



# THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM AND ITS TENSIONS: FRAGMENTATION AND UNIVERSAL AMBITION

BY SUSANA CZAR DE ZALDUENDO  
SPECIAL EDITOR

Few branches of law can boast such a spectacular development as international law in recent times. The changes experienced related to the actors -which previously encompassed only states- and to the increase in the number of issues which then came under the regulation of international law, and brought about an expansion which would have seemed impossible before the Second World War.

The specialisation of international law in different subject matters or regulatory frameworks reflects diverse interests, obligations and rights in a number of fields of international activity such as human rights, the law of the sea, environmental protection, international trade, transnational investment, scientific and technological cooperation, etc. At the same time, there has been a notable increase in the number of players in the global arena with the setting up of regional and international organisations.

In a document on the diversification and expansion of international law<sup>1</sup>, the International Law Commission of the United Nations points out that this phenomenon has not come about in a coordinated manner, following consistent regulations governed by a general framework. It developed, rather, through a search for solutions to concrete problems<sup>2</sup>. An expansion in the number

of specialised areas (with a certain amount of autonomy) has resulted from this, as well as the setting up of forums to deal with possible controversies, thus giving rise to fears of fragmentation of international law.

At the same time, reaction to this possible fragmentation promoted a tendency towards a greater unification of international law, where some favoured the application of identical laws to the relations between individual actors -unequal in their nature- and to distinct national realities, a suggestion that has been roundly rejected by others. This situation has rekindled the debate surrounding the precedence given to international law over domestic regulations, which has been reflected in the tendency to “constitutionalise” international law.

The extent and scope of international law has progressed hand in hand with the creation *en masse* of international tribunals<sup>3</sup> and this, in turn, increases the possibility of incompatible interpretations on fundamental issues within international law, or even contradictory judgements being passed in a dispute which, due to the existence of non-exclusive jurisdictions, could be brought before more than one international tribunal. With this in mind, some proposals have been made for the creation of a global and hierarchical legal structure



## EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL Y SUS TENSIONES: FRAGMENTACIÓN Y VOCACIÓN UNIVERSAL

POR SUSANA CZAR DE ZALDUENDO  
COMPILADORA

Pocas ramas jurídicas han tenido un desarrollo tan espectacular como la del derecho internacional en las últimas décadas. Los cambios relacionados con los distintos sujetos del derecho internacional -subjetividad limitada anteriormente a los estados- y la ampliación de los temas que han pasado a ser regulados por normas internacionales, implicaron una expansión que hubiera sido imprevisible antes de la Segunda Guerra Mundial.

La especialización del derecho internacional en regímenes normativos sectoriales o temáticos diversos refleja intereses, deberes y derechos distintivos de varios campos de la actividad internacional, entre ellos: los derechos humanos, el derecho del mar, la protección ambiental, el comercio internacional, las inversiones transnacionales, la cooperación científica y tecnológica, etc. Por otra parte, con la creación de organizaciones internacionales y regionales se ha registrado un notable incremento en el número de actores en la arena mundial.

Como bien señala el documento de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre diversificación y expansión del derecho internacional<sup>1</sup>, este fenómeno no se ha dado de manera coordinada mediante regulaciones consistentes con un esquema general, sino que se fue desarrollando a partir de la búsqueda de soluciones a problemas concretos<sup>2</sup>. De ello resultó la multiplicación de

áreas especializadas, con cierta autonomía, y de foros para tratar sus eventuales conflictos, lo que llevó a que aumentara el temor a una fragmentación del derecho internacional.

Paralelamente, la reacción frente a esa fragmentación promueve tendencias hacia una mayor unificación del derecho internacional, planteando algunos la conveniencia -rechazada por otros- de aplicar normas idénticas a las relaciones entre actores que, en algunos casos, son notoriamente desiguales, y a realidades nacionales distintas. Estas circunstancias han reavivado los debates sobre la primacía del derecho internacional sobre los ordenamientos internos, expresándose fundamentalmente en las tendencias hacia el “constitucionalismo” del derecho internacional.

La ampliación y extensión de la normativa internacional se produce simultáneamente con la creación de una gran cantidad de tribunales<sup>3</sup>, lo que aumenta la posibilidad de interpretaciones diferentes sobre temas fundamentales del derecho internacional o, inclusive, de pronunciamientos contradictorios en una controversia que en razón de jurisdicciones no excluyentes pueda ser dirimida en más de un tribunal. Esto ha generado algunas propuestas para crear una estructura judicial mundial y vertical, ausente hasta el momento y de difícil implementación, según muchos de los internacionalistas.

which has been lacking, up to the present, and which would be difficult to implement, according to many international law scholars.

The contributions to the current issue of *Puente @ Europa* discuss many of these issues. We will here briefly refer to their most salient aspects, dealing firstly with international constitutionalism, secondly, addressing the question of fragmentation versus unification/harmonisation to finish off, lastly, with the theme of the multiplication of international jurisdictions.

### International constitutionalism

As a matter of fact, the influence of international law in domestic law has increased significantly. The old problem related to the relationship between national and international legal systems - alternatively solved in accordance with monist and dualist theories - would seem to have been overcome and replaced by the concept of the international community as a “legal community”.

According to Hans Kelsen<sup>4</sup>, all that can be set as norms in domestic law can also be subject to international law, whose territorial validity significantly exceeds that of domestic law. In the first decades of the 20<sup>th</sup> century, The Hague Academy of International Law witnessed a series of debates between the dualists, such as Heinrich Triepel and Dionisio Anzilotti, and the monists, such as Alfred Verdross and Kelsen himself. The former contend that international law and domestic law constitute two independent legal entities with different sources: treaties and customary law as far as the international law is concerned, the constitution and the laws themselves in the domestic legal system. The monists, on the other hand, hold that the set of legal norms encompassed by the two structures are characterized by a substantial unity, and that it is possible to establish a relationship of subordination between them<sup>5</sup>.

It is the view of Ingrid Detter Delupis, professor in International Law at the University of Stockholm, that the debate between the two has become essentially of a historical character, because the effect of international law in a country's domestic affairs today often involves *jus cogens*, that is to say those international regulations which are of such a pressing and peremptory nature that the state cannot ignore them. Under the heading of these imperative norms, we may find certain aspects of human rights, humanitarian rights, or environmental protection<sup>6</sup>. Whatever a state does, or allows to be done, in its own territory in these areas of law may be of interest to third parties and could legitimately be of interest to one or more states.

Furthermore, the regulatory competence assumed by some bodies of international organisations has been enriching the international law system with secondary norms which are of the same compulsory nature as treaties for their members and, in certain cases, are directly applicable in the territories of these states. Thus, international law, as well as having extended its reach, has managed to detach itself from its almost exclusive connection with states. The protection of human rights -which is one of the most significant developments of the 20<sup>th</sup> century- has raised the individual to the position of subject in international law and mechanisms that govern the efficacy and compliance of international rules have been strengthened producing, in turn, related systems for the resolution of international controversies.

However, with the consolidation of representative democracy and the reinforcing of the republican character of governments after the Second World War, the legitimacy of international law has been questioned in relation to its validity within states: its norms have been seen as lacking a popular representative base as well as a constitutional foundation as a framework for its legitimacy.

The legitimacy of international law started to be a source of concern for the internationalists. Thomas Franck, writing on the theme in the '80s<sup>7</sup> and basing his work on his experience as a constitutionalist, wondered how an international politico-legal system could bring together the primacy of the rule of law and

impartial judgement by third parties to a controversy with the commitment to democracy<sup>8</sup>.

Theories concerning international constitutionalism have been built upon the concept of a global legal community. Authors from both Europe and the United States have been developing a new branch of studies, known as “new approaches to international law”<sup>9</sup>.

In an article in the *European Journal of International Law*, Mattias Kumm asks if the citizens of a country should be obliged to comply with the regulations as set out by international law, or if they should be free to reject them democratically, in the constitutional exercising of their own governance. He then goes on to answer the question by rejecting a rigid dualism, which would imply the need for different tools of analysis for international and domestic systems. He further reminds us that the legitimacy of international law should not be dismissed simply because of a lack of representative institutions to pass those regulations. What he proposes, rather, is that the application of international norms in the domestic arena should be accepted when, as it happens with the domestic legal system, its rationale fulfils the sought-after aim of the community and it protects citizens' rights. These are the basis for the legitimacy of international law. He also considers the drawing up of a specific constitutional text to be unnecessary because his “constitutionalist” model implies a constitutionalism above and beyond that of the state<sup>10</sup>.

