

El “diálogo” de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo*

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR**

INTRODUCCIÓN

En el comienzo del siglo XXI los efectos de la mundialización causados sobre todo por la revolución en las comunicaciones, se extienden indistintamente a todos los dominios de la vida contemporánea. La cooperación, a su vez, se expande a sectores tan variados como el comercio internacional, los derechos humanos, la explotación de los recursos marinos y la preservación del medio ambiente. La combinación de estos factores influenciará fuertemente al derecho internacional.

Es aún un hecho incuestionable el que las últimas décadas han conocido una extraordinaria expansión de las normas jurídicas internacionales acompañadas de la formación de la jerarquía normativa en el derecho internacional gracias al reconocimiento del *jus cogens* por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Esa impresionante proliferación normativa entreabrió la probabilidad de conflictos normativos y profundizó la tendencia a la fragmentación del derecho internacional en múltiples subsistemas dotados de lógica propia y fines específicos. Esos hechos suscitan la preocupación por la

* Publicado originalmente en portugués como DO AMARAL JÚNIOR, Alberto, “O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo”, en *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, 2008, vol. 2, pp. 11-33. Los editores agradecen al autor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta Revista. Traducción al español realizada por Luciane Klein Vieira, abogada, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS. Maestranda en Derecho Internacional Privado, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

** Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo, USP. Profesor asociado de Derecho Internacional de la USP.

coherencia del derecho internacional, ya que la presencia de antinomias es indeseable no solamente por poner al intérprete delante de alternativas inconciliables, sino también porque impiden la realización de la justicia.

Considero, en la línea de Norberto Bobbio, que la coherencia no es condición de validez, pero es siempre una condición para el ordenamiento justo. Las exigencias de certeza (que corresponde al valor de paz o de orden) y justicia (que corresponde al valor de igualdad) desaparecen si el intérprete puede, indistintamente, aplicar reglas contradictorias. Si dos normas antinómicas coexistieren, el ordenamiento jurídico no conseguiría garantizar ni la certeza, entendida como posibilidad de prever con exactitud las consecuencias de una conducta dada, ni la justicia, entendida como igual tratamiento entre aquellos que pertenecen a la misma categoría.

En el intento de formular criterios que contemplen las múltiples interacciones normativas, impugno, además, el punto de vista de que el derecho internacional es un conglomerado de subsistemas desvinculados entre sí. Propongo, al contrario, un nuevo método, llamado “diálogo” de las fuentes, bajo la inspiración del trabajo pionero desarrollado por Eric Jayme en el ámbito del derecho internacional privado. Lejos de ignorar el desmedido trabajo de los juristas para resolver las antinomias, que la doctrina consolidó en principios comúnmente aceptados, indico la necesidad de un segundo método, que coexista con las soluciones tradicionales. Se trata de aplicar, simultánea, coherente y coordinadamente, las diversas fuentes del derecho internacional de modo de eliminar la norma incompatible solamente cuando se verifica que la contradicción que ella causa es insuperable. La coordinación flexible de las fuentes restablece la coherencia al identificar complementariedades, convergencias y armonías. En esta tarea, la presunción contra el conflicto, enfatizada por Wilfred Jenks hace más de medio siglo, cumple función esencial. El “diálogo” de las fuentes vislumbra la totalidad de las normas internacionales sin olvidar las especificidades que marcan los subsistemas particulares. De esta manera se intenta percibir el derecho internacional como un sistema en el cual la búsqueda de unidad no hace desaparecer la singularidad de las partes que lo constituyen, y que él se sujeta a principios que organizan los elementos individualmente considerados. Este artículo discute, pues, tres cuestiones:

- 1) el riesgo de fragmentación de las normas internacionales causado por la existencia de variados subsistemas;

- 2) la reconstrucción de la coherencia del ordenamiento jurídico internacional por intermedio del “diálogo” de las fuentes, y
- 3) el vínculo entre los diversos tipos de “diálogo” de las fuentes y el tema de la justicia en el derecho internacional contemporáneo.

EL RIESGO DE FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

La aceleración de la interdependencia engendrada por el advenimiento de la mundialización alargó el campo regulatorio del derecho internacional a dominios que otrora pertenecían exclusivamente a las relaciones diplomáticas. Ese proceso, que se inició antes de que la globalización se profundizase, ganó vigor delante del imperativo de la búsqueda de solución para los múltiples problemas propuestos por las interacciones económicas, sociales y políticas. Hubo, en prácticamente todos los sectores de la vida internacional, la producción de normas obligatorias, dotadas de precisión, que delegan a un tercero la tarea de solucionar los conflictos a través de la aplicación de reglas jurídicas.¹

Normas cada vez más numerosas son necesarias para regular áreas que van desde las telecomunicaciones a la protección del medio ambiente, de la cooperación judicial a la institución de cortes jurisdiccionales, del aprovechamiento de los recursos marinos a la protección de los derechos humanos, de la lucha contra el terrorismo a la no proliferación de las armas nucleares, del comercio multilateral a los acuerdos económicos regionales. Las reglas de alcance universal conviven con la tendencia de diferenciación con base en el dominio de normas, en la especificidad que poseen y en el grado de desarrollo de los Estados.

La intensa regulación jurídica de las relaciones internacionales contribuyó para elevar, de forma inusitada, la probabilidad de conflictos normativos. Joost Pauwelyn, al examinar los factores responsables por la proliferación de los conflictos entre las normas internacionales en la actualidad, discrimina un total de ocho factores, de los cuales cuatro son inherentes a la formación de las reglas internacionales y cuatro son re-

¹ GOLDSTEIN, Judith *et al.*, “Introduction: legalization and world politics”, en *Legalization in world politics*, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 3. Cf. KAHLER, Miles, “Conclusion: the causes and consequences of legalization”, en GOLDSTEIN, Judith, *op. cit.*, pp. 271-299. Cf. LEJBOWICZ, Agnès, *Philosophie du droit international: l'impossible capture de l'humanité*, París, PUF, 1999, pp. 277-398.

sultantes de las transformaciones del derecho internacional contemporáneo. En el primer grupo² merecen destacarse:

a) *La descentralización de la producción normativa*. No es raro que en la esfera internacional, marcada por la descentralización del poder, los conflictos normativos sean, hasta cierto punto, naturales en función del creciente número de Estados. Los obstáculos para la obtención del consenso estimulan la elaboración de normas vacías, pasibles de múltiples interpretaciones, conforme a la naturaleza de los intereses en juego. La probabilidad de consenso disminuye en la proporción en que un gran número de Estados participa de las negociaciones de nuevos tratados, como sucede en la OMC, circunstancia que favorece el apareamiento de normas conflictivas en el interior del mismo régimen o entre regímenes jurídicos distintos.

b) *El tiempo*. El hecho de que las normas internacionales tienen, fundamentalmente, el mismo valor normativo hace del tiempo una variable de gran relevancia. La variedad y diversidad de los intereses estatales tornan el surgimiento de las normas una consecuencia natural del pasaje del tiempo.

c) *El proceso de formación de las normas internacionales*. Afuera de las particularidades de la vida internacional, la realidad interna de los Estados puede dar origen a los conflictos normativos.

