

Entrevista a Enrique Barreira



Puente @ Europa (P@E): ¿Considera que el principio *lex specialis derogat legi generali* se aplica en todos los casos en que deba resolverse una situación jurídica que está regida por normas, igualmente vigentes, pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos?

El principio *lex specialis derogat legi generali* es una aplicación del principio lógico de no contradicción en los casos en que la nueva norma es parcialmente incompatible con el precepto anteriormente vigente. Para que esta situación tenga lugar es imprescindible que haya normas concurrentes, es decir, que una misma situación de hecho esté contemplada por dos o más normas que han entrado en vigencia en tiempos diferentes, que prestaciones o conductas que establecen como debidas entren parcialmente en contradicción, que no haya una disposición expresa que resuelva dicha incompatibilidad y, además, que ambas normas en colisión pertenezcan al mismo sistema jurídico.

Este último requisito requiere precisar lo que entendemos por “sistema jurídico”. ¿Es que sólo podemos denominar como tal al derecho internacional en su totalidad o podemos también considerar un sistema jurídico a cada uno de los tratados o grupos de tratados que tratan una materia considerada como una rama “autónoma” del derecho internacional (derecho del mar, derechos humanos, protección del medio ambiente, integración económica, etc.)?

Si seguimos las enseñanzas de Kelsen, dos o más normas pertenecerán a un mismo sistema si existe la posibilidad de hacer depender la validez de ambas de una norma superior común a ellas; esto es, cuando hayan sido dictadas con el contenido, por el órgano y con el procedimiento establecido por otras normas superiores que encuentran su respaldo final en una norma que obra como “constitución” del sistema.

El problema se plantea cuando dos normas tienen contenidos contradictorios entre sí, sin que ninguna de ellas se contradiga con los contenidos de la norma superior, pero que no son creadas en el mismo momento, de manera que encuentren su compatibilidad desde un inicio, sino que una de ellas ve surgir con posterioridad otra que contradice sus contenidos dogmáticos, fuere que la concebida en términos generales fuese anterior o posterior.

Los principios *lex specialis derogat legi generali* y *lex posterior derogat priori*, con las salvedades que este último reconoce en el art. 41 de la Convención de 1969 sobre Derecho de los Tratados¹, contemplan entonces una situación en la cual, siendo el órgano competente y el procedimiento empleado el establecido por la norma superior, hay no obstante una contradicción entre el contenido axiológico de la norma general y la especial o entre la norma anterior y la posterior. No nos hallamos ante una contradicción entre

la norma superior y la norma inferior, sino ante una contradicción entre normas del mismo rango. Como desde un punto de vista lógico es inaceptable que en un mismo sistema jurídico haya dos normas contradictorias que sean igualmente válidas, la contradicción debe resolverse por la prevalencia de una sobre otra. No obstante, la norma especial no deberá prevalecer sobre la general cuando la primera fuera incompatible con el objeto mismo del sistema que viene a alterar. Si se tratara de sistemas jurídicos distintos, en cambio, no habría contradicción y, por ende, no sería necesario encontrar reglas que diriman el conflicto.

Dejo a salvo mi opinión, sin embargo, que no creo que nos hallemos ante una contradicción. Con la ayuda del principio *lex specialis derogat legi generali*, la mente del intérprete discrimina el campo de actuación de la norma general respecto del campo de la norma especial, por lo que no hay derogación en el concepto técnico del vocablo, sino una armonización tendiente a la conservación de los efectos útiles de las normas aparentemente en colisión, quedando ambas válidas y vigentes aunque la más genérica padezca cierta limitación en su extensión.

P@E: ¿Si la superposición de disposiciones aplicables se plantea entre las reglas multilaterales de comercio (GATT/OMC²) y las de un acuerdo regional de integración, serían siempre estas últimas la *lex specialis* y prevalecerían sobre las multilaterales?

El ejemplo, que plantea la posible colisión entre una regla multilateral de comercio como es el GATT/OMC y las de un acuerdo regional de integración, exige detenernos a analizar en primer lugar si quienes firman el acuerdo regional son además partes del GATT/OMC.

Es imposible que la totalidad de los Estados Partes del GATT/OMC celebren un acuerdo regional pues en tal caso dejaría de ser regional y pasaría a ser modificación directa, por lo que el caso planteado sería que sólo algunos miembros de la OMC serían celebrantes del acuerdo regional. Si bien se ha dicho que la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados no se ha preocupado por desarrollar el tema de los tratados multilaterales que se superponen sin obligar a las mismas partes aunque haya entre ellos lazos de interdependencia, los principios generales los encontramos en los arts. 30 y 41 de la Convención sobre Derecho de los Tratados.

