

II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Hay tres elementos que describen, *grosso modo*, eso que se refiere ahora como fragmentación del derecho internacional y el conflicto de leyes —al entendimiento del conflicto de normas en el derecho internacional privado— por la multiplicación de tratados internacionales en distintas materias. El primero de ellos es producto de una centenaria dificultad asentada en el origen del derecho internacional moderno, del que todavía no existen luces absolutamente iluminadoras para superarla: la ausencia de un legislador internacional;⁵ esto es, una legislatura o federalismo a escala internacional, como ya lo había sugerido la tradición germana.⁶ Es justamente esa ausencia en el monopolio de la creación legislativa la que propicia que los Estados, ya sea dentro de la Organización de las Naciones Unidas,

⁴ Cf. Bruno Simma y Dirk Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *EJIL*, vol. 17, núm. 3, 2006, pp. 483-529.

⁵ Fue Jenks el primero que habló del conflicto de normas en derecho internacional producido por la ausencia legislativa. Cf. Willfred Jenks, “The Conflict of Law-Making Treaties”, *BYBIL*, 1953, p. 401. También: Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58o. periodo de sesiones, A/61/10, 2006, p. 10, párr. 5.

⁶ Por ejemplo, cf. Immanuel Kant, *La paz perpetua*, Madrid, Mestas, 2007, p. 36; Immanuel Kant, *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Espuela de Plata, 2004, pp. 186-200. Después de todo, con Cioran, a Alemania se le podría comenzar a redimir por la música clásica y por la metafísica. Cf. Juan Villoro, *¿Hay vida en la tierra?*, 1a. reimpr., Oaxaca, Almadía, 2013, p. 31.

o de organizaciones regionales, o en tratados bilaterales, trilaterales, generen normas jurídicas convencionales que podrían, en última instancia, contradecirse.⁷

Por si fuera poca la multiplicidad de legisladores internacionales, en tanto Estados quieren obligarse a normas convencionales, también se ha abierto la puerta a la creación de normas jurídicas internacionales por vía no estatal. Por ejemplo, las resoluciones de organizaciones internacionales y sus órganos, como las del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; o el conjunto de decisiones de las instituciones europeas en el marco de la integración de los 28 Estados que conforman la Unión. O más todavía, si se plantea todo un mecanismo para analizar y contemplar el funcionamiento de las decisiones que configuran el *soft law* o la participación de particulares en la formación de normas, sobre todo en las relaciones comerciales transnacionales.⁸

El segundo elemento se encuentra en la más destacada modificación que el derecho internacional ajustó durante el alterado transcurso del siglo XX: la configuración de emergentes sujetos de derecho internacional. Dentro de este tema, existen a su vez dos nuevos sujetos que han trastocado la estructura clásica, si podemos denominarla así, de toda la maquinaria de la comunidad internacional: las organizaciones internacionales⁹ y el individuo, es decir, los seres humanos.¹⁰ Eso significó que los

⁷ Como bien señala Jenks, la posible contradicción entre tratados bilaterales puede ser resuelta por acuerdo entre las partes, ya sea si son los mismos Estados negociadores en distintos tratados, o aun cuando sean diferentes. El problema real se multiplica cuando se trata de tratados consentidos en el seno de organizaciones internacionales con vocación universal o regional, o cuando sencillamente no existe coincidencia absoluta entre quienes celebran uno y otro tratados. Cf. Wilfred Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", *op. cit.*, pp. 404-405.

⁸ Cf. Eric Loquin, y Laurence Ravillon, "La Volonté des Opérateurs Vecteur d'un Droit Mondialise", en Eric Loquin y Catherine Kessedjian, eds., *La Mondialisation du Droit*, Dijon, Editions Litec-CREDIMI, 2000, pp. 110-112.

⁹ Cf. Roberto Ago, "The State and International Organization" en *International Law in a Changing World*, Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1963, pp. 12-13; Wilfred Jenks, "Coordination: a New Problem of International Organization. A Preliminary Survey of the Law and Practice of Inter-organizational Relationships", *RCADI*, 1950, Tomo II, pp. 158-160.