En el plan nacional, las negociaciones para la conclusión de tratados internacionales son acompañadas de discusiones que reúnen diplomáticos, especialistas y representantes de los sectores sociales interesados. Esos debates amplían extraordinariamente el grado de especialización de las cuestiones y desarrollan un estilo específico para abordar los problemas. Organizaciones no gubernamentales, defensoras del libre comercio o de la preservación del medio ambiente, presionan para que sean acogidos los intereses que defienden.

Las presiones se abultan, también, cuando el parlamento aprecia un tratado ya concluido a fin de insertarlo en el ordenamiento jurídico doméstico. La diseminación de los grupos organizados, que privilegian una visión segmentada de la realidad, fomenta los conflictos entre tra-

² PAUWELYN, Joost, *Conflict of norms in public international law*, op. cit., pp. 13-17.

tados. Este fenómeno contagia al derecho internacional basado en la costumbre, que depende de la amplia aceptación de los destinatarios.

d) *La ausencia de una corte con jurisdicción general y obligatoria encargada de celar por la aplicación de las normas internacionales.* La carencia de un órgano centralizado imposibilita, en muchos casos, la gestión adecuada de las relaciones internacionales por intermedio de la solución pacífica de las controversias. La pluralidad de instancias jurisdiccionales crea el riesgo de que los conflictos sean resueltos de forma diversa y aun contradictoria.

Más allá de estos factores, Joost Pauwelyn acrecienta las siguientes causas para los conflictos de normas internacionales:³

1) *El pasaje de las normas de coexistencia hacia las normas de cooperación.* Los enfoques tradicionales vinculados a la soberanía territorial, a las relaciones diplomáticas y a los dominios de guerra y de paz dieron lugar a la cooperación en las áreas del comercio, medio ambiente y derechos humanos. El vertiginoso aumento del número de tratados multilaterales precipitó no solamente los conflictos entre normas de diferentes subsistemas, a ejemplo de lo que ocurre con los acuerdos de la OMC y los tratados ambientales, sino también entre normas de un mismo subsistema, como se verifica en las reglas de la OMC.

2) *La globalización.* La aceleración de la interdependencia, efecto inmediato del proceso de globalización, potencializó la perspectiva de nuevos conflictos entre tratados internacionales, que obedecen a los más variados motivos. Acuerdos de liberalización comercial coliden con normas internacionales instituidas para garantizar objetivos de carácter social.

3) *La jerarquía de valores.* El concepto de *jus cogens*, previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, expresa la convicción de que las normas internacionales no se encuentran en el mismo nivel. El reconocimiento de que ciertas normas son superiores a las demás es causa potencial de conflictos.

4) *La ampliación de la solución jurídica de las controversias.* La generalización de los medios jurídicos de solución de los litigios repercute en los conflictos entre las normas de derecho internacional. Juzgamientos

³ PAUWELYN, Joost, *Conflict of norms in public international law*, op. cit., pp. 17-23.

proferidos en determinadas instancias, como la OMC, tienden a afectar sectores que exceden el comercio propiamente dicho.

Otras razones militan, todavía, en pro de la intensificación de los conflictos entre tratados. El regionalismo comandó la formación, en todos los continentes, de múltiples acuerdos sobre una gama rica y compleja de temas. La cooperación regional posibilita, muchas veces, la adopción de medidas que no serían factibles en escala más amplia. Jenks⁴ apunta las posibles ventajas de los acuerdos regionales: tratar problemas respecto de los cuales es prematuro o poco significativo establecer reglas de alcance mundial; prescribir *standards* más elevados y medidas de mayor alcance, más allá de profundizar el grado de unificación del derecho; fortalecer la uniformidad del derecho en una región y posibilitar la acción concertada teniendo en cuenta la ejecución de un instrumento internacional que imponga ciertas obligaciones. El regionalismo trajo a la evidencia la perspectiva de conflicto entre los tratados regionales y los tratados universales que tratan materias idénticas. No siempre es fácil compatibilizar los acuerdos suscriptos por los componentes de una subregión y los acuerdos regionales con los cuales ellos se relacionan.

En el derecho internacional, la antinomia se caracteriza por la existencia de normas incompatibles, de manera que el intérprete no puede aplicar las dos reglas al mismo tiempo. Las incompatibilidades son de tres tipos:

- 1) entre una norma que ordena un comportamiento y una norma que prohíbe el mismo comportamiento;
- 2) entre una norma que ordena hacer algo y otra que no permite hacerlo;
- 3) entre una norma que prohíbe hacer algo y otra que permite hacerlo.

Las antinomias aparentes son aquellas resolubles por la aplicación de los criterios cronológico, jerárquico y de especialidad. Ya las antinomias insolubles son aquellas que se identifican por la falta de criterios para su resolución o por el conflicto entre los criterios jerárquico y de especialidad, concebidos como criterios fuertes en relación con el criterio

⁴ JENKS, Wilfred, “Conflict of law-making treaties”, en *British Yearbook of International Law*, vol. 30, London, 1953, p. 401.

cronológico. A título ilustrativo, se expone la hipótesis de conflicto entre una norma superior general (norma de *jus cogens*) y una norma inferior especial. En principio, debe prevalecer la norma *jus cogens*, que integra el orden público internacional y es la expresión de los valores esenciales para la convivencia colectiva, pero no se descarta que, en la práctica, la exigencia de adaptar los principios generales de derecho internacional a las nuevas situaciones culmine con la preponderancia de la norma especial.

Una de las más graves dificultades que las antinomias ocasionan está relacionada al carácter del contencioso internacional. Éste es, en palabras del Rousseau, un contencioso de interpretación o de indemnización, jamás, directamente, un contencioso de anulación. Esto quiere decir que habrá siempre un cierto margen de incompatibilidad casi insuperable, en conformidad con los procedimientos técnicos del derecho positivo.