De acuerdo con estos principios, si el acuerdo regional mantuviera discrepancias con el acuerdo madre, no cabe duda que asistiríamos a una suerte de derogación relativa de éste por el tratado posterior. Hablamos de derogación relativa porque el tratado madre no quedaría derogado, sino debilitado en cuanto a su plena eficacia, y sería ineficaz en la medida de esa modificación respecto a los demás estados

partes del GATT/OMC que celebraron el acuerdo regional. No obstante, esto tiene sus limitaciones, pues el art. 41 apartado 1 inciso b) de la Convención de Viena de 1969 prohíbe que una parcialidad del acuerdo multilateral celebre un acuerdo *inter se* que afecte los derechos que corresponden a las demás partes o que ponga en peligro la consecución del objeto del acuerdo multilateral en su conjunto. Estas situaciones a mi juicio no darían lugar a la nulidad del acuerdo regional sino a su “inoponibilidad” a los demás miembros del acuerdo multilateral, pues el acuerdo regional seguiría siendo válido entre las partes aunque sin efecto frente a los terceros. Este, por otro lado, es el criterio que se desprende del art. 30 apartado 4 de la Convención de Viena. El hecho de que alguno de los celebrantes del acuerdo regional no fuera parte del GATT/OMC no cambiaría las cosas.

P@E: Dado que en virtud del art. XXIV del GATT los ordenamientos de integración económica constituyen una excepción al principio de no discriminación, ¿cuál es su opinión sobre el alcance de esa excepción? ¿Se limita al compromiso de nación más favorecida o exceptúa también a las partes de cumplir entre ellas otras reglas multilaterales?

Tal como hemos dicho antes, si dos o más países integrantes del GATT/OMC celebraran acuerdos económicos cuyas cláusulas fueran incompatibles con las del acuerdo madre, éstas serían válidas entre las partes mientras no afectaren normas sustanciales en las cuales estén interesados otros miembros del GATT/OMC. Ese acuerdo madre procura beneficiar a los que adhieren al mismo, y ninguna norma prohíbe que un estado renuncie voluntariamente a compromisos que lo benefician siempre que no perjudique a terceros ni viole normas imperativas que persigan el resguardo de valores que van más allá del interés de los estados involucrados, lo que es difícil que suceda en materia de acuerdos de cooperación económica.

La cláusula de la nación más favorecida tendrá su ámbito de aplicación fuera de los sujetos de ese acuerdo especial pero no dentro de él. Dicha cláusula podrá ser invocada por los terceros si los estados partes del acuerdo más restringido se otorgan mayores beneficios que los reconocidos a los demás salvo, claro están, que se encuentren amparados por el paraguas del art. XXIV del GATT.

Debe tenerse presente que el art. I del GATT hace extensibles a los demás estados partes cualquier ventaja concedida por uno de ellos a otro, en relación con las cargas de cualquier clase aplicadas a las exportaciones o a las importaciones entre ellos de sus productos originarios, así como también en relación con el pago de dichas transacciones. La interpretación de esta regla debe ser amplia pues no se limita a los derechos de aduana, sino que abarca supuestos similares que implican restricciones indirectas a la libertad de circulación, tales como los controles de cambio que impiden los pagos internacionales o la discriminación entre los procedimientos aduaneros aplicables a mercaderías procedentes de uno u otro origen. Entre estos últimos se han incluido, por ejemplo, los correspondientes a la investigación para la aplicación de derechos *antidumping* y compensatorios, tal como lo pusiera de resalto el director general del GATT en 1968 ante una consulta que se le hiciera. La vigencia de la cláusula de la nación más favorecida, por otra parte, ha desbordado el ámbito del comercio de mercaderías, abarcando también el comercio de servicios y los derechos sobre propiedad intelectual, tal como lo establecieron los acuerdos respectivos aprobados en el Acta de Marrakech que creó la Organización Mundial del Comercio³.

P@E: Es un dato de la realidad que los tribunales y foros establecidos por distintos acuerdos internacionales mantienen pocos vínculos formales entre ellos. ¿Cree que esa circunstancia conduce a interpretaciones contradictorias y fragmenta el derecho o, por el contrario, existe una tendencia a reiterar los principios y doctrinas en que fundamentan sus decisiones los diferentes tribunales internacionales?

Si bien es verdad que ha habido una gran expansión del derecho internacional, también es cierto que la misma no se ha limitado a la creación de acuerdos y regímenes de solución de controversias, sino que también hay una mayor actividad académica y más estudios y desarrollo de la materia.

El incremento de las comunicaciones que ha caracterizado al mundo en los últimos años permite que los representantes de países que deben celebrar un acuerdo, así como los jueces o árbitros que deben resolver algún conflicto puedan tener al día la información relacionada de los países más alejados del mundo, lo que disminuye la posibilidad de que la fragmentación se deba a la ausencia de contactos entre foros y tribunales.

