

¿Hacia la fragmentación del Derecho Internacional Público?

POR MARÍA JULIANA TENORIO QUINTERO*

**María Juliana Tenorio Quintero es Segundo Secretario de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Como funcionaria de la Carrera Diplomática y Consular ha desempeñado funciones en el Despacho de la Secretaría General, en la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de Estados Americanos y en el Grupo Interno de Trabajo de Asuntos ante la Corte Internacional de Justicia. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad San Buenaventura – Seccional Cali, con un Magister en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos del Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo (IAED) y un LL.M en Derecho Internacional Público de la Universidad de Leiden (Países Bajos). También ha sido docente de las Universidades ICESI, Rosario, Sergio Arboleda y Jorge Tadeo Lozano.*

Recientemente, las Universidades han sido testigos de un boom en la investigación y estudio de un área que poco atraía a nuestros académicos en el pasado: el Derecho Internacional Público. Hoy, las Facultades de Derecho se preparan para brindar a sus estudiantes conocimientos especializados de las normas internacionales, que no se habían vislumbrado 10 o 15 años atrás. De aspectos netamente conceptuales y básicos sobre la Teoría General del Derecho Internacional Público, se pasó a currículos que incluyen asignaturas como Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Comercial Internacional, Derecho Internacional Ambiental, Derecho Penal Internacional, Derecho Institucional o de las Organizaciones Internacionales, entre otras.



Lo anterior es la consecuencia lógica del proceso de especialización que ha sufrido el Derecho Internacional Público en los últimos cincuenta años y que gracias al fenómeno de la globalización, que facilitó la apertura no sólo del comercio sino también del universo académico, ha logrado permear también la investigación jurídica internacional.

Este proceso no ha sido ajeno a la crítica. En efecto, muchos se han preguntado si esta acentuada especialización del Derecho Internacional en tan diversas ramas podría llevar a su futura fragmentación y, en consecuencia, amenazar su eficacia.

Una crítica más contra el Derecho Internacional Público

Una de las disciplinas jurídicas con más críticos es el Derecho Internacional Público. Estas críticas surgen especialmente del hecho de que, a pesar de formar parte del universo normativo, en principio vinculante, en la práctica no siempre es respetado, lo que en consecuencia hace que su efectividad sea frecuentemente cuestionada.

A pesar de lo anterior, el consenso general es que en un sistema internacional de tal manera interconectado, su existencia está más que justificada. Uno de los tratadistas más vanguardistas de nuestra época, Martti Koskenniemi, lo explica

de la siguiente forma: “el valor de derecho internacional y también su miseria recae en ser aquella superficie frágil de la comunidad política entre los agentes sociales – Estados, otras comunidades, individuos – que no están de acuerdo en sus preferencias, pero lo hacen dentro de una estructura que los invita a discutir en términos de una universalidad supuesta”¹.

De esta forma, ha sido el Derecho Internacional aquella única estructura que ha logrado ponerse por encima de los Estados orgullosos que, bajo el manto de una soberanía impenetrable, habían querido permanecer intocables, actuando a sus anchas y sin límite alguno.

Esta estructura en un principio sólo contemplaba aspectos de carácter general: aquellos sobre los cuales los Estados cedían sus competencias naturales para ser regulados por un cuerpo de normas de aplicación universal. Basta mirar los temas de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), órgano por excelencia de promoción y codificación del Derecho Internacional, que estudia aspectos prevalentemente de Derecho Internacional Público general. Sin embargo, las necesidades del sistema internacional y la evolución de las relaciones entre los sujetos de Derecho Internacional, obligaron a que se crearan distintos niveles de especialización para estudiar y tratar diferentes temáticas y, de paso, dieron lugar al surgimiento de la denominada “fragmentación” del Derecho Internacional.

¿Un derecho internacional poco coherente?