These issues are also touched upon in the work of Armin von Bogdandy presented in this issue of *Puente @ Europa*. The piece looks at the work of Christian Tomuschat<sup>11</sup>, a distinguished representative of the German school of international constitutionalism.

According to Tomuschat, international law also fulfils a constitutional role in the domestic arena, protecting human rights and turning individuals into the beneficiaries of international law. In his opinion, the international community is transforming itself from a system which is based on the sovereignty of states to another which is oriented to values and individuals, envisaging the state as a “unit at the service of human beings”. The author's central idea is to consider the state but as an agent of the international community.

Von Bogdandy then goes on to ask if, international law fulfilling a constitutional role, it would be necessary to establish a “quasi-federal” institutional organisation. Tomuschat, reminds us the author, uses the terms “federal” and “federation” with some caution. Resistance to the concept can still be found within such a sophisticated law-based integration scheme, involving such a strong delegation of competence, as the European Union is. Tomuschat, however, considers that we should, at least, conceive a structure which ensures the independence of the legislative functions from the regimes of the treaties. Furthermore, treaties should refrain from being the main source of international norms because, in as far as their membership is voluntary (in terms of signing up and withdrawal), the values which the international community consider worthy of protection are subject to decisions which are taken unilaterally and which are linked to a weak political system.

Despite the fact that the international society recognises the existence of values worthy of protection independently from the recognition given to those same values by a state, Tomuschat maintains that the solution should not be found in a global government, as there will be no lasting international order if the national systems disappear. The contributor then addresses the problem of the legitimacy of international law given that, while domestic law is rooted on the people -the democratic source of legitimacy-, its international counterpart is generated by the states. He does not believe that the “international community” can be considered as the equivalent of the “people” and concludes that the foundations for the legitimacy of international law are to be found in shared values.

Finally, von Bogdandy set Tomuschat's thinking within the universalistic approach to international relations and refers to a

Varios de los temas recién señalados han sido considerados en las contribuciones de este número de *Puente @ Europa*. En esta presentación nos referiremos brevemente a los aspectos más salientes de esos aportes, tratando, en primer lugar, el constitucionalismo internacional; abordando después la fragmentación *versus* unificación/armonización de las normas internacionales; para culminar con el tema de la multiplicidad de foros.

### Constitucionalismo internacional

La realidad muestra que la influencia del derecho internacional en los derechos internos se ha acentuado notoriamente. El viejo problema de las relaciones entre los órdenes jurídicos nacional e internacional -explicitado conforme a las teorías monista y dualista- parece haber sido superado y sustituido con las ideas sobre la comunidad internacional como una “comunidad de derecho”.

Hans Kelsen señalaba<sup>4</sup> que todo lo que puede ser normado por el derecho nacional, puede ser también objeto del derecho internacional, cuyo ámbito de validez territorial excede en mucho al del derecho local. En las primeras décadas del siglo XX, la Academia de Derecho Internacional de La Haya fue testigo de los debates entre “dualistas”, como Heinrich Triepel y Dionisio Anzilotti, y “monistas”, como Alfred Verdross y el propio Kelsen. Los primeros sostenían que el derecho internacional y el derecho interno conforman dos órdenes jurídicos independientes con fuentes diferentes: los tratados y la costumbre en el derecho internacional, la constitución y las leyes en el orden local. Para los monistas, en cambio, existía una unidad en el conjunto de normas jurídicas que abarcaba ambos órdenes, entre los cuales podían establecerse relaciones de subordinación<sup>5</sup>.

Ingrid Detter Delupis, profesora de Derecho Internacional en la Universidad de Estocolmo, afirma que la discusión entre monismo y dualismo ha pasado a ser esencialmente de interés histórico, porque la eficacia del derecho internacional en el orden interno de los países involucra hoy en muchos casos al *jus cogens*, es decir, a aquellas reglas internacionales tan apremiantes y obligatorias que los estados no pueden dejar de observar. En esas normas imperativas se incluyen algunos aspectos de los derechos humanos, del derecho humanitario, o de la protección ambiental<sup>6</sup>. En estos campos, lo que hace, o permite hacer, un estado en su propio territorio no es indiferente a terceros y puede ser legítimamente del interés de otro u otros estados.

Por otra parte, la competencia normativa que asumen algunos órganos de las organizaciones internacionales enriquece el ordenamiento internacional con normas derivadas, tan obligatorias como los tratados para los estados miembros de esas organizaciones y, en algunos casos, directamente aplicables en sus territorios. De esta forma el derecho internacional, además de haberse expandido, se ha desprendido de su vínculo casi exclusivo con los estados. La protección de los derechos humanos, uno de los desarrollos más notables del derecho internacional en el siglo XX, ha elevado a las personas físicas a la categoría de sujetos del derecho internacional, y se han fortalecido los mecanismos de vigencia y observancia de las reglas internacionales, floreciendo sistemas vinculantes para la resolución de los conflictos internacionales.

Sin embargo, al robustecerse la democracia representativa en los países y afianzarse la gobernanza de corte republicano después de la Segunda Guerra Mundial, se planteó el problema de la legitimidad del derecho internacional para su vigencia al interior de los estados, porque se le imputa la carencia de una base representativa popular en la elaboración de sus normas, así como la falta de fundamentos constitucionales como marco de legalidad.

Legitimidad del derecho internacional comenzó a ser motivo de preocupación entre los internacionalistas. Thomas Franck escribió sobre el tema en la década del ochenta<sup>7</sup>. Sobre la base de sus trabajos como constitucionalista, se preguntó sobre la necesidad de un sistema político-legal internacional que combinara la preponderancia de las reglas de derecho y el juzgamiento imparcial a cargo de terceros en un conflicto con el compromiso democrático<sup>8</sup>.

Sobre la base del concepto de una comunidad jurídica global, se fueron edificando las teorías sobre el constitucionalismo internacional que se insertan, a su vez, en la corriente conocida como “nuevas aproximaciones al derecho internacional”<sup>9</sup>, reflejada en los trabajos de autores tanto europeos como estadounidenses.

Mattias Kumm se pregunta si los ciudadanos de un país están obligados a cumplir las reglas del derecho internacional, o si, en cambio, son libres de rechazarlas democráticamente en el ejercicio constitucional de su propia gobernanza. Responde que debe evitarse un enfoque estrictamente dualista que considere que el orden nacional y el internacional necesitan diferentes instrumentos de análisis, y que no corresponde rechazar la idea de la legitimidad del derecho internacional por la falta de instituciones representativas que lo dicten. Propone, en cambio, que debe aceptarse la aplicación interna del orden internacional cuando, al igual que en el ordenamiento local, su *rationale* respeta la finalidad buscada y ampara los derechos de los ciudadanos. En eso radica la legitimidad del derecho internacional. Asimismo, considera innecesario un texto constitucional específico, porque el modelo “constitucionalista” que propone está comprometido con un constitucionalismo más allá del estatal<sup>10</sup>.

Estos temas son abordados por Armin von Bogdandy en el artículo incluido en este número de *Puente @ Europa*, donde comenta el pensamiento de Christian Tomuschat<sup>11</sup>, ilustre representante del constitucionalismo internacional, conjuntamente con Hermann Mosler, Wilhelm Wengler, Walter Hallstein (quien acuñó el término “comunidad de derecho” y fuera el primer presidente de la Comisión Europea) y Andreas Paulus; así como internacionalistas de la talla de Pierre-Marie Dupuy, David Kennedy, Giovanni Biaggini y otros.

Tomuschat considera que el derecho internacional cumple una función constitucional también en el ámbito nacional, al proteger los derechos humanos, haciendo a los hombres beneficiarios de este derecho. Indica que la comunidad internacional está pasando de un sistema fundado en la soberanía de los estados a otro orientado a los valores y a los individuos, visualizándose al estado como una “unidad al servicio de los seres humanos”. La idea central en este autor es la de considerar al estado como un agente de la comunidad internacional.

