

Entrevista a Antonio Remiro Brotóns

En la última actualización de su libro Derecho Internacional¹, Antonio Remiro Brotóns dedica una sección a analizar la diversificación material del derecho internacional y su expansión, preguntándose sobre el temor que ha surgido acerca de la pérdida de unidad del sistema y el riesgo de fragmentación del derecho internacional. En esta entrevista, Puente @ Europa le propone al autor manifestar sus opiniones sobre este interesante aspecto del derecho internacional actual.



Puente @ Europa (P@E): La diversificación material del derecho internacional ha dado lugar a regímenes normativos sectoriales (derechos humanos, derecho del mar, normas medio-ambientales, reglas de comercio internacional) ¿Estima que la autonomía de esos subsistemas socava la unidad del sistema internacional general?

El ámbito material del derecho internacional se ha expandido espectacular y rápidamente. No hay campo de la actividad social que no cuente con alguna clase de regulación jurídica internacional. La vitalidad y la versatilidad del derecho internacional han conducido a una proliferación de “regímenes normativos” sectoriales, a escala universal, regional o particular, bien visibles hoy en ámbitos como los que se mencionan en la pregunta. Se trata de regímenes que suelen girar en torno de uno o más tratados-marco, dotados de una cierta -y en ocasiones intensa- institucionalización, capaces de generar normas y principios por vía consuetudinaria, con mecanismos de seguimiento de su aplicación, medios de solución de diferencias y reglas sobre la responsabilidad deducida de las infracciones. Su fuerza actual o potencial puede ser invocada como prueba de la buena salud del derecho internacional. Ciertamente, eso implica riesgos de “fragmentación”. ¿Qué ocurrirá, se dice, si los órganos que han de solventar las controversias y conflictos dentro de estos regímenes autónomos son incapaces de elevarse por encima de los principios específicos de su sector, si ignoran las reglas de otros sectores con los que se solapan, si interpretan y aplican normas generales de manera contradictoria?

La causa fundamental del riesgo de fragmentación tiene su origen, como ha advertido Gerhard Hafner², en la naturaleza preeminente del derecho internacional como un “derecho de coordinación”, carente de instituciones centralizadas que aseguren la homogeneidad de los distintos subsistemas o regímenes. Puede producirse así una suerte de “competencia entre regímenes materiales” (por ej. comercio internacional y medio ambiente), que a su vez puede cruzarse con una competencia dentro del mismo régimen material (por ej., derechos humanos), según su escala universal, regional o particular, todo ello sin entrar en el laberinto de relaciones entre tratados sucesivos sobre una misma materia, entre las mismas o diferentes partes...

Haciéndose eco de la inquietud doctrinal y de la oportunidad de ofrecer pautas de comportamiento a los operadores jurídicos, un grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional³ presentó en el verano de 2006 un informe con cuarenta y dos conclusiones que la Comisión señaló a la atención de la Asamblea General de Naciones Unidas⁴. De la misma forma que los sistemas jurídicos internos han de hacer frente a una realidad normativa compleja sin perder su unidad fundamental, el derecho internacional ha de ser capaz de guardar su unidad y ser el marco general al que se reconduzcan los diferentes subsistemas. Eso requiere, desde luego, que estos sean manejados por sujetos con la suficiente formación para contextualizar sus decisiones en el marco más amplio del sistema.

P@E: A falta de una jerarquía clara entre las normas del sistema general, ¿se podrían resolver contradicciones entre las prescripciones de la Carta de Naciones Unidas y las normas imperativas (*ius cogens*) o divergencias de esas normas imperativas entre sí?

La afirmación tradicional de que entre las fuentes de las obligaciones internacionales no hay jerarquía está hoy sometida a importantes correcciones. Las normas imperativas (*ius cogens*) prevalecen sobre las dispositivas y las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas sobre cualesquier otra obligación. Pero la pregunta se refiere al conflicto entre normas imperativas o de éstas con obligaciones de la Carta, conflictos que ya no son una hipótesis de laboratorio.