Ya desde los años cincuenta se identificó de manera preliminar esta problemática. Wilfred Jenks habló en un principio de esta cuando señaló como una de las más serias amenazas al desarrollo progresivo del derecho internacional la falta de coherencia (inconsistency)². El debate continuó a través de los años, hasta el punto que mereció un Reporte de la ya mencionada Comisión de Derecho Internacional, la cual, en el año 2006, bajo la dirección del Dr. Koskenniemi, presentó su Informe denominado “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho”.

Entonces, la fragmentación en el Derecho Internacional no es de ningún modo un fenómeno nuevo. Es consecuencia primordialmente de la ausencia de un órgano legislativo universal.

No obstante, la fragmentación no es una problemática exclusiva de la legislación internacional. La CDI es consciente de ello y por eso afirma en su Reporte que “una paradoja bien conocida de la mundialización es que si bien ha conducido a una creciente uniformidad de la vida social en todo el mundo, también ha conducido a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas de acción social y estructuras especializadas y relativamente autónomas”³.

(1) Koskenniemi, Martti; *What is International Law for?*, En: *International Law*, 3rd edition, Editado por Malcolm D. Evans (Oxford University Press, 2010, p. 52.)

(2) Jenks, Wilfried; *The Conflict of Law-Making Treaties* (BYBIL vol. 30, 1953, p. 403)

(3) Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 58º período de sesiones, Elaborado por Martti Koskenniemi, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, para. 7. En adelante Informe de la CDI.

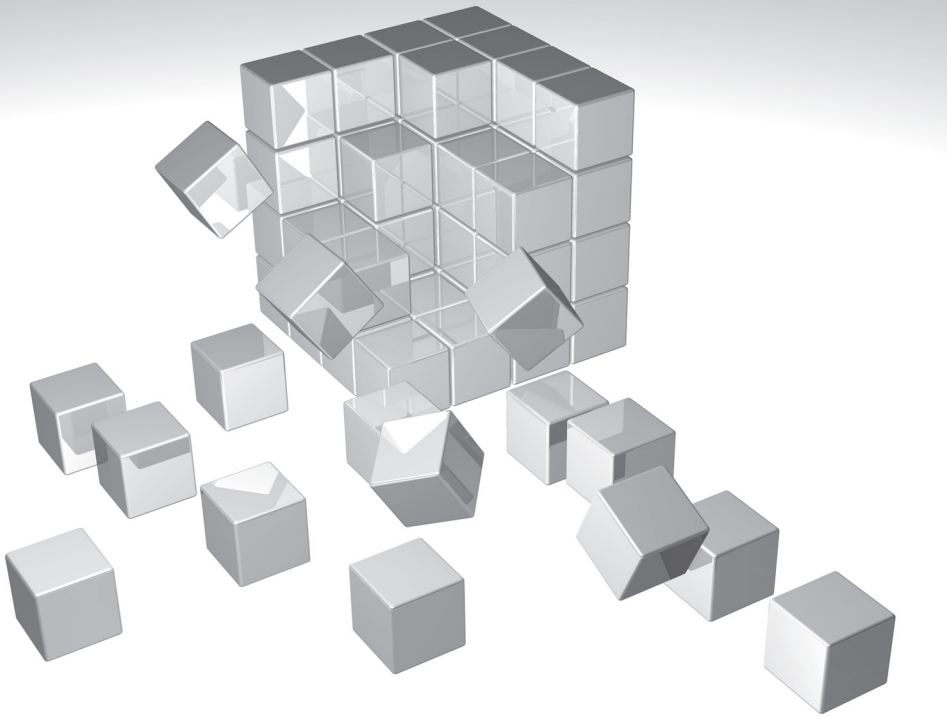


Ilustración: Sachin Ghodke. Fuente: <http://www.sxc.hu/profile/sachyn>

Así las cosas, los avances y retrocesos del Derecho Internacional son sólo el reflejo de lo que sucede en el Sistema Internacional: un sistema internacional fragmentado no podría tener como marco regulador otra cosa diferente a una normativa fraccionada. De esta forma, lo que antes aparecía regido por el “Derecho Internacional general”, se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el “Derecho Mercantil”, el “Derecho de los Derechos Humanos”, el “Derecho Ambiental”, el “Derecho del Mar”, el “Derecho Europeo” e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el “Derecho de las Inversiones” o el “Derecho Internacional de los Refugiados”, etc. cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones⁴.