Si el derecho internacional cumple una función constitucional, ¿habrá que establecer una organización institucional de tipo “cuasi-federal”? Armin von Bogdandy señala que Tomuschat usa con sumo cuidado los términos “federal” y “federación”, conceptos resistidos aun en el caso de la Unión Europea, un esquema de integración fundado en el derecho y con un alto grado de delegación de competencias a una comunidad. Para Tomuschat se debería, al menos, tener una estructura que independice la función legislativa del régimen de los tratados. Estos deberían dejar de desempeñar el papel principal en la creación de normas, porque en la medida en que son de adhesión y denuncia voluntarias, los valores reconocidos por la comunidad internacional como merecedores de protección quedan sometidos a decisiones unilaterales y vinculados a un sistema político débil.

Si bien la sociedad internacional reconoce valores protegibles independientemente del reconocimiento que haga de ellos un estado, Tomuschat sostiene que no se debe focalizar la solución en un gobierno mundial, porque no habrá orden internacional que perdure si los sistemas nacionales desaparecen. Aborda entonces el problema de la legitimidad del derecho internacional, dado que mientras el derecho interno proviene del pueblo -fuente democrática de legitimidad-, el internacional es generado por los estados. No encuentra que la “comunidad internacional” sea el equivalente de “pueblo” y concluye que la base de la legitimidad del derecho internacional está en los valores compartidos.

Por último, von Bogdandy indica que el pensamiento de Tomuschat se enmarca en el enfoque universalista de las relaciones internacionales, y recoge una reciente contribución de Jürgen Habermas quien plantea que un ordenamiento internacional constitucionalizado, complementario del nacional, sería una garantía tanto contra posiciones hobbesianas como otras hegemónicas fun-

THE SPECIALISATION OF INTERNATIONAL LAW IN DIFFERENT SUBJECT MATTERS OR REGULATORY FRAMEWORKS REFLECTS DIVERSE INTERESTS, OBLIGATIONS AND RIGHTS IN A NUMBER OF FIELDS OF INTERNATIONAL ACTIVITY [...]. AT THE SAME TIME, THERE HAS BEEN A NOTABLE INCREASE IN THE NUMBER OF PLAYERS IN THE GLOBAL ARENA WITH THE SETTING UP OF REGIONAL AND INTERNATIONAL ORGANISATIONS.

[...] THIS PHENOMENON HAS NOT COME ABOUT IN A COORDINATED MANNER, FOLLOWING CONSISTENT REGULATIONS GOVERNED BY A GENERAL FRAMEWORK. IT DEVELOPED, RATHER, THROUGH A SEARCH FOR SOLUTIONS TO CONCRETE PROBLEMS.

recent contribution made by Jürgen Habermans who suggested that a constitutionalised international system, seen as a complement to the national ones, would work as a guarantee against both Hobbesian and hegemonic positions founded on liberal values. He believes in the possibility of an international constitutionalism exerting a civilising influence.

A further signal of the spread of “international constitutionalism” can be observed in the project called “The emerging international constitutional order - Implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making” sponsored by the Netherlands Organisation for Scientific Research and recently started at the University of Amsterdam, under the direction of Erika de Wet<sup>12</sup>.

The author defines the pivotal questions encompassed by her research project in the following way: “The ‘constitutional’ nature of this order relates to the fact that it contains certain fundamental substantive and structural norms that form a supreme legal framework for the exercising of public power. The substantive elements primarily include the value system of the international legal order, meaning norms of positive law with a strong ethical underpinning (notably human rights norms) that have acquired a special hierarchical standing *vis-à-vis* other international norms through state practice. The structural elements refer to the subjects of the international legal order that collectively constitute the international community (polity), as well as the mechanisms for enforcement of the international value system”.

Another issue which is strictly linked to the question of international constitutionalism seems to be the supremacy that ought to be granted, in the opinion of some, to the International Court of Justice in The Hague -but this aspect will be dealt with in the section related to international courts.

### The Fragmentation of International Law

#### *The work of the International Law Commission*

At its 54<sup>th</sup> session, in 2002, the International Law Commission of the United Nations (ILC)<sup>13</sup> decided to create a study group on “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”. The following year, the Study Group approved its work schedule for the period between 2003 and 2006. Five of its members were requested to draft schemes on the following selected issues:

- 1) The function and scope of the principle of *lex specialis* and the question of “self-contained regimes”;
- 2) the interpretation of treaties in the light of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (Article 31.3.c.) of the Vienna Convention on the Law of Treaties,

VCLT;

- 3) the application of successive treaties relating to the same subject matter (Article 30 of the VCLT);
- 4) the modification of multilateral treaties between certain parties only (Article 41 of the VCLT) and;
- 5) hierarchy in international law: *jus cogens*, obligations *erga omnes* and Article 103 of the Charter of the United Nations as conflict rules.

During 2004 and 2005, studies on different aspects of fragmentation were carried out and the Study Group decided to prepare a single document, divided in two parts: a) an extensive final report summarising the individual positions and debates in the group; b) a summary of the conclusions and directives emerging from these studies and debates<sup>14</sup>.

These documents analyse the progressive homogenization of social life which has taken place in the context of globalization and its simultaneous fragmentation within areas which have become more and more specialized and autonomous. This phenomenon touches upon international law, as social fragmentation tends to be accompanied by juridical instruments grouped around rules and institutions which give rise to subject matter or regional regimes endowed with certain autonomy<sup>15</sup>.

Assessment of the phenomenon has varied. Some observers think that special regimes erode general international law, as they increase the possibility of conflicting jurisprudence, leading to the loss of juridical security. Others see in this a predominantly technical problem and suggest that it be solved by technical remedies aimed at harmonizing the sub-systems.

The ILC considers that the phenomenon presents positive as well as negative aspects and that fragmentation poses different kinds of problems: substantive problems, as the specialized legal frameworks and regimes can conflict with each other; institutional, as the various bodies, because of their different jurisdiction or competence, can dissent in the interpretation and enforcement of norms and regimes.

#### *The maxim lex specialis derogat legi generali*

This old legal technique suggests that whenever more than one norm deals with the same subject matter, priority should be given to the more specific one, as it better takes into account the particular features of the context where it is applied. The ILC puts forward that, within international law, this principle may be applicable between provisions within a single treaty or emerging from different treaties as well as between non-treaty standards.

The special law does not derogate completely the general norm, as the latter is still valid in other contexts and for aspects not contemplated by the *lex specialis*. The ILC also takes a position on the complex question of the impossibility of derogating a general law. The ILC suggests taking into consideration the nature of the

dadas en valores liberales. Afirma que puede lograrse un constitucionalismo internacional que implique un avance civilizador.

Una muestra de la difusión que ha adquirido el “constitucionalismo internacional” es el proyecto “*The emerging international constitutional order - Implications of hierarchy in international law for the coherence and legitimacy of international decision-making*” que, patrocinado por la Organización de los Países Bajos para la Investigación Científica, se ha establecido recientemente en la Universidad de Ámsterdam, a cargo de Erika de Wet<sup>12</sup>.

En la presentación de este proyecto se afirma que “la naturaleza constitucional del orden internacional se refiere a ciertas normas fundamentales, sustantivas y estructurales, que contienen y que conforman un marco legal superior para el ejercicio del poder público. Los elementos sustantivos incluyen el sistema de valores del orden legal internacional, normas positivas con un fuerte sustrato ético (esencialmente reglas sobre derechos humanos) que han adquirido una jerarquía especial frente a otras normas internacionales a través de la práctica estatal. Los elementos estructurales se refieren a los sujetos del orden legal internacional que, colectivamente, constituyen la comunidad internacional, así como a los mecanismos para la observancia del sistema de valores internacionales”.

Un tema vinculado al constitucionalismo internacional es también el de la supremacía que debería tener, según algunas opiniones, la Corte Internacional de Justicia establecida en La Haya por las Naciones Unidas, pero este aspecto se abordará al tratar el punto relacionado con los tribunales internacionales.