El derecho internacional experimentó en la segunda mitad del siglo XX un intenso proceso de fragmentación, responsable por el surgimiento de múltiples regímenes normativos, muchos de los cuales son incompatibles entre sí. Varios factores concurrieron para potencializar la fuerza irradiadora de este fenómeno, a saber: la proliferación de las reglas internacionales, el aumento de la fragmentación política (yuxtapuesta a la creciente interdependencia global y regional en áreas como la economía, el medio ambiente, la energía, la salud y la expansión de las armas de destrucción masiva), la regionalización del derecho internacional en virtud del aumento de instancias regionales de producción normativa, la emancipación de los individuos en razón de los Estados nacionales y la especialización de la actividad regulatoria internacional.⁵

La fragmentación alcanza, indistintamente, las normas primarias y las normas secundarias del derecho internacional. La probabilidad de conflictos normativos se acentúa con el avance del regionalismo, pues el sistema normativo creado en el plan regional es, muchas veces, más específico que los regímenes globales y más abarcador que los regímenes domésticos. Diversas reglas internacionales pueden, de esta manera, ser aplicadas a la misma situación, hecho que entreabre la perspectiva de

⁵ HAFNER, Gerhard, "Pros and cons: ensuing from fragmentation of international law", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, nro. 4, Ann Arbor, 2004, pp. 849-850.

colisión entre las obligaciones que incumben a los Estados. Esta circunstancia exige argumentos complejos para identificar cuál norma deberá prevalecer, y amenaza provocar más conflictos que aquellos resueltos por la creación de regímenes particulares.

Concomitantemente, la fragmentación alcanza las normas procedimentales en la medida que el foco del derecho internacional se desplaza de la producción de normas substantivas de naturaleza general para el desarrollo de mecanismos destinados a la solución de disputas. La multiplicación de las reglas secundarias da lugar a la posibilidad de soluciones divergentes capaces de corroer la autoridad y la credibilidad de las instituciones y del propio derecho internacional. Hafner menciona que la fragmentación tiene efectos positivos al elevar el grado de obediencia a las normas internacionales. En este sentido, los Estados estarían más inclinados a obedecer las reglas particulares que mejor reflejen las especificidades de determinado sector. Los efectos negativos de la fragmentación, por otro lado, se hacen sentir en la visibilidad de las contradicciones que el proceso regulatorio expresa, sobre todo en la previsión de obligaciones incompatibles.

En incitante reflexión sobre el tema, Günther Teubner y Andrés Fischer-Lescano parten de la hipótesis formulada en 1971 por Niklas Luhmann, para quien el derecho global se fragmentaría a lo largo de las líneas sociales y sectoriales y no a lo largo de las líneas territoriales. El motivo sería la transformación de las expectativas normativas (como las expectativas políticas, morales y religiosas) en expectativas cognitivas, en los campos de la tecnología, de la ciencia y de la economía; esa transformación ocurre en la transición de las sociedades nacionalmente organizadas para la sociedad global. Según Teubner y Fischer-Lescano, la fragmentación del derecho global es más profunda que cualquier perspectiva reduccionista de naturaleza jurídica, política, económica o cultural. Ella es, para los autores citados, el reflejo efímero de la fragmentación multidimensional de la sociedad global de nuestros días.⁶ La

⁶ TEUBNER, Günther y Andreas FISCHER-LESCANO, “Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law”, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, nro. 4, Ann Arbor, 2004, pp. 999-1046. Cf. TEUBNER, Günther, “Global Bukowina: legal pluralism in the world society”, en *Global law without a state*, Aldershot: Dartmouth, 1997, pp. 3-28.

aspiración de unidad normativa estaría, en principio, condenada al fracaso, ya que no existe un metanivel que solucione los conflictos jurídicos en la sociedad global. En opinión de Teubner y Fischer-Lescano, no se puede combatir la fragmentación ora existente, solamente buscar una débil compatibilidad normativa de los diferentes fragmentos. Este hecho depende, sin embargo, de la habilidad de las reglas de conflicto para establecer una red específica que reduzca los efectos de las unidades que coliden.⁷ Sea como fuere, el riesgo de fragmentación obliga al investigador a examinar si existe, efectivamente, la posibilidad de coherencia en el derecho internacional contemporáneo.

EL "DIÁLOGO" DE LAS FUENTES

En el Curso General que se brindó en 1995 en la Academia de La Haya, Erik Jayme enfatizó que la pluralidad de las fuentes, propia del derecho posmoderno, requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico. Ésta es una condición para la eficiencia y la justicia en una época marcada por la tendencia de legislarse sobre las más variadas materias, muchas veces convergentes, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional.⁸

La doctrina más reciente no esconde la intención de buscar la armonía entre las normas, solución que se prefiere a la mera exclusión de una de ellas por los criterios tradicionales para la resolución de las antinomias. Se trata, pues, de la "coherencia derivada o restaurada", necesaria para la eficiencia funcional del sistema plural y complejo de nuestros días. Erik Jayme no abdica de la labor de siglos de los juristas para resolver las antinomias, pero sugiere un segundo método, la coordinación de las fuentes, que debe coexistir con las soluciones tradicionales.⁹

La coherencia se restablece por la coordinación flexible y útil de las fuentes: el descubrimiento de la finalidad de las normas se da por medio de la convivencia y del "diálogo" entre ellas. Jayme bautizó como "diálogo" de las fuentes la aplicación simultánea, coherente y coordinada de

⁷ TEUBNER, Günther y Andreas FISCHER-LESCANO, op. cit., pp. 999-1046.

⁸ JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en *Recueil des Cours*, vol. 251, Leiden, 1995, p. 60, p. 251.

⁹ JAYME, Erik, op. cit., p. 60.

fuentes legislativas convergentes.¹⁰ Esa expresión, más allá de su tono casi poético, apunta hacia un nuevo modo de encarar la coexistencia de las normas. La eliminación de la norma incompatible no es abandonada pero es una vía extrema a ser usada cuando todos los otros recursos fallaren. En artículo pionero, Cláudia Lima Marques,¹¹ de forma magistral, transpuso la concepción de Jayme a la realidad brasileña para analizar la relación entre el Código de Defensa del Consumidor y el Nuevo Código Civil de 2002.

Las ideas seminales del gran maestro de Heidelberg, concebidas en el ámbito del derecho internacional privado, son adecuadas para explicar las interacciones de las reglas que componen un subsistema específico y la totalidad de las normas del derecho internacional público. En los últimos tiempos, tratados en los más distintos dominios se multiplicaron en escala vertiginosa y dieron origen a subsistemas normativos que reclaman coordinación, bajo pena de causarse la fragmentación y la pérdida de unidad del derecho internacional. La pluralidad, la complejidad, la fluidez y el dinamismo se tornaron característicos de las normas internacionales. En este ambiente, el “diálogo” de las fuentes es un instrumento de gran valía porque facilita la comunicación de los subsistemas entre sí y con las reglas generales del derecho internacional.

La utilidad que proporciona reside en captar el modo de relación entre normas pertenecientes a subsistemas diversos según el principio de coherencia, que, en una era de proliferación normativa, busca conferir armonía al proceso de aplicación del derecho internacional. Consiste en un recurso hermenéutico valioso para comprender la complejidad y el alcance de las relaciones normativas surgidas a partir de la expansión reguladora del derecho internacional en la última mitad del siglo XX y comienzo del siglo XXI.