Ahora bien, las dificultades no surgen del solo hecho que exista tal diversidad de regímenes jurídicos especializados con sus correspondientes instituciones especializadas a cargo de su desarrollo. El problema surge cuando tales regímenes se crean y desenvuelven con “relativa ignorancia de las actividades legislativas e institucionales en los campos adyacentes de los principios y prácticas generales del derecho internacional. El resultado son conflictos entre normas o sistemas de normas, prácticas institucionales desviadas y quizá la pérdida de una perspectiva general del derecho”⁵.

De lo previamente expuesto surgen, entre otros, los siguientes interrogantes ¿cuáles serían las implicaciones de la fragmentación para la seguridad jurídica y la implementación y exigibilidad

del cumplimiento de las normas?, ¿cuál ente coordinará todos estos regímenes? Claramente no existe un Parlamento Universal ni, mucho menos, un sistema judicial con competencia y jurisdicción sobre todos los actores del sistema internacional, que puedan ejercer de cierto modo una labor de coordinación. Todo lo contrario. Los conflictos de normas son precisamente frecuentes en el Derecho Internacional. Al respecto, el Informe de la Comisión de Derecho Internacional aludido señala: “debido a la naturaleza espontánea, descentralizada y carente de jerarquía de la formación del Derecho Internacional -derecho que se forma por medio de la costumbre y el tratado- los juristas siempre han tenido que habérselas con materiales heterogéneos de diferentes niveles de generalidad y de diferente fuerza normativa”⁶.

Posibles causas de la fragmentación

Aunque la CDI solo aborda una de las causas de la fragmentación (los diferentes regímenes especializados del Derecho Internacional), la fragmentación también puede obedecer a otros factores, en particular a la proliferación de organismos internacionales y de mecanismos internacionales de resolución pacífica de conflictos (especialmente Cortes Internacionales). De hecho, la fragmentación solo podría materializarse en el eventual caso que un conflicto fuese llevado ante tribunales internacionales con competencia en la controversia, los cuales, para resolverlo, deberán determinar si aplican las disposiciones

(4) Informe de la CDI, para. 8

(5) *Ibid.*, para. 8

(6) *Ibid.*, para. 486

del Derecho Internacional general o de los regímenes más especializados: Si dos Cortes revisan una misma controversia, existe la posibilidad de que sus fallos sean contradictorios.

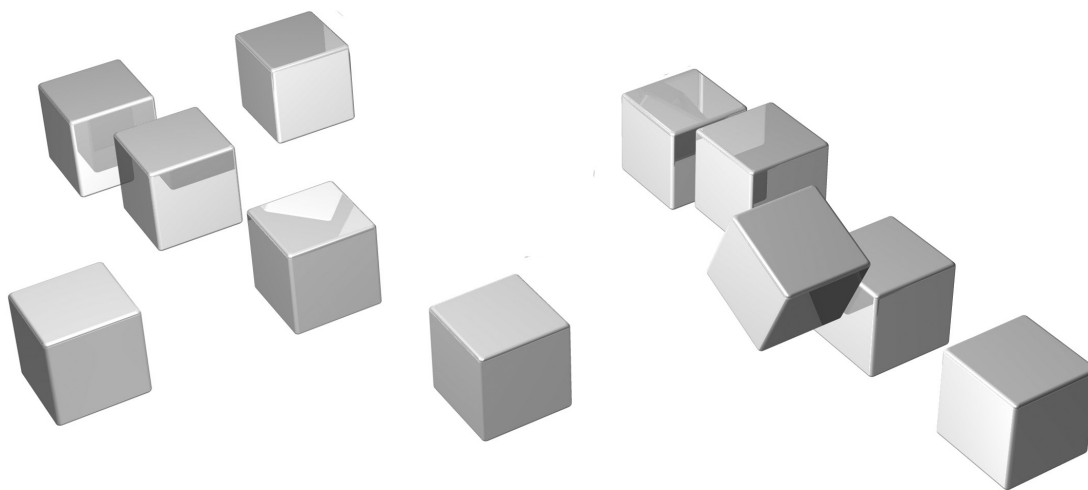
Casos insignes donde se ha producido semejante dificultad son el Mox Plant y el Tadic. La cuestión de los posibles efectos ambientales del funcionamiento de la instalación nuclear “MOX Plant” en Sellafield, Reino Unido, se planteó en tres escenarios institucionales diferentes: un tribunal de arbitraje creado en virtud del anexo VII para la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el procedimiento de arreglo obligatorio de controversias en virtud del Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste (Convenio OSPAR); y el Tribunal de Justicia Europeo. Así, en este litigio, se enfrentaron las normas universales del Derecho del Mar y las normas regionales del Convenio OSPAR y de la Comunidad Europea/EURATOM. Al respecto, el Tribunal de