La interpretación jurídica es un arte y no me cabe duda que por esta vía pueden resolverse adecuadamente los hipotéticos conflictos entre normas de idéntica jerarquía. No obstante, el principio de “armonización” o de “interpretación compatible” que ha de iluminar la solución de éste como, de ser posible, cualesquiera otros conflictos normativos, puede no ser suficiente. Así, la práctica reciente ofrece bastantes casos en que la persecución judicial de torturas imputadas a un estado extranjero y/o a sus agentes choca con la inmunidad que les es tradicionalmente reconocida por el derecho internacional como corolario del principio fundamental de la igualdad soberana. Hasta ahora la inmunidad ha prevalecido⁵. No obstante, jueces en minoría han manifestado su discrepancia.

La prevalencia de las normas imperativas sobre las obligaciones de la Carta plantea, a su vez, los problemas deducidos de la competencia para proceder a su evaluación. Esos problemas son especialmente agudos cuando las obligaciones resultan de resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas en el marco del Capítulo VII (mantenimiento de la paz y seguridad internacionales) sobre las que no cabe ningún control de conformidad con la Carta ni con las normas imperativas. Cabe proponer, no obstante, que un órgano competente para decidir una diferencia “de conformidad con el derecho internacional”, debería estimar inaplicables tales resoluciones (u otras obligaciones de la Carta) si las considera incompatibles con normas imperativas. El desistimiento con el que se cerraron los asuntos *Lockerbie*⁶ impidieron a la Corte Internacional de Justicia pronunciarse sobre un supuesto de estas características; pero el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadić* ha sido más atrevido⁷. El problema reside en determinar quién asume esa interpretación, si un tribunal internacional al hilo de la solución de una controversia que le ha sido sometida, un estado soberano que se siente maltratado por, digamos, el Consejo de Seguridad, o la “doctrina” colectiva ejerciendo la crítica, sustitutiva a menudo de las instituciones públicas de las que carecemos.

P@E: Por ejemplo, entre normas GATT/OMC⁸ y las de acuerdos comerciales regionales, ¿cree que el principio de especialidad alcanza para interpretar discrepancias entre subsistemas sectoriales pero vinculados por su ámbito material?

El principio de “especialidad” (y el de “posterioridad”) alientan las decisiones en cada régimen *pro domo sua*, instalando en él un suerte de -siquiera tácito- “dualismo”, que hace extrañas las reglas extramuros del régimen, a menos que sean objeto de una especial recepción. La solución de esta clase de conflictos entre “regímenes” internacionales o autónomos es ciertamente difícil. No obstante, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que en gran parte codifica normas consuetudinarias, contiene reglas para ordenar la concurrencia y el conflicto entre tratados, en las que cabe profundizar, pues no en vano los regímenes internacionales o autónomos se configuran a partir de tratados fundacionales o constitucionales.

En todo caso, ha de descartarse que los regímenes internacionales sean “autosuficientes”. Los recientes trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el riesgo de “fragmentación” han permitido llamar la atención sobre una regla del derecho de los tratados codificado (el artículo 31.3. (c) de la Convención de Viena) según la cual los tratados han de interpretarse “a la luz de toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, pertinencia que se predica no sólo de las obligaciones convencionales conexas con el tratado en cuestión, sino también de cualesquiera otras, incluidas las deducidas de las normas consuetudinarias o de los principios generales del derecho. Como señaló la Comisión de Derecho Internacional, el derecho internacional general,

como “sistema”, está omnipresente detrás de las normas y regímenes especiales, ilustra su interpretación y colma sus lagunas.

Este principio ha pasado casi desapercibido en la práctica arbitral y judicial hasta que en los años más recientes ha aflorado en decisiones de diferentes tribunales internacionales, incluido el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC⁹. La misma Corte Internacional de Justicia ha tenido la ocasión de aplicar el principio de “integración sistémica” en el asunto de las *Plataformas petrolíferas* entre Irán y Estados Unidos en 2003¹⁰.