La creciente formalización de reglas del derecho internacional consuetudinario en convenios institucionales, tarea en la cual se ha destacado con eficiencia la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, con ejemplos tales como el derecho de los tratados o la responsabilidad de los estados, va uniformando las reglas de base que influyen en la totalidad de las especialidades del derecho internacional.

Reconocer que hay ámbitos especializados dentro del derecho internacional lleva de la mano a aceptar que, ante situaciones parecidas, las decisiones a las cuales llegan los tribunales que deben decidir en las mismas sean distintas, pues las especialidades obedecen a las distintas finalidades que buscan las disposiciones de un ordenamiento cuyos objetos son “bienes”, en este caso jurídicos. Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*⁴ nos recuerda que los bienes son susceptibles de gradación y que algunos de ellos son medios para la obtención de otros que por ello son superiores, hasta llegar al fin que no es medio de ningún otro; el bien supremo, que en la vida social es la justicia. No es malo que el intérprete del derecho internacional aplique las normas buscando los fines específicos de la especialidad, pero ello no significa que pueda desentenderse de los fines superiores que son la razón de ser del sistema jurídico. No creo en las autonomías de las ramas del derecho, sólo hay especialidades que, como su nombre lo indica, reconocen la existencia del derecho como un todo, porque todas ellas tienen como finalidad última la búsqueda del ideal de justicia en las patologías de la coexistencia humana. Por ello pienso que un buen intérprete del derecho no debe exagerar la focalización en la rama que le toca operar, disminuyendo su ángulo de visión global del derecho.

En ese contexto, considero que asistimos a una tendencia al reconocimiento de los bienes jurídicos superiores del sistema jurídico internacional, sin que las soluciones aparentemente divergentes en esa búsqueda deba necesariamente preocuparnos, sobre todo cuando se producen en la búsqueda de bienes jurídicos intermedios.

Uno de los últimos laudos del Mercosur trató sobre la responsabilidad del estado argentino por su actitud tolerante respecto del bloqueo de un importante puente sobre el río divisorio de fronteras, practicado por vecinos bajo su jurisdicción, en protesta contra la construcción en la orilla de la República Oriental del Uruguay de una instalación fabril que tendría potencialidad para generar perjuicios ambientales y de orden turístico de carácter irreparable, lo que violaría un tratado bilateral entre ambos países⁵. Argentina adujo que una acción represora contra sus propios ciudadanos podría estar violando derechos humanos, en el caso de libre expresión, amparados por la Constitución argentina, que debían ubicarse en un rango valorativo superior al de la libre circulación dentro del bloque.

El tribunal se encontró con un dilema. Debía resolver un conflicto sustentado en la violación del derecho de libre circulación económica consagrado en un acuerdo de complementación económica regional, en el cual la defensa de la conducta cuestionada se basaba en normas aparentemente ajenas a su competencia, ya que eran las normas del derecho argentino.

El tribunal, del cual formé parte como árbitro, aplicó los principios del derecho internacional y, en lo que aquí nos interesa, sostuvo, en primer lugar, que como contrapartida del derecho de no intervención, los países deben hacerse cargo de elegir los medios que

consideraren más apropiados para cumplir con los compromisos asumidos que, por lo tanto, constituían una obligación de resultado. En segundo lugar, que la posible violación del derecho internacional por el otro país no eximía de cumplir con los propios compromisos, sin perjuicio de ventilar la diferencia en el tribunal acordado en el tratado bilateral correspondiente, tal como se estaba haciendo ante la Corte Internacional de Justicia. En tercer lugar, que siendo ambas partes signatarias de los tratados de derechos humanos invocados por Argentina, los mismos debían interpretarse de manera que los derechos de unos no resultaran en el aniquilamiento del derecho de los demás.

Lo relevante de este caso para el tema que tratamos es que un tribunal afectado a la solución de controversias en un acuerdo de integración económica, pudo resolver la cuestión sobre la base de normas que estaban más allá de la especialidad relativa a la circulación comercial sin por ello salirse de su competencia jurisdiccional, sin rehuir su responsabilidad de garantizar la vigencia de los fines jurídicos superiores del derecho y tomando el plexo valorativo del sistema como un todo, sin fragmentaciones.

P@E: ¿Adheriría a la opinión de algunos expertos en el sentido que la Corte Internacional de Justicia -creada por la Carta de las Naciones Unidas- debería desempeñar un papel “cuasi-constitucional” en orden a evitar la fragmentación del derecho internacional?