Arbitraje creado en virtud del anexo VII de la Convención sobre el Derecho del Mar señaló que el Convenio OSPAR, el Tratado de las Comunidades Europeas y el Tratado del EURATOM, a pesar de contener derechos y obligaciones similares o idénticos a los establecidos en la Convención sobre el Derecho del Mar, tienen una existencia independiente de la Convención de las Naciones Unidas⁷; y, que la aplicación de las mismas normas por varias instituciones puede ser diversa debido a las “diferencias en los respectivos contexto, objeto y práctica prevista y posterior de las partes, y de los trabajos preparatorios”⁸. En palabras más sencillas, el Tribunal declaró que no podría existir uniformidad de interpretación, puesto que cada Tribunal sería libre de interpretar las mismas normas en forma diferente dependiendo del contexto sobre el cual se construyó cada uno de estos instrumentos internacionales. La CDI lo explicó con claridad: “el Tribunal de Arbitraje de la Convención sobre el Derecho del Mar reconoció que el significado de las nor-

mas y principios jurídicos dependen del contexto en que se aplican”⁹. A contextos diferentes, diferentes interpretaciones de la misma norma.

Pero, ¿cuáles son las implicaciones de estos argumentos?, ¿prevalece el Derecho Internacional especializado (regímenes autónomos o self-contained regimes) sobre el Derecho Internacional General?, ¿pueden las partes de una controversia escoger el tribunal de su preferencia dependiendo de sus intereses?, ¿cuál fallo prevalece? La coherencia del orden jurídico internacional podría estar en juego y, por ende, su efectividad.

Por otro lado, en el caso Tadic la Corte Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY por su sigla en inglés), a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, encontró que el “control general” (overall control), más que el “control efectivo” (effective control¹⁰), de una organización militar es criterio suficiente para que un Estado sea responsable



(7) *MOX Plant case, Request for Provisional Measures Order, Ireland c. the United Kingdom*, 3 de diciembre de 2001, *Tribunal Internacional del Derecho del Mar, I.L.R.*, vol. 126 (2005), p. 273, para. 50.

(8) *Ibid.*, págs. 273 y 274, para. 51

(9) *Informe de la CDI*, para. 12.

internacionalmente por todos los actos de dicha organización¹¹. La Corte Internacional de Justicia, consciente del fallo de la ICTY, insistió nuevamente en su posición de control efectivo en el caso de Genocidio¹². ¿Qué criterio seguir en un futuro? Si la Corte Penal Internacional tuviese que abordar un caso donde se tuviera que analizar circunstancias similares, ¿cuál de los dos criterios adoptaría?