## Fragmentación del Derecho Internacional

### *Los trabajos en la Comisión de Derecho Internacional*

En el año 2002, en su 54º período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional<sup>13</sup> (CDI) de las Naciones Unidas decidió formar un grupo de estudio para analizar el tema “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de su diversificación y expansión”. Al año siguiente, el grupo aprobó el calendario de trabajo que se desarrollaría entre 2003 y 2006. Se encomendó a cinco de sus miembros la elaboración de esquemas sobre los siguientes aspectos seleccionados:

1. Función y alcance del principio *lex specialis* y la cuestión de los regímenes autónomos.
2. Interpretación de los tratados a la luz de “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las Partes (art. 31, párrafo 3, apartado c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el contexto de la evolución del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional.
3. La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (art. 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).
4. La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las

Partes únicamente (art. 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

5. La jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto.

Durante los años 2004 y 2005, se presentaron informes y el grupo de estudio decidió preparar un documento único, dividido en dos partes: a) un estudio analítico amplio resumiendo las posiciones individuales y los debates en el Grupo; b) una versión resumida de conclusiones y directrices emanadas de esos estudios y debates<sup>14</sup>.

En estos documentos se afirma que en el contexto de la globalización se produce una uniformidad mayor de la vida social pero, a la vez, una fragmentación en distintos ámbitos cada vez más especializados y autónomos. El derecho internacional no es ajeno a este fenómeno, ya que esa fragmentación social es acompañada por instrumentos jurídicos agrupados en reglas e instituciones que llevan a la aparición de regímenes sectoriales o regionales dotados de cierta autonomía<sup>15</sup>.

Las actitudes frente a esta realidad han sido variadas. Algunos consideran que los regímenes especiales deterioran el derecho internacional general al posibilitar interpretaciones contradictorias que aumentan la inseguridad jurídica. Otros sostienen que siendo un problema técnico, surgido por la expansión del derecho internacional, debe ser resuelto técnicamente con medidas de compatibilización entre los subsistemas.

La CDI considera que el fenómeno tiene aspectos tanto positivos como negativos, y que la fragmentación abarca temas de distinta naturaleza: “sustantivos”, al establecerse marcos (*frameworks*) especializados de normas y regímenes que pueden entrar en conflicto entre sí; e “institucionales”, al crearse organismos que por su jurisdicción y competencia pueden disentir al aplicar e interpretar esas normas y regímenes. La CDI decidió abordar sólo los aspectos sustantivos, algunos de los cuales se analizan a continuación.

### *El principio lex specialis derogat legi generali*

Esta antigua técnica del derecho establece que cuando varias normas tratan una misma cuestión debe darse preferencia a la que es más específica, con fundamento en que ella toma mejor en cuenta las particularidades del contexto en que se aplica. El documento de la CDI manifiesta que en el derecho internacional este principio se aplica entre disposiciones de un mismo o de diferentes tratados así como también entre normas jurídicas que no provienen de los tratados.

La ley especial no deroga completamente a la norma general, ya que ésta sigue aplicándose en otros contextos y, aun, para aspectos que la *lex specialis* no contempla. La CDI se pronuncia también respecto de un tema bien complejo, cual es la inderogabilidad de la ley general, lo que sucede cuando esa característica responde a la naturaleza de la ley general (el *jus cogens* es inderogable), o cuando la eventual derogación frustra la finalidad de la ley. Incluye otras

**LA ESPECIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN REGÍMENES NORMATIVOS SECTORIALES O TEMÁTICOS DIVERSOS REFLEJA INTERESES, DEBERES Y DERECHOS DISTINTIVOS DE VARIOS CAMPOS DE LA ACTIVIDAD INTERNACIONAL [...]. POR OTRA PARTE, CON LA CREACIÓN DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y REGIONALES SE HA REGISTRADO UN NOTABLE INCREMENTO EN EL NÚMERO DE ACTORES EN LA ARENA MUNDIAL.**

**[...] ESTE FENÓMENO NO SE HA DADO DE MANERA COORDINADA MEDIANTE REGULACIONES CONSISTENTES CON UN ESQUEMA GENERAL, SINO QUE SE FUE DESARROLLANDO A PARTIR DE LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES A PROBLEMAS CONCRETOS.**

general law (*jus cogens* cannot be derogated), the fact that the application of the special law should not frustrate the purpose of the general law, the balance of rights and obligations of the general law which should be safeguarded and interests of any third party, which should also be protected.

*Puente @ Europa* asks Martti Koskenniemi for an example of the last occurrence. Koskenniemi recognizes this as a seldom treated aspect of international law doctrine. Protection of third parties, albeit not a *jus cogens*, is obligatory and its non compliance can give rise to state's responsibility. He refers to "interdependent obligations", arising from multilateral agreements, which cannot be contravened by unilateral actions.

In relation to the question of special (self-contained) regimes, it can happen that concurrent rules over the same subject matter give rise to contradictory conduct when applied. According to Enrique Barreira, this conflict goes against the principle of non-contradiction when the norms belong to the same juridical system, but it does not do so if they belong to different systems. The essential thing appears to be, here, the meaning of juridical system. Barreira, taking Kelsen as a reference, explains that two or more laws are part of the same system when their validity derives from a common superior norm, which functions as a constitution.

Speaking about general international law as a single system, Antonio Remiro Brotons, in his replies to *Puente @ Europa*, reminds us how the International Court of Justice refers to its ubiquitous character, as it supports the various special regimes, helping in their interpretation and filling their gaps.

Confronted with a question about the possibility of treating norms of regional integration agreements as *lex specialis* in relation to multilateral rules of GATT/WTO, Barreira states that if discrepancies arise with respect to multilateral rules, the norms of regional agreements prevail among their members, but they cannot be opposed *vis-à-vis* parties to the multilateral agreement. This seems to be an example of what art. 41.1.b. of the Vienna Convention on the Law of Treaties prescribes concerning the modification of a multilateral treaty by some partners. This possibility is indeed admitted by the Convention, as far as it does not damage the other parties to the multilateral treaty and it is not incompatible with the object and the aim of the treaty.

Confronted with the same question, Welber Oliveira Barral adds another condition for the norms of the regional treaty to prevail, that is its compatibility with art. XXIV of GATT<sup>16</sup>. The need of consistency between regional regimes and this article is also reaffirmed by Remiro Brotons.

### *Self-contained regimes*

The conclusions of the ILC deal with the problem of a group of rules and principles concerned with a particular subject matter, which can be applicable as *lex specialis*, whether they derive from one or more treaties, or from customary law. These regimes can encompass a special field (the law of the sea, human rights), a special question (the use of special arms), or refer to a specific geographical area (protection of a river). They work as *lex specialis* in respect to general international law too.

These kind of subsystems, more or less autonomous, are the major source of fragmentation of international law. Remiro Brotons reminds us in his interview that, due to the absence of institutions granting a coherence between the sub systems, international law is a "law of coordination" and can give rise to discrepancies and even incompatibility between special regimes (environment and international commerce, for example) or inside the same regime, but at different territorial levels (universal or regional). Despite the complexities of the matter, one should not lose sight of the substantial unity of international law, Brotons says, as it must be the framework for the various special regimes.

Barreira, for his part, does not believe in their absolute

autonomy, but rather in specialities, as they must be considered by the one who interprets the law, whose final aim, according to Aristotle, is no less than Justice.

### *Conflicts between successive norms*

Another topic under discussion in the document of the ICL is the conflict possibly arising from successive treaties dealing with the same subject matter. Art. 30 of the Vienna Convention takes account of this possibility referring to a traditional principle of law, *lex posterior derogat legi priori* (later law supersedes earlier law). The applicability of the principle is limited, however -this is the case, for example, when parties to the subsequent treaty are not identical to those of the earlier treaty. Moreover, the principle helps to solve conflicts between provisions belonging to the same regime, or intended to advance analogous objectives, but it does not apply in case of different regimes.

Referring to the conclusions agreed by the ICL, *Puente @ Europa* asks Koskenniemi if multilateral norms of GATT/WTO and Latin American regional integration agreements, having a common objective, can be seen to give rise to mutual modifications, when a later law is approved which supersedes an earlier one. In order to answer properly, Koskenniemi says, one should clarify if the norms belong to the same regime, in the sense of treating the same subject matter, or to different regimes, as they treat different subject matters. In order to verify the applicability of the principle, one should also take account the membership of the treaties and their territorial scope, factors which would make the judgment rather complicated. For example, GATT and NAFTA are similar as far as the subject matter is concerned, but different in what concerns their members and their territorial scope.