En el contexto de lo que dijimos antes, las alarmas sobre la aparente fragmentación no siempre son legítimas. En su célebre libro *Sobre la libertad*⁶, John Stuart Mill nos advierte sobre la tendencia del ser humano a obligar a los demás a obrar según el gusto propio o del grupo al cual pertenece, sin que él confiese que el regulador de su juicio es su propio gusto o interés, el cual es enmascarado tras la invocación de ciertos principios no sinceros. En ese formidable ensayo se señala la peligrosa y creciente tendencia a extender los poderes de la sociedad sobre el individuo, ejerciendo presión sobre la opinión pública y coartando la libertad a través de la legislación. El autor profetiza que esta intromisión es un mal que, lejos de retroceder, se hará más y más formidable cada día. No debemos echar esta enseñanza en saco roto.

A la tendencia a traducir en tratados las normas consuetudinarias le ha seguido la peligrosa práctica inversa de los tribunales internacionales de reconocer como normas obligatorias de derecho internacional las disposiciones receptadas en tratados en los cuales el destinatario de la decisión no es parte. No olvidemos que en derecho internacional la decisión de los tribunales internacionales es creadora de derecho, pues a diferencia de lo que sucede en el orden nacional, no hay división de poderes que permita un equilibrio, por lo que designar a un tribunal internacional con un rol cuasi constitucional sin tener una constitución en cuya redacción hayan podido intervenir quienes deberán soportarla y sin que los jueces que van a juzgar tampoco sean elegidos por ellos, es una medida que juzgo contraria al principio republicano de representación en los órganos de gobierno y peligrosa para la libre determinación de los pueblos y sus individuos.

P@E: En los laudos que se han pronunciado hasta ahora en los arbitrajes del Mercosur ¿considera que se han aplicado criterios divergentes, tanto respecto de la normativa Mercosur como del derecho internacional general?

Debemos tener en cuenta que hasta que se aprobó el Protocolo de Olivos con la creación de un Tribunal Permanente de Revisión, hubo más de diez laudos en los cuales los tribunales *ad hoc* del Mercosur, no obstante estar integrados por juristas diferentes, se basaron en la doctrina de los tribunales *ad hoc* previos. Fue una espontánea preocupación de los juristas del Mercosur mantener cierta continuidad para cimentar líneas jurisprudenciales que generen seguridad jurídica.

Debemos puntualizar que estos tribunales tienen acotada su competencia a la aplicación e interpretación de las normas del Mercosur, las cuales se encontraban determinadas en el Protocolo de Brasilia y ahora en el Protocolo de Olivos. No obstante, estos documentos

determinaron también las fuentes del derecho que el intérprete debe utilizar y entre ellas se menciona especialmente a los principios generales del derecho internacional, de los cuales los tribunales *ad hoc* así como el Tribunal Permanente de Revisión han hecho reiterado uso. Ello alejó la posibilidad de pronunciamientos divergentes tanto en relación con el derecho regional como respecto de los principios del derecho internacional general. Un ejemplo de ello es el caso del laudo arbitral del Mercosur que hemos reseñado anteriormente.

P@E: ¿Estima que la armonización por parte del derecho internacional de algunas materias, antes sometidas exclusivamente a la legislación nacional, podría dar lugar a una uniformidad (hegemónica, según algunos autores) que condicionaría la cultura jurídica de los países?

No podemos saber si ese será el resultado, pero me temo que el peligro de que eso suceda existe. Tal como se desprende de lo señalado antes, hay una tendencia humana a la centralización del poder, cualquiera fuese la manifestación de éste, y es función de las instituciones que ese fenómeno, que lleva en sí el germen del despotismo, esté controlado, velando por la preservación del derecho a la libertad del individuo, una de cuyas manifestaciones es la libre determinación de sus actos. Para la preservación de la pluralidad cultural y de valores es necesario estar alerta sobre los intentos excesivos de regulación de las normas a nivel internacional pues como decían los juristas romanos *summum jus summa injuria*, el exceso de normas ahoga la justicia.

Notas

Nota del Coordinador Editorial: las notas han sido redactadas por el Coordinador Editorial; cualquier error u omisión queda bajo su exclusiva responsabilidad.

¹ *Artículo 41. Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente.*

1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

a) si la posibilidad de tal modificación esta prevista por el tratado: o
b) si tal modificación no está prohibida por el tratado a condición de que:

i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y

ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Viena, 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980.

² Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés); Organización Mundial de Comercio (OMC).

³ Disponible en www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/marrakesh_decl_s.htm.

⁴ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Buenos Aires, Losada, 2004 (orig. 350 AC).

⁵ El laudo está disponible en www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm.

⁶ John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Buenos Aires, Alianza, 2000 (ed. orig. 1859).