El “diálogo” de las fuentes tiene lugar entre reglas horizontales, que se encuentran en el mismo nivel jerárquico. Difiere, así, de la relación normativa jerárquica, que pasó a dominar el derecho internacional con el reconocimiento del *jus cogens* por la Convención de Viena sobre De-

¹⁰ *Ibid.*, p. 259.

¹¹ LIMA MARQUES, Cláudia, “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do ‘diálogo’ das fontes no combate às cláusulas abusivas”, en *Revista de Direito do Consumidor*, nro. 45, São Paulo, 2003, pp. 71-99.

recho de los Tratados. En este caso no hay, en rigor, un “diálogo”, pero sí un “monólogo”, porque las reglas superiores preponderan necesariamente sobre aquellas que se sitúan en un nivel inferior. Se concluye, por eso, que los tratados de un subsistema particular se sujetan a las normas de *jus cogens* en razón de la superioridad que preside el relacionamiento entre tales reglas.

En efecto, el “diálogo” de las fuentes no es extraño a la tradición del derecho internacional público, hecho que la presunción contra el conflicto, formulada hace más de medio siglo por Wilfred Jenks, tan bien señaló. La presunción contra el conflicto radica en la suposición de que la nueva norma es compatible con el derecho internacional que regía antes de su creación. Se presupone que los Estados, cuando la producción normativa se consuma, llevan en cuenta las reglas en vigor en la esperanza de buscar armonía entre el viejo y el nuevo derechos.

La consecuencia inmediata que surge de ese raciocinio es la necesidad de referencia expresa por parte de la nueva norma del deseo de regular de modo distinto la materia en cuestión. La falta de mención clara en este sentido no autoriza a presumir la intención de los Estados de alejarse de la disciplina jurídica que regía. En estas condiciones, por ser la coherencia la situación de normalidad, compete a la parte que alega el conflicto la carga de probarlo. El intérprete debe preferir la interpretación capaz de armonizar el significado de dos normas si estuviere delante de otras alternativas que tornen inevitable la colisión normativa.

Esa presunción comprende, al mismo tiempo, las cláusulas pertenecientes a un compromiso dado y la relación entre distintos tratados. Parece legítimo presumir que, en principio, las disposiciones de un tratado, elaboradas a menudo al final de exhaustivas negociaciones, sean armónicas entre sí y no contraríen los tratados previamente celebrados. Obligaciones contradictorias dificultan la inteligibilidad de lo que fue acordado y amenazan, casi de forma irremediable, el cumplimiento integral de las finalidades originariamente perseguidas.¹²

Se presume que los gobiernos no pretenden involucrarse en enlaces incompatibles con los tratados existentes, salvo si, de alguna forma, dejen evidente esa intención. Escapa a la razonabilidad creer que los

¹² JENKS, Wilfred, op. cit., pp. 401-453.

Estados, voluntariamente, empeñen demasiados esfuerzos para producir reglas incompatibles que, en la práctica, echen por tierra todo lo que los entendimientos diplomáticos consiguieron proyectar. No se imagina, por igual, que los Estados, al comprometerse en múltiples vínculos convencionales, vengan a establecer obligaciones que se entrechoquen y que puedan desgastar la unidad final de la política exterior. La presunción que evita el conflicto sería una aplicación detallada de los principios fundamentales de la interpretación de los tratados, como el principio de la razonabilidad, el principio de la buena fe y la presunción de compatibilidad en el derecho internacional.¹³ Al contrario de la posición defendida por Jenks, no vinculo la presunción contra el conflicto a la definición restrictiva de antinomia. Es plausible enfatizar el relevo de la presunción contra el conflicto y defender un concepto amplio de antinomia, más apto para abarcar las distintas hipótesis de colisión normativa.

La jurisprudencia de la CIJ acogió, de forma amplia, la presunción contra el conflicto en la interpretación del derecho internacional. En el caso Derecho de Paso, la CIJ estimó que: “It is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it”.¹⁴ La Corte reiteró ese entendimiento en el caso Ciertos Gastos en relación con los actos provenientes de las organizaciones internacionales. “When the organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfillment of one of the stated purpose of the United Nations the presumption such action is not *ultra vires* the Organization”.¹⁵

En el plan de la OMC en el panel del caso Indonesia-Autos¹⁶ y el Órgano de Apelación en los casos Canadá-Periodicals, EC-Bananas III y Guatemala-Cement I¹⁷ hicieron uso de la presunción contra el conflicto para subrayar la coherencia interna de los acuerdos que integran el sistema multilateral de comercio. En el caso Argentina-Textiles and Apparel,

¹³ JENKS, Wilfred, op. cit., pp. 401-453.

¹⁴ Caso Derecho de Paso, p. 142.

¹⁵ Caso Ciertos Gastos, p. 168.

¹⁶ Panel Report, Indonesia-Autos, par. 14.29-14.36, 14.97-14.99.

¹⁷ Appellate Body Report, Guatemala-Cement I, par. 65.

el Órgano de Apelación afirmó existir conflicto entre los tratados de la OMC y las obligaciones que la Argentina asumió frente al FMI.

Pese a la manifiesta utilidad, la presunción contra el conflicto no se aplica indistintamente en todas las circunstancias. Ella sufre limitaciones que le restringen la amplitud, pero que no le disminuyen el valor hermenéutico para la interpretación de las normas internacionales. La presunción contra el conflicto, al postular la continuidad, no puede dificultar el cambio por medio de la interpretación restrictiva de las obligaciones violadas. Se trata de buscar equilibrio entre la estabilidad y la evolución, dos exigencias que acompañan inexorablemente el desarrollo de cualquier sistema normativo.

Más allá de eso, la presunción contra el conflicto no es absoluta, pues no se aplica a toda y cualquier situación. No prevalece, recuerda Jenks, contra el lenguaje claro o la clarividencia de la intención de las partes. No será, tampoco, suficiente para reconciliar dispositivos claramente irreconciliables. Si dos normas colidieren no es posible, por la interpretación de cualquiera de los dispositivos, superar el conflicto que se anunciaba. El intérprete, muchas veces, fracasa en la consecución de ese intento. La presencia de normas irreconciliables reclama la existencia de un criterio que sirva, efectivamente, de orientación al juzgador. El criterio puede encontrarse en la cláusula de conflicto inserta en un tratado o en una regla de derecho internacional general, como el art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Es fácil percibir que la presunción contra el conflicto es ineficaz para resolver las situaciones en las cuales no hay una verdadera incompatibilidad y la interpretación es hábil para conciliar las normas antagónicas. No elimina, no obstante, los conflictos reales que postulan criterios distintos para su resolución.

Esa deseabilidad intrínseca se confronta con la pluralidad de demandas formuladas por grupos sociales domésticos que acaban por resultar en la conclusión de tratados con cláusulas contradictorias, cuya conciliación es imposible.