### *Normative hierarchy in international law*

The relations between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and art. 103 of the United Nations Charter<sup>17</sup> may also give rise to fragmentation in international law. The hierarchy of the sources of international law is not predetermined. Yet, some norms are more important than others. Their superiority may rest on their content, as in the case of *jus cogens*<sup>18</sup>, or on the scope of their applicability, as in the case of obligations *erga omnes*, that are obligations of states towards the international community as a whole. All *jus cogens* norms are also *erga omnes* norms, but these are not always peremptory ones in international law.

Normative hierarchy solves conflicts establishing which norms prevail, but this is strictly linked to the context in which the normative difficulty arises.

This theme emerges from the interview offered by Remiro Brotons, who hints at the ongoing changes, especially in the field of human rights. This is the case of the prosecution for acts of torture and conflicts which can arise from this with the immunity recognized to foreign states and their agents. Remiro Brotons trusts the art of juridical exegesis and the help offered by the principles of "harmonization" and "consistency in interpretation".

### *Unity or harmonization of international law*

The globalization of law hasn't stopped prompting fears. For those who think that "law, unlike fire, does not burn in Persia like it does in Greece" the need to adapt juridical norms to society has been a necessity constantly invoked and put in danger, according to some, in the case of a marked unification of norms.

This phenomenon, highlighted by globalization, has been touched upon by some scholars in Europe. During the last four years, for example, Mireille Delmas-Marty offered a course on juridical universalism at the *Collège de France*<sup>19</sup>.

Delmas-Marty emphasizes that, for a long time, positivist

causas excluyentes de la derogación: cuando ella afecta el equilibrio entre derechos y obligaciones de la ley general, o cuando perjudica a terceros beneficiarios.

*Puente @ Europa* preguntó a Martti Koskenniemi, quien completó el informe del grupo de estudio de la CDI, qué ejemplos habría sobre la inderogabilidad del derecho internacional general en razón de afectar derechos de terceros beneficiarios. La respuesta comienza por reconocer que es un aspecto poco tratado por la doctrina internacional. Estima que la protección de los terceros, sin llegar a la altura del *jus cogens*, es vinculante para los países y su no observancia puede originar la responsabilidad del estado. Se refiere a las llamadas “obligaciones interdependientes”, que resultan de compromisos multilaterales que no pueden dejar de observarse por acciones unilaterales.

Con relación al principio de especialidad, puede ocurrir que normas concurrentes sobre una misma materia ocasionen conductas contradictorias al ser aplicadas. En las respuestas que ha dado a *Puente @ Europa*, Enrique Barreira expresa que esta colisión violenta el principio de no contradicción cuando las reglas pertenecen al mismo sistema jurídico, mientras que esto no ocurriría si corresponden a ordenamientos distintos. Entonces, parece que lo esencial es definir “sistema jurídico”, lo que para Barreira -siguiendo a Kelsen- implica que la pertenencia al mismo sistema existe cuando la validez de las normas depende de una norma común superior, que opera como constitución del sistema.

Con relación al derecho internacional general como “sistema”, Antonio Remiro Brotons, en sus respuestas a *Puente @ Europa*, señala que la propia CDI sostiene que ese sistema está omnipresente detrás de los regímenes especiales, ayudando a su interpretación y cubriendo sus lagunas.

Ante la pregunta sobre si las normas de acuerdos regionales de integración pueden considerarse como *lex specialis* frente a las reglas multilaterales de GATT/OMC como ley general, Barreira sostiene que si las primeras discrepan respecto de las segundas, aquellas prevalecen entre las partes que las acuerdan, pero son inoponibles a los demás obligados por las reglas multilaterales, lo que sería una ejemplificación de lo prescripto por el art. 41.1.b de la Convención de Viena sobre la modificación de un acuerdo multilateral por algunas partes *inter se*. Ellas pueden hacerlo, ya que la Convención de Viena sólo limita esa posibilidad si afecta a las demás partes y si no se trata de una modificación incompatible con el objeto y fin del tratado.

Ante la misma pregunta, Welber Oliveira Barral agrega otra condición para la prevalencia de las normas especiales de un acuerdo de integración: su compatibilidad con el art. XXIV del GATT<sup>16</sup>. La necesidad de consistencia con esta regla es también sostenida por Remiro Brotons.

#### Regímenes autónomos

El documento de conclusiones de la CDI aborda el problema de los conjuntos de normas y principios que configuran regímenes autónomos, y se aplican como *lex specialis*, ya sea que surjan de un tratado, o de varios, o por derecho consuetudinario. Estos regímenes pueden abarcar un sector particular (derecho del mar, derechos humanos), una cuestión especial (usos de un arma determinada), o referirse a un área geográfica (protección de un río). Lo dicho respecto de la *lex specialis* se aplica también a las relaciones de estos sistemas con el derecho internacional general.

Son estos subsistemas, más o menos autónomos, los que plantean el mayor riesgo de fragmentación en el derecho internacional. Remiro Brotons nos recuerda que todavía -debido a la carencia de instituciones que aseguren la coherencia entre los subsistemas- el derecho internacional es un “derecho de coordinación” y que pueden producirse discrepancias y hasta competencia entre los distintos regímenes materiales (medioambiente y comercio internacional, por ejemplo), o en un mismo régimen temático, pero a distintos niveles territoriales (universal, regional, etc.). Concluye en que aun ante una normativa compleja no debe perderse la unidad del derecho interna-

cional y éste debe ser el contexto de los diferentes subsistemas.

Barreira, por su parte, manifiesta no creer en autonomías absolutas de las ramas del derecho, sino que existen especialidades, cuyas normas deben ser aplicadas por el intérprete sin desentenderse del fin superior del sistema jurídico que es, afirma invocando a Aristóteles, la Justicia.

#### Conflictos entre normas sucesivas

Otro de los temas tratados por la CDI en el documento sobre fragmentación del derecho internacional se refiere a la aplicación de tratados sucesivos sobre la misma materia, que está considerado en el art. 30 de la Convención de Viena, reflejando otro principio tradicional del derecho, cual es el de *lex posterior derogat legi priori*. Uno de los límites para la aplicación del mismo se da cuando no todas las partes en el acuerdo posterior son idénticas a las del anterior. El principio *lex posterior* resuelve conflictos entre normas vinculadas a tratados conexos, o cuyos objetivos son análogos, no cuando se trata de distintos regímenes.

Sobre la base del documento de la CDI, *Puente @ Europa* le plantea a Koskenniemi si, dado que tienen un objetivo común (liberalizar el comercio), las reglas multilaterales GATT/OMC y los acuerdos latinoamericanos de integración económica se verían mutuamente modificadas cuando se dicta una norma posterior en uno de ellos. Responde que el foco del problema radica en distinguir si los tratados pertenecen al mismo régimen, por tener igual ámbito material, o a diferentes regímenes por tratar materias distintas. Además, si para evaluar similitud o diferencia, se toman también en consideración a las partes y a su ámbito geográfico, la solución se complica. Por ejemplo, señala, el GATT y el TLCAN son similares por su materia pero distintos por su alcance personal y territorial.

#### Jerarquía normativa en el derecho internacional

Las relaciones entre el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>17</sup> pueden generar también la posibilidad de fragmentación del derecho internacional. Si bien no hay jerarquía preestablecida en el derecho internacional, algunas normas son más importantes que otras. La precedencia puede ser según su contenido, como es el caso del *jus cogens*<sup>18</sup>, o por su ámbito de aplicación, como las obligaciones *erga omnes*, que son las que tienen los estados con la comunidad internacional en su conjunto. Todas las normas del *jus cogens* son también obligaciones *erga omnes*, pero éstas no son siempre normas perentorias del derecho internacional.

La jerarquía normativa resuelve conflictos estableciendo cuál norma prevalece, pero ello depende del contexto en el que se plantea la dificultad normativa.

En la entrevista con Remiro Brotons surge el tema de la jerarquía de las normas, y una tendencia a cambiar que se insinúa especialmente con relación a los derechos humanos. Por ejemplo, en la persecución judicial de la tortura, *vis-à-vis* la inmunidad reconocida a un estado extranjero y a sus agentes. Remiro Brotons confía en el arte de la exégesis jurídica y en el apoyo que pueden brindar los principios de “armonización” y de “interpretación compatible”.