Este principio puede expresarse, como señala la Comisión de Derecho Internacional, tanto en forma de presunción “negativa” (considerando que las partes, al concertar obligaciones convencionales, no tienen la intención de actuar de manera no conforme con las normas consuetudinarias y los principios generales de derecho) como “positiva” (considerando que las partes se remiten a tales normas y principios en todas las cuestiones que el tratado no resuelve por sí mismo explícitamente o de otra manera). Cabe así suponer que los términos utilizados por un tratado tienen el significado que les reconoce el derecho internacional general, a menos que las partes convengan otra cosa y cabe, no sólo suponer, sino exigir que su interpretación y aplicación sea conforme en todo caso con las normas y principios de naturaleza imperativa.

Tratando de responder más concretamente a su pregunta podría agregar que los acuerdos regionales comerciales deben ser compatibles con las reglas GATT/OMC. Los muy desarrollados, como la Comunidad Europea son, directamente, partes en la organización y las diferencias que pueden surgir con terceros se someten a su mecanismo de arreglo de diferencias. *Ad intra*, las partes en un acuerdo regional deben resolver sus contenciosos en el ámbito que les es propio, sin trasladarlos a la OMC.

P@E: Las inquietudes sobre la posibilidad de fragmentación se acentúan ante la reciente proliferación de tribunales internacionales, ¿estima Ud. que es imposible impedir esta causa de fragmentación o cree que los diversos tribunales, judiciales y arbitrales, aplican principios generales del derecho internacional y observan los antecedentes de otros foros haciendo interpretaciones compatibles para preservar la unidad?

La proliferación de tribunales internacionales es, hasta cierto punto, consecuencia de la expansión y diversificación material del derecho internacional y de los regímenes o subsistemas internacionales a que ha dado lugar. La Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de las Naciones Unidas, de vocación universal y competencia general sobre las diferencias interestatales, ha encontrado la compañía de numerosos “tribunales” especializados, universales, regionales o particulares, abiertos en algunos casos a sujetos no estatales. Entre ellos, cabe mencionar el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, la Corte Penal Internacional, las cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. A ellos cabe añadir mecanismos cuasi-judiciales, como el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio de 1994; los numerosos tribunales arbitrales cobijados por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya; y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

Esta proliferación, tal como se predica de la misma expansión y diversificación material del derecho internacional, es un signo de madurez, al ofrecer vías para la solución definitiva y vinculante de diferencias y/o abrir paso a la persecución de crímenes internacionales, pero es también una nueva dificultad para la unidad y coherencia del sistema jurídico internacional, un riesgo de fragmentación, por la falta de jerarquía formal entre unos y otros tribunales y la posibilidad de decisiones contradictorias, especialmente cuando sus respectivos ámbitos materiales de competencia son tangentes o secantes.

El supuesto de que los diferentes aspectos de una diferencia sean sometidos a diferentes jurisdicciones ya no es insólito. Así, por ejemplo, la diferencia entre Chile y la Comunidad Europea sobre el “pez espada” fue sometida al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC en relación con la restricción de las libertades de tránsito (art. 5 GATT, 1994), afectadas por las medidas chilenas de conservación y gestión, y al Tribunal Internacional de Derecho del Mar en relación con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 sobre poblaciones de peces transzonales. Asimismo, antes de plantear ante la Corte Internacional de Justicia el caso *Avena y otros nacionales mexicanos*¹⁰, México solicitó de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva en relación con “el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, opinión que -estando ya *sub iudice* ante la Corte Internacional de Justicia el asunto *La Grand*¹², consecuencia de una demanda de Alemania contra Estados Unidos, que interesaba la misma materia- la Corte Interamericana de Derechos Humanos emanó considerando que el ejercicio de su función consultiva no podía estar limitado por los contenciosos interpuestos ante la Corte Internacional de Justicia¹³. Finalmente, las conclusiones a las que llegaron, de un lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, de otro, la Corte Internacional de Justicia en la interpretación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 fueron similares. Muy recientemente, en mayo de 2006, Argentina demandó a Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia por la construcción de dos fábricas de pasta de papel en la ribera uruguaya del río Uruguay¹⁴ que, según Argentina, es incompatible, procesal y sustantivamente, con el estatuto binacional del río, mientras que Uruguay demandaba a Argentina en el marco del Mercosur (Protocolo de Olivos) por su omisión en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales sobre el río protagonizado por piquetes locales.