El “diálogo” de las fuentes, que la presunción contra el conflicto favorece, presupone comprender el derecho internacional como un sistema, dotado de un repertorio y de una estructura. El repertorio es compuesto

por las normas internacionales: tratados, costumbres y principios generales de derecho; más allá de las definiciones y del orden en que los elementos aparecen en una norma, ya la estructura es un conjunto de reglas que determinan la relación entre los elementos del repertorio. Tales reglas tienen origen empírico, lógico y valorativo, pues se basan, respectivamente, en la soberanía, vertiente del orden internacional de Westfalia, en el postulado lógico de no contradicción y en el valor de la jerarquía, que recomienda la obediencia a las normas superiores. La presunción contra el conflicto es una regla estructural, ya que deriva del principio de no contradicción, presupuesto para la coherencia de las normas internacionales.

El “diálogo” de las fuentes es condición necesaria para el orden y la justicia del derecho internacional al enfatizar la coherencia de las normas que lo integran. Es sabido que la paz, la estabilidad y la previsión de los comportamientos están asociadas al valor del orden en la vida social; tales objetivos no se realizan si normas contradictorias suministraren a los hombres orientaciones opuestas, dejándolos en situación de permanente incertidumbre. La justicia, por otro lado, en el pensamiento filosófico occidental, mantiene estrecha relación con la igualdad: todos están de acuerdo que ser justo es tratar de la misma forma los seres que poseen la misma característica, razón por la cual es posible agrupar los detentores de esta característica en una única clase o categoría. La justicia consistirá, pues, en la atribución de igual tratamiento a los sujetos que pertenecieren a esta clase o categoría. Esa es una acepción formal o abstracta de justicia porque se contenta en prohibir las distinciones sin decir, por ejemplo, cuándo dos seres hacen parte de la misma clase ni cómo es preciso tratarlos. La incoherencia entre las normas jurídicas es fuente de injusticia al dispensar consideración desigual a aquellos que pertenecen a la misma clase o categoría. El “diálogo” de las fuentes restablece la coherencia, requisito de la justicia formal, no al eliminar la norma incompatible, como ocurre con los criterios tradicionales para la solución de las antinomias, pero en la importancia dada a la compatibilidad entre los elementos que componen el sistema normativo.

El “diálogo” de las fuentes es útil, también, para la realización de la justicia concreta, entendida como la estipulación del valor que organiza las relaciones sociales y define lo que es legítimo en determinado mo-

mento histórico. Este hecho se verifica, especialmente, cuando una de las normas que dialoga presenta contenido variable, vago o indeterminado, siendo necesario, por eso, recurrir a las valoraciones internacionales predominantes para garantizar su aplicación. Expresiones como moralidad pública, protección a la vida o a la salud humana, vegetal o animal y recursos naturales, entre otras, reclaman apelar a valores, experiencias y conceptos que trascienden el ordenamiento jurídico propiamente dicho y lo ponen en contacto directo con el sistema social en el cual él se inserta. La elucidación del significado de tales normas obliga al intérprete a analizar el sentido de las normas posteriormente creadas y de los valores que se cristalizaron en la vida internacional para saber lo que debe ser aceptado o rehusado. Se amplía, en consecuencia, la legitimidad del derecho internacional en la medida en que al proceso de interpretación se incorporan expectativas, conocimientos y valores surgidos después de la aparición de la norma. No es difícil percibir en este procedimiento la naturaleza abierta, flexible y dinámica del derecho internacional manifiesta en la capacidad de adaptación a los cambios posteriormente ocurridos. La justicia concreta se realiza, en este caso, por la acción directa del intérprete y no como fruto del proceso creador de nuevas normas jurídicas. Sin ninguna pretensión de agotar el asunto, distingo, en el derecho internacional, tres “diálogos”, pero reconozco que, conforme el ángulo adoptado, otros “diálogos” podrán ocurrir.

EL “DIÁLOGO” SISTEMÁTICO DE LA COHERENCIA

Este “diálogo” surge cuando un tratado, por revestir carácter general, suministra los conceptos básicos para la aplicación de un tratado específico constitutivo de un subsistema de normas que no es materialmente completo, por ejemplo la aplicación de reglas sobre validez, retroactividad, interpretación y conflictos entre tratados. Es irrecusable, bajo este aspecto, el rol que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados cumple en la solución de los litigios que involucran la violación de los compromisos firmados en el ámbito de la OMC. La vitalidad del “diálogo” sistemático de coherencia deriva de los propios instrumentos constitutivos del sistema multilateral de comercio cuando éstos invocan otras normas internacionales, en una confesión explícita de lo incompleto que son.

EL “DIÁLOGO” DE LAS FUENTES: FRAGMENTACIÓN Y COHERENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR

El preámbulo del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias estimuló la adopción de providencias por los gobiernos con base en normas, directrices y recomendaciones elaboradas por las organizaciones internacionales competentes, tales como la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales que operan en el contexto de la Convención Internacional sobre Protección Vegetal. “Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994” (art. 3.2). Los miembros pueden introducir o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que tengan un nivel más elevado de protección sanitaria o fitosanitaria de lo que se alcanzaría con medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales competentes, si hubiere una justificación científica, o como consecuencia de padrones más rigurosos de los que las autoridades domésticas vengan a instituir (art. 3.3). El art. 2º del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio, a su vez, dispone: “1. En lo que respecta a las Partes II, III y IV del presente Acuerdo, los Miembros cumplirán los arts. 1º a 12 y el art. 19 del Convenio de París (1967).

”2. Ninguna disposición de las Partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados”.

EL “DIÁLOGO” DE COORDINACIÓN Y ADAPTACIÓN

El referido “diálogo” deviene de la necesidad de coordinar tratados aislados y subsistemas normativos de modo de constituirse un todo dotado de sentido.

Si la eclosión de conflictos entre tratados no puede ser totalmente suprimida, algunas providencias tienen la virtud de disminuir su incidencia. La realización de consultas mutuas auxilia a descubrir posibles

contradicciones entre instrumentos internacionales que versan sobre materias análogas.¹⁸ Ese expediente no es, por cierto, un atributo exclusivo de diplomáticos y funcionarios gubernamentales que negocian en nombre y de acuerdo al interés de Estados determinados. Las organizaciones internacionales lo usan con una frecuencia cada vez mayor en las últimas décadas. En el pasado, la OIT lo utilizó en la preparación de convenciones sobre temas pertenecientes al área de actuación de la FAO, la Unesco y la OMS.