Estos claros ejemplos reflejan las preocupaciones que existen en la Academia respecto de la jurisprudencia desviada y la búsqueda del foro más favorable por las partes en una controversia. Tales comportamientos afectan seriamente la seguridad jurídica, por cuanto “los derechos y obligaciones de los sujetos jurídicos puede depender del órgano al que se recurra para reconocerlos”¹³. Todo lo anterior sumado al carácter anárquico del sistema internacional, donde los conflictos de interpretación de la normativa general por diferentes instituciones no pueden someterse a un sistema constitucional de revisión que culmine en una autoridad suprema. Cuando esos conflictos aparecen y se consideran un problema (lo que no siempre sucede), sólo se pueden resolver con medios legislativos o administrativos. O bien los Estados adoptan

una nueva ley que resuelva el conflicto o bien las instituciones tendrán que coordinar su jurisprudencia en el futuro¹⁴.

¿Callejón sin salida?

A pesar de lo antes expresado, muchos especialistas del área consideran que la disponibilidad de diversos tribunales internacionales y el que los Estados estén acudiendo a ellos, podrían promover seguramente el fortalecimiento del imperio de la ley (Rule of law) en las relaciones internacionales¹⁵.

Los regímenes especializados en el Derecho Internacional no surgieron por accidente. Tal y como la CDI nos relata en su Informe, estos regímenes responden a nuevas necesidades técnicas y funcionales. El problema realmente surge cuando cada complejo de normas o “régimen” llega con sus propios principios, su propia forma de pericia profesional y su propia “ética”, que no coincide necesariamente con la ética de la especialización vecina [...] Cuando esas desviaciones se producen o resultan generales y frecuentes, la que padece es la unidad del Derecho¹⁶.

De ahí la importancia de la defensa de los principios básicos del Derecho In-

ternacional general, que deberá ser el punto de partida y de unión entre todos los regímenes especializados.

Algunas reflexiones sobre la proliferación de Organizaciones Internacionales. Por último, es importante reflexionar sucintamente sobre el papel que jugaría la proliferación de Organizaciones Internacionales en la fragmentación del Derecho Internacional. Si bien existe la presunción de que esta proliferación debilitaría la unidad e integridad del Derecho Internacional, ciertos autores piensan lo contrario. Mario Prost y Paul Kingsley Clark consideran que para que esto efectivamente suceda se necesita que se cumplan los siguientes supuestos: “Primero, debe existir evidencia de duplicación o traslape en las varias competencias de las Organizaciones Internacionales. Segundo, se necesita probar que, en los eventos en que las actividades de las Organizaciones Internacionales efectivamente se traslapan, tal traslape se traduce en competencia, divergencia o conflicto. Por último, y lo más importante, las actividades rivales u opuestas deben tener algún significado normativo”¹⁷.

(10) *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Merits)*, judgment of 27 June 1986, paras. 105 – 115.

(11) *Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Tadic*, 15 Julio 1999 (Caso No. IT-94-1-A), paras. 97, 120, 131, 137.

(12) *Corte Internacional de Justicia, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 26 Febrero 2007, paras. 403-406

(13) *Informe de la CDI*, para. 489

(14) *Ibid.*, para. 52

(15) *Kingsbury, Benedict, Foreword. Is the proliferation of International Courts and Tribunals a systemic problem?*, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, p. 688.

(16) *Informe de la CDI*, para. 15

(17) *Prost, Mario, Clark, Paul Kingsley; Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?*, *Chinese Journal of International Law, Oxford University Press* Vol. 5, No. 2, 12 Junio 2006, p. 341