El eventual conflicto de interpretación de normas de derecho internacional general entre unos y otros tribunales preocupa, sobre todo si son los tribunales especializados los que entran en colisión con la Corte Internacional de Justicia. Así, en 1999 el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto *Tadić*, fue más allá del precedente de la Corte en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*¹⁵, del que decidió apartarse deliberadamente al adoptar el criterio del “control general” -y no del “control efectivo” sostenido por la Corte Internacional de Justicia- para determinar cuándo podía considerarse que un grupo armado militar o paramilitar en un conflicto presuntamente interno actuaba por cuenta de una potencia extranjera. Sin embargo, no hay que ser alarmista. En el caso citado, el giro interpretativo puede explicarse por el hecho de que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, trataba de establecer la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario en un supuesto de responsabilidad penal individual; además, cabe sugerir que las decisiones de un tribunal especializado pueden incentivar posteriores cambios progresivos de la Corte Internacional de Justicia, siendo en ese sentido muy constructivas. La unidad del sistema jurídico internacional debería bastar para impedir contradicciones flagrantes, a menos que nos topemos con tribunales (arbitrales o judiciales) de composición muy sesgada y/o con miembros manifiestamente ignorantes del derecho internacional general (lo que tampoco ha de descartarse).

P@E: ¿Qué opina sobre las ideas de transformar a la Corte Internacional de Justicia en una especie de tribunal constitucional?

Se trata de una idea muy constructiva, pero los materiales para su realización no existen por ahora. Ya hemos señalado que si bien la proliferación de tribunales internacionales es una buena noticia, comporta riesgos en la medida en que, a diferencia de los tribunales

internos, los tribunales internacionales no se configuran piramidalmente y una mala selección de sus miembros podría privarles de un conocimiento del sistema más allá del pequeño mundo en que se desenvuelven sus actividades, haciéndoles creer que ese pequeño mundo es todo el mundo. Dicho esto, un tribunal internacional no debe aplicar las reglas de su subsistema en el vacío o como normas constitucionales, sino en el marco de las normas del derecho internacional general y respetando, en particular, las de carácter imperativo, con independencia de que el nivel de abstracción de muchas de éstas permitan diferentes juegos interpretativos. Los antecedentes con los que contamos son alentadores en la medida en que, en general, los tribunales internacionales suelen considerar la jurisprudencia de los otros. No se trata de seguir los precedentes, sin más; sino de tenerlos en cuenta antes de separarse de ellos, abriendo en su caso nuevas líneas que inspiren las decisiones de los demás.

Entre las medidas de política judicial internacional ha habido propuestas, inspiradas en los sistemas de derecho interno, para hacer de la Corte Internacional de Justicia una suerte de corte suprema, de casación, para salvaguardar la unidad de doctrina, y la instauración de un procedimiento prejudicial que podrían experimentar otros tribunales que sustentaran dudas sobre la existencia, contenido u oponibilidad de una norma de derecho internacional general, amén de su apertura a sujetos no estatales, como demandantes y demandados¹⁶; pero estas propuestas parecen tan sensatas en su planteamiento como poco realistas en las posibilidades de realización. Así que lo más que cabe, por ahora, es: 1) recomendar a los órganos judiciales, cuasijudiciales y arbitrales presentes: continencia, prudencia y la debida toma en consideración de las decisiones de los demás que afectan al núcleo del derecho internacional general (lo que Pierre-Marie Dupuy llama el “diálogo interjudicial”¹⁷), particularmente las de la Corte Internacional de Justicia, por la *autoritas* del órgano y el valor de sus precedentes¹⁸; y, 2) recomendar a los sujetos de derecho internacional, tal como hacía el antiguo Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Gilbert Guillaume, que antes de crear un nuevo tribunal verifiquen si acaso las funciones que pretenden atribuirle no pueden ser desempeñadas adecuadamente por otro ya existente.