La colaboración interorganizacional estimulada por múltiples acuerdos de cooperación favorece la circulación de informaciones, eleva el grado de transparencia y facilita el conocimiento de las actividades de otras instituciones. Consecuentemente, es mucho más fácil saber qué instrumentos se encuentran en vigencia en la esfera en que actúan a fin de atenuar el riesgo de conflictos futuros. Es sabido que la cooperación interorganizacional trae beneficios para la gobernabilidad internacional al incentivar la armonía decisoria, factor esencial para aliviar el efecto de las disonancias cognitivas en el campo de las relaciones internacionales.

La OMC celebró a ese respecto acuerdos de cooperación con el FMI, el Banco Mundial y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La amplia divulgación de informaciones sobre el tenor de los acuerdos que los Estados firmaron puede prevenir conflictos que fatalmente ocurrirían con la intensa producción de normas internacionales. Medida importante en esta dirección consta en el art. 102 de la Carta de la ONU, que impone el registro y la publicación por el Secretariado de los tratados y acuerdos internacionales de que sean partes los miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Salmón comenta que las declaraciones de compatibilidad desean tornar compatible el nuevo tratado con los acuerdos anteriores o futuros que cuiden de la misma materia. Es hasta cierto punto común la inserción en el texto convencional de criterios jerárquicos indicativos del orden de prioridad entre los tratados. Las cláusulas así redactadas priman por declarar que los tratados no son incompatibles, de modo que la interpretación de uno de los instrumentos no afectará los derechos y obliga-

¹⁸ PAUWELYN, Joost, *Conflict of norms in public international law*, op. cit., pp. 237-240.

ciones que el otro establezca. Si uno de los compromisos contiene semejante declaración que le da, en la hipótesis, una condición de inferioridad, el art. 30, párr. 2º, de la Convención de Viena, exige que él sea interpretado con el propósito de buscarse la compatibilidad con el tratado superior. Si ese esfuerzo interpretativo fracasara, la preponderancia del tratado superior es la solución que naturalmente se impone en conformidad con el art. 30, párr. 2º. Elaborado para contornar eventuales antagonismos normativos, el art. 21 del Pacto de la Sociedad de las Naciones indicó: “Nada en este pacto debe considerarse que afecte la validez de los compromisos internacionales destinados a asegurar el mantenimiento de la paz, tales como los tratados de arbitraje o las inteligencias regionales como la doctrina de Monroe”.

La Carta de la ONU afirmó, más de una vez, que los artículos en ella no afectan otros acuerdos existentes. El art. 51 dejó claro: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

En la esfera de las declaraciones de compatibilidad entre los tratados se halla, muchas veces, el problema de la preservación de los derechos de terceros. El art. 22 de la Convención sobre Diversidad Biológica dice que “1. Las disposiciones de este Convenio no afectarán los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro”.

En el mismo sentido, el art. 311, § 3º de la Convención Montego Bay sobre el Derecho del Mar, afirma: “Dos o más Estados Partes podrán celebrar acuerdos, aplicables únicamente en sus relaciones mutuas, por los que se modifiquen disposiciones de esta Convención o se suspenda

su aplicación, siempre que tales acuerdos no se refieran a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva de su objeto y de su fin, y siempre que tales acuerdos no afecten la aplicación de los principios básicos enunciados en la Convención y que las disposiciones de tales acuerdos no afecten el disfrute de los derechos ni el cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados Partes correspondan en virtud de la Convención”.

El art. XXIV del GATT previó, como excepción al art. I relativo a la cláusula de la nación más favorecida, la formación de áreas de libre comercio y uniones aduaneras.

Los acuerdos concluidos deberían ser notificados al GATT, a quien incumbía examinar la compatibilidad con el art. XXIV y sugerir los ajustes que se hiciesen necesarios. Aquí lo que se busca es compatibilizar el derecho definido en el plan mundial y las reglas establecidas por los subconjuntos y atribuir a la OMC la supervisión de esa compatibilidad.¹⁹ Hay, en esa perspectiva, una coherencia lógica en la medida que el derecho mundial es concebido como superior, y una coherencia económica, pues el regionalismo abierto aparece como etapa intermediaria del proceso de globalización.

En el plan de las normas secundarias es posible reconocer la existencia de coordinación entre los medios de solución de disputas previstos por los tratados multilaterales ambientales y las reglas sobre solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio. Así, por ejemplo, las decisiones tomadas en el ámbito de los procedimientos de control de no ejecución de las obligaciones de los tratados ambientales, desde que sean vinculantes para los miembros de la OMC, serán llevadas en cuenta por los paneles y por el Órgano de Apelación de acuerdo con el art. 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Consideraciones acerca del cumplimiento de los tratados ambientales, bien como las conclusiones obtenidas por los órganos creados para ese fin, serán útiles para el juzgamiento de casos en la OMC. La ausencia de consulta previa en el contexto de un acuerdo ambiental no sólo comprueba la mala fe del Estado que acciona de forma unilateral,

¹⁹ FABRI, Hélène Ruiz, “La contribution de l’Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l’espace juridique mondial”, op. cit., pp. 363-364.

sino también viola el principio del debido proceso, en contradicción con el *caput* del art. XX del GATT.

Conviene acordarse de que el art. 13 del ESC habilita a los paneles a solicitar a las partes o a alguna otra instancia informaciones relevantes, como las evidencias recogidas por los órganos que se ocupan de la solución de controversias en jurisdicciones distintas. El examen a ser proferido debe ponderar sobre los hechos producidos para que se tenga la noción exacta del comportamiento de las partes en razón de las restricciones comerciales decretadas en virtud de la violación de las obligaciones contenidas en los tratados ambientales. El respeto al procedimiento que comprueba la no ejecución de las obligaciones de los tratados ambientales es un símbolo indicativo de la práctica estatal, útil para estimar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. La eventual imposición de restricciones comerciales, en los términos del tratado ambiental, sería un importante argumento para legitimar la aplicación del art. XX del GATT.

La participación de un miembro de la OMC en el mecanismo que verifica el cumplimiento de los tratados ambientales asigna la buena fe para negociar una solución que puede evitar la disputa y la consecuente imposición de sanciones por el órgano institucional creado para tal finalidad. Los paneles de la OMC pueden, igualmente, requerir informaciones al Secretariado sobre un acuerdo ambiental o usar los análisis y los datos recogidos durante el control de la no ejecución de las obligaciones. Nada impide que los paneles se refieran a las afirmaciones de testigos o a otros elementos producidos gracias a la actuación de los procedimientos contemplados por los tratados ambientales y sujetos a la obligación de confidencialidad. El art. 13.2 y el Anexo 4 del ESC disponen que los paneles pueden valerse de las opiniones y consejos de grupos de especialistas sobre las materias de hecho, científicas o técnicas abordadas en cualquier disputa propuesta ante la OMC. Este artículo es un importante instrumento a ser empleado por los paneles para la obtención de informaciones recogidas por los órganos de los tratados ambientales.