#### Unidad o armonización del derecho internacional

El fenómeno de la “mundialización” del derecho no ha dejado de generar algunas inquietudes. Por aquello de que “el derecho no es como el fuego, que arde igual en Persia que en Grecia”, la necesidad de adecuar las reglas jurídicas a la sociedad en la que se aplican, ha sido una premisa sostenida a lo largo del tiempo y “puesta en peligro” (según algunos) cuando se tiende a una marcada unificación de las normas.

Este fenómeno, acentuado con la globalización, ha sido abordado por algunos trabajos en Europa. En los últimos cuatro años, Mireille Delmas-Marty dictó en el *College de France* unos cursos



relativism, embedded in the core of law systems, coexisted with the abstract universalism of the reason, but this relation has been changing. The internationalisation of law is rooted in juridical concepts with a universal vocation, but juridical universalism is flawed because of the problem of conflict of values. In our times of interdependence, the risk of being submitted to “a *de facto* dependence from the juridical system of the most powerful country” looms large. She calls for an “ordered pluralism”, set to organize the multiplicity without however reduce it to identical terms.

Pondering over these questions, *Puente @ Europa* asks its interviewees whether they think that, despite the process of juridical globalization, differences at play in the international community must be taken into account, and whether they consider that a uniformity of law could negatively affect the juridical culture of national states.

Martti Koskeniemi considers that structural diversities must be recognised, as they imply political consequences, meaning that the interests of some tend to emerge to the detriment of others, which then turn out to be subsidiary. According to Barreira, due to the human tendency to a centralization of power, the risk of repressing plurality in cultures and values must not be discarded. Barral notes a tendency towards unification, with the notable influence of *common law* over the other legal systems, but this will be a long-term historical process with important ups and downs.

Harmonization diverges from unity, as it encompasses the concept of approximation of norms in order to achieve a compatible application of those rules which relate to the same juridical circumstances. The principle of harmonization is accepted in the interpretation of the law, with the aim of avoiding contradictory obligations.

### **The increasing number of tribunals and the fragmentation of law**

The institutional aspect of the fragmentation of international law refers to the emergence, over the last decade, of various international juridical bodies, whether courts or arbitration tribunals. This aspect is addressed by Cesare Romano in his article. Different bodies have developed without an organic frame, nor a hierarchical principle. Observers do not coincide on the meaning of this development: some say that these tribunals and the possibility of contradictory interpretations are to be seen as a menace to the unity of law. According to others, the increasing number of institutions has a positive effect, as it inhibits the use of other, more dangerous and less juridical, mechanisms for the solution of controversies.

As a matter of fact, contradiction in jurisprudence has not emerged as a serious problem, because members of the different courts abide to precedents and have given rise to a *de facto* single international law system. The problem here has to do with the real legitimacy of this *de facto* consistency.

Other contributors stress the difficulties created by this proliferation of tribunals. According to Remiro Brotóns, the absence of a formal hierarchy can give rise to contradictory decisions being handed down among courts, especially between those with similar competencies; indeed, it has already happened that different aspects of a same controversy have been submitted to different jurisdictions.

Enrique Barreira thinks that, due to technological progresses in the field of communication, the absence of formal contacts between members of different courts does not prevent them from keeping informed about legal cases discussed by others. Welber Barral agrees with that, pointing out the increasing availability of rulings and awards of international tribunals. A danger which should not be discounted has to do with the fact that tribunals, in order to highlight their independence, may move away from the general principles of international law.

Asked about their experience as judges of *ad hoc* Tribunals of Mercosur, the two Latin American jurists agree on the cautious attitude adopted by all members, ready to conform to previous awards, showing a great homogeneity in doctrine and avoiding divergent opinions. Barrals points out, however, that there has been a lack of consistency between Mercosur's awards and the reports adopted by the dispute settlement bodies of the WTO.

On this point, it is interesting to remember that in 1999, the Law School of the University of New York organized a conference on the proliferation on international tribunals to which prestigious internationalist were invited<sup>20</sup>. In his remarkable intervention, Georges Abi-Saab (of the International Institute of International Studies of Genève) argued that: 1) unity characterises legal thinking, but systems of law are different; 2) unity characterizes any system of law, but tribunals are diversified; 3) different tribunals are unified by their belonging to the same “judicial system”. These prepositions work within national and international systems, but the third is only applicable to the domestic systems, as an international judicial system does not exist *per se*.

He then considers whether it is possible to talk about a judicial system in case of the absence of a centralized judicial power. He thinks that, indeed, this possibility exists. International law has been growing out of an accumulation process, partly transforming customary law into positive law. In a similar way, different

**AS ALWAYS IN LAW, THE ESSENTIAL THING HERE IS TO CONSIDER THE JURIDICAL GOODS PROTECTED BY THE NORMS. FROM THIS POINT OF VIEW, IT IS PRETTY CLEAR THAT CERTAIN VALUES ENCOMPASS THE WHOLE OF HUMANITY (AND, IT IS IN THIS CONTEXT THAT HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENT LEGISLATIONS BECOME SO CRUCIAL), WHILE OTHERS ARE MORE CONNECTED TO INTERESTS THAT, ALBEIT LEGITIMATE, HAVE EFFECTS ON INDIVIDUALS MORE THAN ON THE WHOLE OF HUMANITY.**

# COMO SIEMPRE EN DERECHO, LO ESENCIAL SON LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR LAS NORMAS Y, EN ESTE SENTIDO, PARECE CLARO QUE HAY VALORES QUE ATAÑEN A LA HUMANIDAD TODA, DE AHÍ LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL MEDIOAMBIENTE, Y OTROS MÁS VINCULADOS A INTERESES QUE, AUNQUE LEGÍTIMOS, TIENEN EFECTO INDIVIDUAL.

dedicados al universalismo jurídico<sup>19</sup>.

Delmas-Marty afirma que por mucho tiempo coexistió el relativismo positivista, incluido en el corazón de los sistemas de derecho, con el universalismo abstracto de la razón, pero que esa relación ha cambiado. La internacionalización del derecho reconoce conceptos jurídicos de vocación universal, pero el universalismo jurídico presenta el problema del conflicto de valores. Agrega que en estos tiempos de interdependencia existe el riesgo de una “dependencia de hecho en relación al sistema jurídico del país más poderoso”. Propugna un “pluralismo ordenado”, organizando lo múltiple pero sin reducirlo a términos idénticos.

Sobre la base de estas reflexiones, *Puente @ Europa* pregunta a sus entrevistados si consideran que a pesar del proceso de globalización jurídica deben tomarse en consideración las diversidades existentes en la comunidad internacional; y si una completa uniformidad de normas condicionaría la cultura jurídica de los estados nacionales.

Martti Koskeniemi dice que la diversidad es un hecho que debe ser reconocido y que, por supuesto, tiene consecuencias políticas ya que emergen los intereses de algunos y se tornan subsidiarios los de otros. Barreira sostiene que dada la tendencia humana a la centralización del poder, existe el riesgo de condicionar la pluralidad cultural y de valores, por lo que hay que controlar los intentos excesivos de regulación a nivel internacional. Barral afirma que ciertamente hay un proceso hacia la uniformidad con la notoria influencia del *common law* sobre los otros sistemas jurídicos, pero que tratándose de procesos muy largos pueden darse variaciones históricas.

Por contraposición a la uniformidad, la armonización involucra un concepto de aproximación de las normas para lograr una aplicación compatible de aquellas reglas que están relacionadas con las mismas situaciones jurídicas. El principio de armonización es aceptado para interpretar el derecho de manera que evite generar obligaciones contradictorias.

## **Multiplicidad de tribunales y fragmentación del derecho**

La faceta institucional de la fragmentación del derecho internacional se refleja en la creación, durante la última década, de muchos tribunales internacionales, tanto judiciales como arbitrales. El artículo de Cesare Romano que presentamos en este número, analiza muy bien la “fragmentación de las instituciones” que se han desarrollado sin un marco orgánico, ni mucho menos jerárquico. Han surgido opiniones diversas acerca de esta realidad: una sostiene que esos tribunales y la posibilidad de interpretaciones contradictorias constituyen una amenaza para la unidad del derecho internacional; la otra, que la multiplicidad de instituciones tiene un efecto beneficioso porque evita que se recurra a mecanismos de solución de controversias no orientados por el derecho.