¹⁰ Cf. Aisha Rateb, *L'individu et le Droit International Public*, Thèse Pour le Doctorat Présentée à la Faculté de Droit de l'Université du Caire, Imprimerie de l'Université du Caire, 1959, pp. 18-38; Giuseppe Sperduti, "L'individu et le Droit International",

CADH: fragmentación del Derecho Internacional

derechos y las libertades consagrados en normas internacionales ya no eran de exclusividad estatal sino compartida. En esto, lo que conocemos ahora como derecho internacional de los derechos humanos constituye el mejor ejemplo de un posicionamiento de la persona física en el escenario internacional.

Además, como tercer elemento, esa aparición de nuevos sujetos llegó junto con la necesidad de regular cuestiones que habían sido destinadas exclusivamente al ámbito interno de los Estados. Temas aéreos, telecomunicaciones, energía atómica, derechos humanos y comercio, le abrieron la puerta a un discurso jurídico que encontró en las organizaciones internacionales y, sobre todo, en las normas jurídicas, una diferente forma de diseñar a la comunidad internacional. La necesidad actual de los Estados es negociar todas las materias en el escenario mundial con Estados y con los actores principales del derecho internacional.

En ese contexto está planteado el marco del actual derecho internacional, descrito de mejor forma como un escenario *fragmentado*, en el sentido de normas e instituciones especializadas que conforman regímenes autónomos del derecho internacional general. Sin que eso necesariamente implique una idea de desorden en el sistema jurídico internacional. De hecho, éste no es un tema nuevo para los juristas. En la dicotomía del derecho público y derecho privado han encontrado cabida otras áreas de especialización que se separan de su origen hasta encontrar criterios que solo pueden ser utilizados para ellas mismas, sin perjuicio de la validez del derecho en general. Así, por ejemplo, el derecho administrativo es derecho público; y de aquél, se especializó después el derecho fiscal. Del derecho constitucional, el derecho electoral; o el derecho familiar, del derecho civil. Decir, por tanto, que existe fragmentación puede ser, en un primer momento, sinónimo de especialización en el derecho internacional. Por eso la idea no asusta.

RCADI, 1956, vol II, A. W. Sijthoff, Leiden, 1957, pp. 733-838; Gérard Cohen-Jonathan, "L'individu Comme Sujet de Droit International" en *Mélanges Paul Amselek*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 223 y ss. Este tema, también ha sido expuesto con mayor detalle en: Guillermo Estrada Adán y Carlos Fernández de Casadevante, coords., "La protección de la persona humana en derecho internacional", en *Derecho internacional de los derechos humanos. Manual*, México, Porrúa, 2014, pp. 1-18.

Pero el grado de especialización y la necesidad de legislar internacionalmente con los vecinos geográficos—situación que le abrió la puerta al regionalismo—y en la protección de intereses comunes, puede generar posibles conflictos o divergencias entre normas vigentes.¹¹ Precisemos, un conflicto está verdaderamente ubicado como la exigencia de que dos normas compitan para ser aplicadas, mientras que una divergencia advierte solamente la diferencia en regulaciones en diferentes espacios de validez. Por ejemplo, una divergencia sería la diferencia de tratamiento de un tema entre tratados que persiguen fines geográficos diferentes, o temas que pueden ser advertidos o regulados desde diferentes ángulos por distintos Estados. Los conflictos pueden presentarse, en cambio, entre tratados donde participan solo un número de Estados que al mismo tiempo están obligados por un tratado anterior, de mayor alcance.

Así pues, en este escenario, el Grupo de Estudio que presidió Martti Koskenniemi elaboró un amplio informe al que denominó: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, presentado finalmente, y después de seis años, desde que fuera puesto en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional, en el 58° periodo de sesiones, durante el año 2006 en Ginebra, Suiza. Tiene especial mención en el informe, la concurrencia de conflictos que pueden presentarse por la existencia de una buena cantidad de órganos jurisdiccionales internacionales que pueden rozar asignaturas entre ellos. De ahí que la interpretación de las normas internacionales se vuelva un asunto de particular interés, pues es materia prima insustituible de quienes resuelven controversias. En efecto, la Comisión de Derecho Internacional puso especial énfasis en la forma en que se interpretan las normas jurídicas internacionales, pues afirmaba que la interpretación es la diplomacia de la solución de los conflictos. En este punto, no es nuevo afirmar que un mismo objeto de estudio, una misma situación jurídica, puede ser vista desde distintas perspectivas, con resultados no coincidentes en todas ellas: que para un juez el vocablo *ley* puede significar el

¹¹ Cf. Wilfred Jenks, “The Conflict of Law-Making Treaties”, *op. cit.*, pp. 418, 425-427.