No obstante el pronunciamiento de otras instancias jurisdiccionales sobre el caso, se derrumba cualquier posibilidad de alegarse cosa juzgada por ocasión de una controversia suscitada en la OMC, porque, a pesar

de la identidad de las partes y de la conexión de las materias discutidas, las obligaciones, el procedimiento y las sanciones aplicables son diferentes, hecho que inutiliza el intento de argüir cosa juzgada por el simple motivo de que los mecanismos de solución de controversias son disciplinados por diversos tratados.

En virtud de lo dispuesto en el art. 23 del ESC, es poco probable que los paneles de la OMC rechacen la jurisdicción que les fue concedida o acojan las decisiones proferidas por otros tribunales. Tales decisiones confirman la existencia de reglas relevantes de derecho internacional público aplicables entre las partes que deberían ser consideradas en el momento de la interpretación de los dispositivos de los tratados de la OMC. Es legítimo buscar los órganos jurisdiccionales de la OMC antes o después de que una instancia específica haya abordado los aspectos ambientales de la cuestión.

EL "DIÁLOGO" SISTEMÁTICO DE LA COMPLEMENTARIEDAD

Lo que se verifica, en este caso, es la aplicación complementaria de las normas y de los principios que las informan, siempre que esto tenga cabida. Se observa, con frecuencia, en los tratados de derechos humanos, el uso de cláusulas, insertas en instrumentos más antiguos, para la interpretación de dispositivos semejantes de acuerdos posteriormente celebrados. El primer dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que salió en 1982, enfatizó la interacción entre los instrumentos universales y regionales que dan vigor en este dominio. El décimo dictamen de la Corte, emitido en 1989, retoma el asunto al mencionar que las reglas sobre derechos humanos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) deben ser integradas a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Ese procedimiento acentúa la uniformidad interpretativa y la precisión de las obligaciones convencionales, efectos que destacan la preocupación con la unidad final de las normas existentes. El principio de la interpretación teleológica repudia, igualmente, que se circunscriba el alcance del dispositivo, constante en un tratado en vigor, a los términos de las cláusulas de limitación de derechos que figuren en otra convención sobre derechos humanos firmada por el mismo Estado. La complementariedad, así per-

cibida, desea ofrecer a los seres humanos protegidos la más amplia tutela de sus intereses y se fundamenta en la interpretación restrictiva de las cláusulas que limiten los derechos ya instituidos.

La unidad entre los tratados de derechos humanos es perceptible, igualmente, en la aplicación del criterio de la norma más favorable a las víctimas de alguna violación eventualmente perpetrada. La polémica entre monistas y dualistas sobre la primacía del derecho internacional o del derecho interno no parece, en este plan, tener relevancia, ya que prevalece la norma más favorable a las víctimas, a pesar de su origen. Surge así una nueva permeabilidad normativa para diluir la separación absoluta entre el derecho internacional y el derecho doméstico, motivo de previsión expresa en varios tratados recientes. El art. 5º (2) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos impide la restricción o la derogación de los derechos humanos reconocidos o vigentes en cualquier Estado Parte, en razón de otras convenciones, leyes, reglamentos o costumbres, “so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. La Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados (art. 5º) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (art. 5º) determinan que sus disposiciones no perjudicarán los derechos y las ventajas conferidos a los refugiados y a los apátridas por otras normas.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño declaran, en el mismo sentido, respectivamente, en los arts. 23 y 41, que las estipulaciones en ellas contenidas no restringirán las disposiciones tendientes a favorecer la igualdad entre hombres y mujeres y la realización de los derechos del niño consagrados en las leyes de un Estado Parte o en cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en este Estado. El mismo espíritu orientó, a nivel regional, la elaboración de los arts. 17 (1) de la Convención Europea para Prevención de la Tortura y Tratamiento o Punición Deshumano o Degradante y del art. 60 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del art. 4º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador. Al atenuar la perspectiva de

conflicto, el criterio de aplicación de la norma más favorable coordina los tratados que se inspiran en los mismos propósitos. Referida coordinación tiene lugar, tanto a nivel vertical, entre tratados y leyes domésticas, cuanto a nivel horizontal, entre dos o más tratados. El objetivo principal es, en todos los casos, verificar cuál es la norma que dispensa mayor protección a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

El “diálogo” sistemático de complementariedad exhibe enorme relevancia cuando se trata de relacionar las normas sobre el comercio internacional, la preservación del medio ambiente y la preservación de los derechos humanos. El art. XX del GATT de 1994 favorece el “diálogo” con los demás subsistemas del derecho internacional, es decir, con los tratados multilaterales ambientales y con las convenciones que protegen los derechos humanos.

Muchos tratados ambientales afectan, directa o indirectamente, la actividad económica, pero pocos osaron estatuir sanciones comerciales para punir los comportamientos no deseados. Despuntan, entre esas convenciones, el Protocolo de Montreal sobre las Substancias que Agotan la Capa de Ozono (Protocolo de Montreal), la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES) y la Convención de Basilea sobre el Control del Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos (Convención de Basilea). Tales pactos procuraron asegurar la fiel ejecución de las obligaciones, por intermedio de la punición a los Estados que no cumplen las decisiones tomadas por los medios de solución de controversias. El Protocolo de Montreal trajo una lista indicadora de medidas que la Reunión de las Partes podrá adoptar para contestar las violaciones perpetradas. A esta altura, se impone el problema de saber si tales sanciones no coliden con las normas de la OMC, interesadas en salvaguardar el más amplio acceso al mercado interno del miembro importador.

Gabrielle Marceau procura conciliar la interpretación del art. XX con los instrumentos multilaterales sobre la protección del medio ambiente. Ante la falta de iniciativas diplomáticas para compatibilizar comercio y medio ambiente, la jurisprudencia de la OMC, en cierto sentido, está apta para cumplir esta función, al efectuar el juzgamiento de los casos concretos. Las medidas de cuño comercial impuestas o autorizadas por los tratados multilaterales ambientales son compatibles con la OMC, en

virtud de la naturaleza permisiva del art. XX.²⁰ La invocación, por un miembro, de un compromiso ambiental sugiere la necesidad de interpretarse el art. XX para alejar el conflicto y garantizar la efectividad del acuerdo en cuestión. El art. XX faculta la adopción de medidas unilaterales para proteger el medio ambiente, aunque en ausencia de convenciones específicas en este sector. No sería lógico si un miembro de la OMC, que es también parte de una convención multilateral sobre medio ambiente, al planear y ejecutar la política gubernamental, se encuentre en una posición más desventajosa que la que resultaría si ningún acuerdo ambiental existiese.