Este autor estima que en la práctica, la posibilidad de jurisprudencia contradictoria no ha sido un problema tan serio como lo planteaba la teoría, porque los integrantes de los distintos tribunales

tratan con respeto a los precedentes de otros, y de facto se está conformando un sistema judicial internacional. Claro que se pregunta también si esa conformación de hecho tiene suficiente sustento para su legitimidad.

Asimismo, otros de los colaboradores con este número señalan las dificultades que crea esta proliferación de tribunales. Remiro Brotóns indica que la falta de jerarquía formal entre esas cortes posibilita decisiones contradictorias, especialmente entre aquellos que tienen competencias similares; y recuerda, con algunos ejemplos, que ya ha sucedido que distintos aspectos de una misma controversia fueran sometidos a diferentes jurisdicciones.

Enrique Barreira cree que debido a los avances tecnológicos en el campo de la comunicación, la ausencia de contactos formales entre los integrantes de distintos foros no impide que se tenga conocimiento de las causas ventiladas en cada uno de ellos. Adhiere a esa posición Barral, señalando la creciente facilidad de acceso a los fallos e interpretaciones de los tribunales internacionales. Hace reserva, sin embargo, del inconveniente que crean decisiones que, tal vez con la intención de destacar la independencia del tribunal actuante, se alejan de los principios generales del derecho internacional.

Cuando se pregunta a estos dos juristas latinoamericanos sobre su experiencia como árbitros de los tribunales *ad hoc* del Mercosur, ambos manifiestan que hasta ahora, en las controversias sustentadas, los árbitros han sido muy cuidadosos en tomar en cuenta laudos anteriores, mostrándose una gran coincidencia doctrinaria y no registrándose pronunciamientos divergentes. Barral señala, sin embargo, que no ha habido compatibilidad en los laudos del Mercosur respecto a la interpretación de los acuerdos multilaterales de la OMC.

Es interesante consignar que en 1999 se realizó en la Escuela de Derecho de la *New York University*, un *symposium* sobre la proliferación de tribunales internacionales, en el que participaron prestigiosos internacionalistas<sup>20</sup>. Allí, en una reflexión digna de ser recordada, Georges Abi-Saab, del Instituto de Estudios Internacionales de Ginebra, sostuvo que: 1) existe unidad en el pensamiento jurídico, pero diversidad de ordenamientos legales; 2) hay unidad al interior de cada ordenamiento, pero diversidad de tribunales; 3) los diversos tribunales están unidos por su pertenencia al “sistema judicial”. Agregando inmediatamente que las tres proposiciones son aplicables en los sistemas nacionales, pero que, en cambio, solo las dos primeras se corresponden con el orden mundial porque no existe un sistema judicial internacional propiamente dicho.

A continuación, cuando se pregunta si puede haber un “sistema judicial” sin un poder judicial centralizado, considera que es posible. Recuerda que el derecho internacional se ha formado por un proceso acumulativo, en parte transformando la costumbre en derecho positivo, y que de manera similar los diferentes sistemas de solución de conflictos, sean consensuales (como el arbitraje voluntario) o vinculantes (ciertos tribunales judiciales) podrían condensarse y cristalizar en una estructura jurisdiccional. Para ello estima que sólo la Corte Internacional de Justicia, creada por la Carta de las Naciones Uni-

systems for dispute resolution, either consensual (as in the case of voluntary arbitration) or compulsory (as in the case of some judicial courts) could crystallize into a juridical structure. The pivotal role in this process should be played by the International Court of Justice, created by the United Nations. And here we come to our last consideration, devoted to the role of the International Court of Justice.

### The International Court of Justice as a superior court

Benedict Kingbury<sup>21</sup>, addressing the conference of 1999, stated that no agreement exists on the question of whether the International Court of Justice should be a *primus inter pares*, or simply one among the various international tribunals, despite its general jurisdiction.

*Puente @ Europa* elaborates on this issue, asking whether the International Court of Justice should be converted into a sort of constitutional tribunal, carrying out tasks of a quasi-constitutional nature, in order to avoid the fragmentation of international law.

Remiro Brotons considers the idea constructive, but he thinks that no material conditions exist nowadays for it to become a reality. He thinks, rather, that it would be better to recommend to all tribunals, be they judicial or arbitration courts, to be aware of the awards and rulings of each other, in the context of what Pierre-Marie Dupuy calls “an interjudicial dialogue”. Before creating other tribunals, he adds, it would be wise to consider whether their functions can be performed by existing ones.

Taking into account the republican principle of representation, Enrique Barreira doesn't agree with the idea of a quasi-constitutional tribunal without, firstly, a constitution which has been drawn up with the help of those who will have recourse to it (who should also elect their judges). Welber Barral sees the proposal as interesting from an academic point of view, but he is mostly concerned by the possible transient political pressures behind it.

### Some final words

The contributions to this number reflect the vitality of international law, its increasing role in national systems and the “discovery” of new areas to be ruled by the international community.

As always in law, the essential thing here is to consider the juridical goods protected by the norms. From this point of view, it is pretty clear that certain values encompass the whole of humanity (and, it is in this context that human rights and environment legislations become so crucial), while others are more connected to interests that, albeit legitimate, have effects on individuals more than on the whole of humanity. This leads us to consider the necessity of emphasizing the distinction to be made between international economic law, which is nowadays the field in which the majority of legal disputes arise (commercial ones within the WTO, disputes on investments within the International Centre for Settlement of Investment Disputes) and those sub-systems which ensure the protection of the essential rights -and not only those linked to property- of men and women.

### Notes

<sup>1</sup> International Law Commission, “The Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law”, Doc. A/CN.4/L702, 18 July, 2006. See also, U.N. Doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006 (finalized by Martti Koskeniemi) ([http://untreaty.un.org/ilc/texts/1\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_9.htm)).

<sup>2</sup> As a response to what sociologists call “funcional differentiation”: specialisation and autonomy.

<sup>3</sup> With overlapping competences in some cases, especially in the commercial field..

<sup>4</sup> Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos

Aires, Ed. El Ateneo, 1965 (orig. ed. 1952).

<sup>5</sup> These relationships may imply international law as being subordinate to domestic law (monism with domestic law given precedence), or domestic law subordinate to international law (monism with prevalence given to the international system). Cf. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Internacional Público*, Vol. I, Montevideo, University Cultural Foundation, 1996, p. 337.

<sup>6</sup> Ingrid Detter Delupis, *The International Legal Order*, Darmouth, Aldershot, 1994, p. 20 ff.

<sup>7</sup> Thomas Franck, “Why a Quest for Legitimacy”, in *University of California - Davis Law Review*, Vol. 21, n. 3, 1987, p. 535.

<sup>8</sup> A homage was made to Franck in 2002 in the conference entitled “Neo-Madisonian Global Constitutionalism: Thomas Franck Democratic Cosmopolitan Prospectus for Managing Diversity and World Order in the Twenty First Century”. Works submitted at this conference were published in Vol. 35, n. 2 of the *New York University Journal of International Law and Politics*, 2003.

<sup>9</sup> Cf. David Kennedy, “New Approaches to International Law: a Bibliography”, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, 1994.

<sup>10</sup> Mattias Kumm, “The Legitimacy of International Law: a Constitutionalist Framework of Analysis”, in *The European Journal of International Law*, Vol. 15, n. 5, 2004, p. 907.

<sup>11</sup> Tomuschat, currently at the Humboldt University of Berlin, was professor at the Academy in the Hague after the Second World War.

<sup>12</sup> In the words of de Wet, the project will deal with “four challenges facing the international constitutional order. These include: the (re-) establishment of legal control over the political decision-making process within a larger constitutional whole; the impact of the emerging human rights hierarchy on international private law; the role of private (corporate) actors as members of the international community; and the legitimacy of the emerging international value system”. Armin von Bogdandy's article contains a reference to the project. More information at [www.jur.uva.nl](http://www.jur.uva.nl).

<sup>13</sup> The International Law Commission was established in 1948 by the General Assembly of the United Nations with the aim of promoting the progressive development and codification of international law. It is integrated by 34 members, elected by the General Assembly for a five-year period, and holds an annual session in Geneva, Switzerland for a period of ten to twelve weeks.