Notas

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

¹ Antonio Remiro Brotons, Rosa M. Riquelme *et al.*, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007 (ed. orig. 1997).

² Gerhard Hafner, “Risks Ensuing from fragmentation of International Law”, *Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth session, supplement No. 10, annex*.

³ En esta misma sección se incluye una entrevista a Martti Koskeniemi, presidente del grupo de estudio.

⁴ 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).

⁵ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Corte Internacional de Justicia (disponible en www.icj-cij.org); *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, Corte Europea de Derechos Humanos, 2001-XI.

⁶ En 1988 un avión de la compañía estadounidense Pan Am explotó sobre la ciudad escocesa de Lockerbie, causando 270 víctimas de 21 países. Luego de tres años de investigación conjunta entre el Reino Unido y Estados Unidos, fueron interpuestas acusaciones de asesinato contra dos ciudadanos libios. Libia se negó a entregar a los sospechosos, por lo que la Organización de las Naciones Unidas estableció sanciones contra el país a partir de 1992. Libia interpuso entonces dos demandas ante la Corte Internacional de Justicia por

violación de la Convención de Montreal sobre actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, alegando que ésta autorizaba a juzgar a los sospechosos en su país. Los demandados objetaron la jurisdicción de la Corte y Estados Unidos manifestó que las resoluciones del Consejo de Seguridad, teniendo prioridad sobre cualquier disposición de la Convención, habían invalidado el derecho de Libia a reclamar. La Corte rechazó ambos cuestionamientos, el segundo por ser las resoluciones del Consejo posteriores a los reclamos de Libia. Las ordenanzas de la Corte Internacional de Justicia generaron un amplio debate que terminó cuando, en 1999, luego de largas negociaciones, el líder libio Muammar Gaddafi entregó a los acusados y, tres años después, entregó una compensación de unos 10 millones de dólares estadounidenses por víctima. En 2003, Libia aceptó formalmente la responsabilidad por el atentado y las Naciones Unidas levantaron las sanciones que habían estado vigentes por 15 años contra aquel país.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Decisión de la Corte Internacional de Justicia del 10 de septiembre de 2003 (disponible en www.icj-cij.org).

⁷ Caso *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm). Más sobre este caso en esta misma entrevista y en el artículo de Cesare Romano incluido en la sección *Instrumentos de análisis*.

⁸ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés); Organización Mundial de Comercio (OMC).

⁹ Por ejemplo, en los casos *Estados Unidos-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, DS58, 1998; *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, DS26 y DS48, 1998; *Corea-Medidas que afectan la contratación pública*, DS169, 2000 (disponible en www.wto.org).

¹⁰ *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Corte Internacional de Justicia (disponible en www.icj-cij.org).

¹¹ *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), Corte Internacional de Justicia (disponible en www.icj-cij.org).

¹² *La Grand* (Germany v. United States of America), Corte Internacional de Justicia (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=gus&case=104&k=04>).

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16 (www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf).

¹⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Corte Internacional de Justicia (disponible en www.icj-cij.org). Sobre este caso, ver la entrevista a Enrique Barreira en esta misma sección.

¹⁵ *Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua v. Honduras) y *Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua v. Costa Rica), ambas de la Corte Internacional de Justicia (disponibles en www.icj-cij.org). Sobre este caso, ver el artículo de Cesare Romano incluido en la sección *Instrumentos de Análisis*.

¹⁶ Francisco Orrego Vicuña y Christopher Pinto, “The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century”, informe preparado para la Conmemoración del Centenario de la Primera Conferencia Internacional de Paz, La Haya, 1999.

¹⁷ Pierre-Marie Dupuy, “The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice”, en *New York University School of Law Journal of International Law & Politics*, Vol. 31, n. 4, pp. 791-808, 1999.

¹⁸ Thomas Buergenthal, “International Law and the Proliferation of International Courts”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* (CEBDI), vol. V, 2001, pp. 29 y ss.