CADH: fragmentación del Derecho Internacional

producto de un Poder Legislativo, para otro puede significar cualquier norma jurídica con efectos generales; si luego agregamos que estamos frente a una situación de hechos en donde se trata de restringir el uso y goce de un bien, o un derecho, la situación se agrava, pues del significado de *ley* dependerá el primer paso para justificar o no su restricción. Sin pensar, todavía, en los significados que las partes litigantes en el proceso le asignarían al mismo vocablo.

Visto así, la interpretación del derecho internacional, por tanto, constituye al mismo tiempo, la causa de conflictos o divergencias entre quienes operan o manejan las normas jurídicas internacionales —que además no se circunscribe a jueces internacionales, sino también a autoridades nacionales— pero, constituye la herramienta idónea para evitarlos o solucionarlos.

Además, la interpretación del derecho internacional no puede perder de vista que en escenario de expansión, surgieron normas especializadas en conjunción con el derecho internacional general. A las normas especializadas en mayor grado de institucionalidad se les puede denominar regímenes autónomos —o autocontenidos—, en la medida que pueden satisfacerse a sí mismos, aunque no en todos los casos.¹² Así, en casos de conflictos o divergencia entre normas de un régimen autónomo con el derecho internacional general, o entre normas de distintos regímenes autónomos, o incluso entre normas del mismo, la interpretación puede constituir una deducción o inducción del derecho internacional: proceder de lo general a lo particular, a lo especializado; o viceversa. El objetivo: la coherencia del derecho internacional.

Es requisito, en consecuencia, que quien se ocupa del derecho internacional y de cualquiera de los regímenes autóno-

¹² También se ha distinguido entre una forma débil de *lex specialis* y una forma fuerte. La primera, supone la existencia de una cláusula dentro de un tratado, o una resolución de una organización internacional solo aplicable a una situación específica (piénsese en la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, por ejemplo); la segunda, en cambio, es en realidad una conjunción de normas especializadas aplicables a una materia determinada (derecho internacional de los derechos humanos, derecho de las inversiones o derecho del mar, estarían dentro de la *lex specialis* en sentido fuerte). Cf. Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 73-76.

mos, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, adquiera una visión panorámica de todas las relaciones jurídicas internacionales. Esto que se dice significa que los intérpretes del derecho —en especial los jueces— asuman que pueden consultar todo el derecho internacional existente, independientemente del área que sea. Si bien en materia de tratados debe referirse a los que los Estados en litigios sean parte, puede recurrirse a otros tratados en la medida que constituyan costumbre o principios generales, o cuando respecto de ellos existan decisiones judiciales o doctrinales. De esta forma, un juez de comercio internacional puede revisar lo que resuelve la Corte IDH o el Tribunal Internacional del Mar, no para establecer una violación a la CADH o a la Convención de las Naciones sobre Derecho del Mar, sino para ajustar su decisión en el marco del derecho internacional vigente; o en última instancia, para advertir que su decisión puede romper la unidad de un sistema jurídico.¹³

Al final, buena parte de la coherencia del sistema internacional descansaría en la prudencia judicial. Una apuesta actual en el derecho internacional, en el que la especialización es la princesa de las relaciones internacionales, el regionalismo el motor de desarrollo de Europa y América, al tiempo que los órganos internacionales jurisdiccionales se expandieron, consiste en observar y analizar las interpretaciones que los jueces hacen, para exigirles todavía un mayor desempeño. Quizá en eso vaya buena parte de un futuro eficaz del derecho internacional.