páginas 16 y 17 y nota al pie 34. Ejemplos del uso de esta regla se puede encontrar, entre otros, en los siguientes casos Japón – Bebidas alcohólicas, página 17; Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas. Informes del Órgano de Apelación adoptados el 4 de octubre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (*Japón - Bebidas alcohólicas II*); párrafo 6.57; Argentina – Textiles y prendas de vestir. Informe del Órgano de Apelación del 27 de marzo de 1998, WT/DS56/AB/R (Argentina – Textiles AB), párrafo 47.