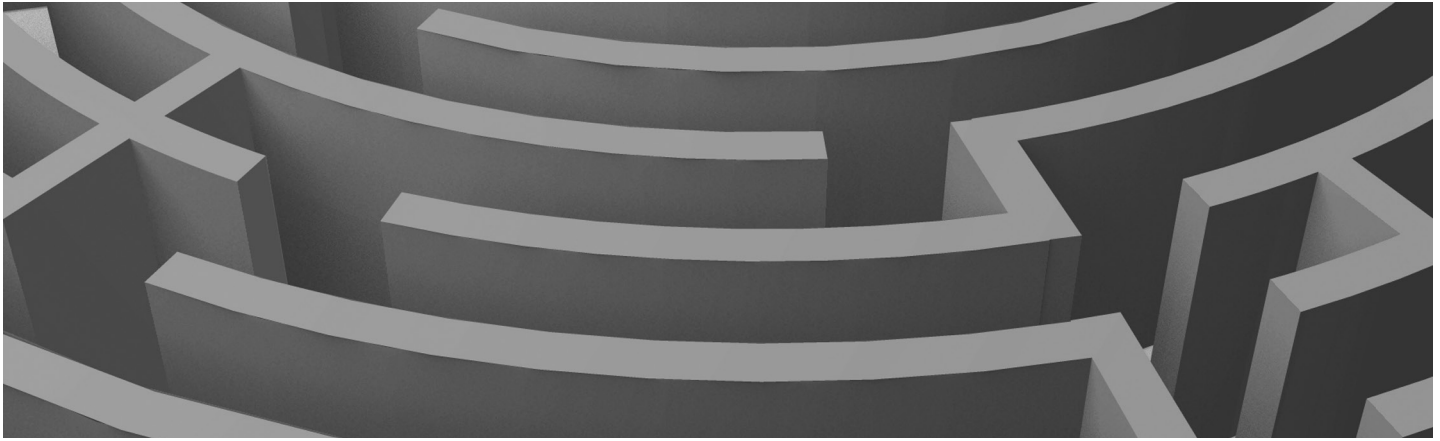


Ilustración: Sachin Ghodke. Fuente: <http://www.sxc.hu/profile/sachyn>

Aquí la clave está en determinar cuál es el rol de las Organizaciones Internacionales en la creación de Derecho Internacional. Para estos autores, las Organizaciones Internacionales son más formadores (shapers) que creadores (makers) del Derecho Internacional y su multiplicación, por tanto, no sería una fuente más del caos que experimenta la normatividad internacional¹⁸.

Así las cosas, los Estados continúan siendo los principales creadores del Derecho Internacional. En un sistema internacional donde los Estados se aferran con todo su poder a su soberanía, no podría ser de otra forma. Sin embargo, la posibilidad que la proliferación de Organismos Internacionales - especialmente de carácter regional o a cargo de la defensa y promoción de un régimen especializado (como por ejemplo el PNUMA en relación con el Derecho Internacional Ambiental)- pudiese generar conflictos normativos internacionales y fragmentación subyace, siempre y cuando se cumplan los supuestos antes referidos.

Conclusión: ¿realmente se está fragmentando el Derecho Internacional?

Las anteriores reflexiones son un punto de partida para generar el debate sobre la referida fragmentación del Derecho Internacional Público. Se han presentado varias visiones, unas a favor y otras en contra. La CDI incluso ha sido consciente de la ambivalencia de este fenómeno cuando en su Informe manifestó que “por una parte, la fragmentación crea el peligro de normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorias e incompatibles entre sí. Por otra parte, refleja la rápida expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la diversificación de esos objetos y técnicas”¹⁹. Así, la fragmentación no es sino el ejemplo perfecto de la diversidad que identifica al mundo social internacional.

Es importante destacar que el Derecho Internacional, por más que quiera evitar

su fragmentación, no puede quedarse de brazos cruzados frente a la evolución de un sistema internacional en constante cambio. Por eso, “la diversidad y el pluralismo [...] no deben ser vistas como amenazas sino, más bien, como desarrollos inherentes en la naturaleza misma del Derecho Internacional”²⁰ aunque persista el temor natural que tal diversidad lleve a su fragmentación, a la inseguridad jurídica y a la posible inhibición de la capacidad del Derecho Internacional de “fomentar la regulación pacífica de las relaciones internacionales” objeto principal de su existencia²¹.

La ironía que presentan todas estas reflexiones es evidente: “Los logros obtenidos por el Derecho Internacional podrían ser aquellos causantes de su propia caída”²². Mas el Derecho Internacional debe estar a la altura del desafío, tomar la iniciativa, no estancarse, y asumir con valentía estos riesgos.

(18) *Ibid.*, p. 341.

(19) Informe de la CDI, para. 14

(20) Prost, Clark, p. 342

(21) *Ibid.*, p. 342

(22) *Ibid.*, p. 343