<sup>14</sup> See Note 1.

<sup>15</sup> Among other special regimes, the documents list: human rights law, environmental law, law of the sea, European law, and highly specialized forms of knowledge as “investment law” or “international refugee law”, etc.

<sup>16</sup> As an exception to the most-favoured-nation clause, this article allows the signing of preferential agreements (under the form of free trade areas and customs unions) among members of the WTO as long as they fulfil the requirements established in this article.

<sup>17</sup> Art. 103 of the Charter says: “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail”.

<sup>18</sup> In the article 53, the Vienna Convention (art. 53) says that a “peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted [...]”.

<sup>19</sup> “Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel”, *Collège de France*, 2003; y “Face aux risques d'un ordre hégémonique ou d'un désordre anarchique, les chances d'un pluralisme ordonné”, *Collège de France*, 2005 ([www.college-de-france.fr](http://www.college-de-france.fr)).

<sup>20</sup> Among them Cesare Romano -who has collaborated with this issue-, Ernest-Ulrich Petersmann, Pierre-Marie Dupuy, John Jackson, Georges Abi-Saab, Jonathan Charney and Monica Pinto. Some of the articles were published in the *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n. 4, 1999.

<sup>21</sup> Director of the Institute for International Law and Justice at the *New York University*.

das, podría desempeñar ese papel pivotante. Estas reflexiones nos conducen al último tema de esta presentación relativo a la función que puede cumplir esta Corte.

### La Corte Internacional de Justicia como tribunal superior

Benedict Kingbury<sup>21</sup>, en el citado *symposium* de 1999, expresó que no había acuerdo entre los especialistas sobre si la CIJ debía ser la primera entre iguales, o un tribunal internacional más, aunque a diferencia de otros, su jurisdicción sea general.

*Puente @ Europa* hace dos preguntas acerca de este tema: ¿debería transformarse a la Corte Internacional de Justicia en una especie de tribunal constitucional? y ¿desempeñando la Corte un papel cuasi-constitucional, se evitaría la fragmentación del derecho internacional?

Remiro Brotons contesta que la idea es constructiva, pero estima que actualmente no están dadas las condiciones para llevarla a la práctica. Más bien propone que se recomiende a los tribunales actuales, sean judiciales o arbitrales, tener mutuamente en cuenta las decisiones de ellos, en el marco de lo que Pierre-Marie Dupuy denomina “diálogo interjudicial”; y además, que ante la posibilidad de crear nuevos foros se compruebe si ninguno de los existentes tendría competencia para cumplir iguales funciones.

Enrique Barreira, con fundamento en el principio republicano de representación, no adhiere a la idea de un tribunal cuasi-constitucional sin tener una constitución en cuya elaboración hayan participado los que deben observarla y sin que los jueces puedan ser elegidos por ellos. Welber Oliveira Barral, considera la propuesta académicamente interesante, pero piensa que puede responder a presiones políticas momentáneas.

### Palabras finales

Todos los aportes recibidos para el presente número muestran la vitalidad del derecho internacional, su gravitación cada día mayor en los ordenamientos nacionales, y el “descubrimiento” de nuevas áreas que pueden ser reguladas por la comunidad internacional.

Como siempre en derecho, lo esencial son los bienes jurídicos protegidos por las normas y, en este sentido, parece claro que hay valores que atañen a la humanidad toda, de ahí la importancia de los derechos humanos y del medioambiente, y otros más vinculados a intereses que, aunque legítimos, tienen efecto individual. Por eso parece necesario marcar más claramente la distinción entre el derecho económico internacional, actualmente el que mayor número de conflictos genera (comerciales en la OMC y sobre inversiones en el sistema CIADI -Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones), y aquellos subsistemas que protegen los derechos esenciales -no sólo patrimoniales- del ser humano.

### Notas

<sup>1</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la fragmentación y expansión del derecho internacional*, U.N. Doc. A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006, párrafo 8. Ver también U.N. Doc. A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006 (completado por Martti Koskenniemi) ([http://untreaty.un.org/ilc/texts/1\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_9.htm)).

<sup>2</sup> Respondiendo a lo que los sociólogos han denominado “diferenciación funcional”: especialización y autonomía.

<sup>3</sup> En algunos casos con competencias que se superponen, especialmente en el ámbito comercial.

<sup>4</sup> Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 1965.

<sup>5</sup> Esas relaciones pueden implicar un derecho internacional subordinado al interno (monismo con primacía del derecho nacional), o el derecho interno subordinado al derecho internacional (monismo con prevalencia del orden internacional). Cfr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Montevideo, Fun-

dación de Cultura Universitaria, 1996, p. 337.

<sup>6</sup> Ingrid Detter Delupis, *The International Legal Order*, Dartmouth, Aldershot, 1994, pp. 20 y ss.

<sup>7</sup> Thomas Franck, “Why a Quest for Legitimacy”, en *Davis Law Review*, Vol. 21, n. 3, 1987, p. 535.

<sup>8</sup> En el año 2002, se realizó un homenaje a Thomas Franck en el seminario “Neo-Madisonian Global Constitutionalism: Thomas Franck Democratic Cosmopolitan Prospectus for Managing Diversity and World Order in the Twenty First Century”. Los trabajos de ese seminario se publicaron en el *New York University Journal of International Law and Politics* Vol. 35, n. 2, 2003.

<sup>9</sup> Cfr. David Kennedy, “New Approaches to International Law: a Bibliography”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, 1994.

<sup>10</sup> Matthias Kumm, “The Legitimacy of International Law: a Constitutionalist Framework of Analysis”, en *European Journal of International Law*, Vol. 15, n. 5, 2004, p. 907.

<sup>11</sup> Christian Tomuschat, actualmente en la Universidad Humboldt de Berlín, fue profesor en la Academia de La Haya después de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>12</sup> Y sigue: “El proyecto se focalizará en cuatro desafíos que enfrenta el orden constitucional internacional. Incluyen: el reestablecimiento de control legal sobre el proceso de decisión política en un ámbito constitucional amplio; el impacto de la emergente jerarquía de derechos humanos en el derecho internacional privado; el papel de los actores privados (y sociedades) como miembros de la comunidad internacional; y la legitimidad del sistema de valores internacionales emergente”.

Del proyecto informa también el artículo de Armin von Bogdandy. Puede encontrarse más información en [www.jur.uva.nl](http://www.jur.uva.nl).

<sup>13</sup> La Comisión de Derecho Internacional fue establecida en 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas con la finalidad de promover el desarrollo del derecho internacional y su codificación. Está compuesta por 34 miembros, elegidos por la Asamblea General, que permanecen en su cargo 5 años y sesionan anualmente entre diez y doce semanas.

<sup>14</sup> Ver nota 1.

<sup>15</sup> Los documentos enumeran, entre otros regímenes especiales: los derechos humanos, el derecho ambiental, el derecho del mar, el derecho europeo, y áreas temáticas especializadas como derecho de las inversiones, derecho de los refugiados, etc.

<sup>16</sup> Este artículo admite acuerdos preferenciales entre algunas partes de la OMC -como excepción a la cláusula de la nación más favorecida que ordena extender a todos las ventajas acordadas- siempre que se cumplan los requisitos de ese artículo que, por otra parte, permite sólo la integración económica a través de zonas de libre comercio y de uniones aduaneras.

<sup>17</sup> El art. 103 de la Carta dice: “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”.

<sup>18</sup> Definido en la Convención de Viena (art. 53) como “aceptado y reconocido por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario [...]”.

<sup>19</sup> “Les forces imaginantes du droit: le relatif et l’universel”, *College de France*, 2003; y “Face aux risques d’un ordre hégémonique ou d’un désordre anarchique, les chances d’un pluralisme ordonné”, *College de France*, 2005 ([www.college-de-france.fr](http://www.college-de-france.fr)).

<sup>20</sup> Entre ellos, Cesare Romano -quien ha colaborado con este número de *Puente @ Europa*-, Ernest-Ulrich Petersmann, Pierre-Marie Dupuy, John Jackson, Georges Abi-Saab, Jonathan Charney, Mónica Pinto. Algunos de los trabajos se publicaron en el *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n. 4, 1999.

<sup>21</sup> Director del Instituto para el Derecho Internacional y la Justicia de la *New York University*.