Gabrielle Marceau examina seis situaciones que, potencialmente, darían lugar a un conflicto entre las normas de la OMC y los tratados multilaterales ambientales.²¹ Las tres primeras forman el grupo que abarca los acuerdos ambientales celebrados por todas las partes de la disputa y comprenden los casos en que:

- 1) la medida es exigida por un acuerdo multilateral ambiental;
- 2) la medida no es exigida, pero está expresamente autorizada, y
- 3) la medida es adoptada para promover los objetivos del acuerdo multilateral ambiental.

Las tres últimas forman el grupo que abarca los acuerdos ambientales que no cuentan con la adhesión de todas las partes que litigan. Esas situaciones engloban:

- 4) la medida exigida por un acuerdo multilateral ambiental;
- 5) la medida no exigida, pero explícitamente autorizada;
- 6) la medida adoptada para promover los objetivos de un acuerdo multilateral ambiental.

La probabilidad de ocurrencia de daño ambiental estimula la reflexión alrededor de los medios hábiles para combatirlo. En este contexto, las restricciones comerciales están entre las opciones que los Estados cogitan siempre que deciden negociar una nueva convención. Si un tratado mul-

²⁰ MARCEAU, Gabrielle, “Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions”, op. cit., p. 1096. Cf. también MARCEAU, Gabrielle, “A call for coherence in international law: praises for the prohibition against ‘clinical isolation’”, en WTO dispute settlement *Journal of World Trade*, vol. 33, nro. 5, Geneva, 1999, pp. 106-152.

²¹ MARCEAU, Gabrielle, “Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions”, op. cit., pp. 1096-1100.

tilateral ambiental requiere, en determinadas circunstancias, la imposición de sanciones comerciales, es necesario averiguar, inicialmente, si las partes también son miembros de la OMC. En caso positivo, se presume que la medida comercial exigida por el tratado sobre medio ambiente satisface, plenamente, los requisitos del art. XX. El acuerdo multilateral ambiental puede, todavía, ser relevante cuando, al contrario de ser exigida, la medida sea simplemente autorizada. Sería posible concluir que el art. XX autorizó las restricciones al comercio especificadas por el acuerdo multilateral ambiental. Marceau reconoce que la dificultad se agrava si la medida no es exigida o autorizada, pero busca, simplemente, promover los objetivos del acuerdo multilateral ambiental. No obstante eso, el acuerdo multilateral ambiental podrá ser una regla relevante del derecho internacional a ser considerada en la interpretación del art. XX reivindicada por un miembro de la OMC.

En las situaciones 4), 5) y 6) enunciadas arriba, en que los Estados litigantes no son partes de ambos tratados, el acuerdo multilateral ambiental no es una regla relevante en la relación entre las partes. La participación en tales acuerdos puede, sin embargo, evidenciar que los intereses protegidos por la medida son vitales para un miembro de la OMC. En este caso, la existencia de un acuerdo multilateral ambiental sirve como parte del análisis de las verdaderas circunstancias de una disputa y de las razones que llevaron a un miembro a adoptar la medida en cuestión. La referencia a un acuerdo multilateral ambiental sería uno de los factores en la consideración de que la aplicación de la medida no es injustificable o que ella no se caracteriza por ser una restricción disfrazada al comercio internacional para los propósitos del *caput* del art. XX.²² Por último, es necesario acordarse que las convenciones multilaterales ambientales son directamente aplicables en la OMC si no aumentaren los derechos y obligaciones de los miembros.

En el caso Gabcikovo-Nagymaros, que concierne a los riesgos ecológicos derivados de la construcción de represas en el río Danubio, previstas por el tratado bilateral firmado por Hungría y Checoslovaquia, en 1977, la CIJ estimó que, cuando el tratado incluye obligaciones continuas, el in-

²² MARCEAU, Gabrielle, "Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions", op. cit., p. 1098.

térprete debe atender para las normas surgidas posteriormente. De modo similar, el Órgano de Apelación, en el caso *US-Shrimp*,²³ interpretó de forma evolutiva el sentido de la expresión “recursos naturales agotables”, que se encuentra en el art. XX (g) del GATT de 1994.

El informe hizo referencia a la Convención sobre la Diversidad Biológica, al Acuerdo CITES y a la Convención sobre el Derecho del Mar. Lo dispuesto en el preámbulo del Tratado Constitutivo de la OMC de que el uso de los recursos mundiales respetará el principio del desarrollo sostenible desempeñó un rol significativo para formar la convicción de los juzgadores de que el art. XX (g) del GATT de 1994 no protege únicamente a los recursos naturales no agotables.

El GATT se mantuvo aislado de las instituciones internacionales de posguerra. No obstante ese aislamiento institucional, el art. XX representó una vía de comunicación con los demás subsistemas del Derecho Internacional, que no fue debidamente utilizada.

El final de la Ronda Uruguay fue testigo de la celebración de tratados que, implícitamente, se ocuparon de los derechos humanos, a ejemplo de lo que pasa con el Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados al Comercio. El referido acuerdo es emblemático, entre otras razones, porque repercute en la efectividad de los derechos humanos, especialmente del derecho a la salud. Los países en desarrollo resistieron a la celebración de un tratado en esta materia, hasta el momento en que las naciones desarrolladas concordaron en negociar compromisos que importaban la reducción de las barreras a las exportaciones provenientes de tales países. El TRIPs creó reglas básicas de protección a la propiedad intelectual garantizadas por el sistema de solución de controversias de la OMC.

Se acentúa, entre los cambios que el TRIPs introdujo, el compromiso asumido por los miembros de conceder patentes a los productos y procesos que representen una innovación y sean susceptibles de aplicación industrial. Hasta fines de la década del 80, cerca de 40% de los países en desarrollo, incluyendo los más populosos, no poseían sistemas de patente para los medicamentos, en general.

²³ Appellate Body Report, *US-Shrimp*, par. 129-130.

Este hecho causó, en el campo de la industria farmacéutica, la súbita elevación del precio de los medicamentos, con consecuencias ruinosas para la población de las naciones en desarrollo. La dificultad de acceso a los medicamentos comprometió, gravemente, el derecho a la salud, pues impidió el tratamiento adecuado de innumerables molestias en varias partes del mundo. El problema asume proporciones alarmantes cuando se considera que más del 90% de los portadores del virus del sida no disponen de los recursos suficientes para la adquisición de los medicamentos antirretrovirales que necesitan.²⁴ Es importante destacar que en los países en desarrollo, más allá de la expansión vertiginosa del virus del sida, diversos tipos de enfermedades infecciosas acometen a la población más pobre, como por ejemplo: la tuberculosis, la malaria, las infecciones respiratorias, la diarrea y el mal de Chagas.²⁵ A esta enumeración se junta la diabetes, el asma, las enfermedades cardíacas y mentales, cuya peligrosidad se amplía por el acceso restringido a los medicamentos que las combaten.²⁶

Esa situación podría ser minorada si se empleasen adecuadamente las excepciones contenidas en el Acuerdo TRIPs para conformar políticas públicas que aseguren la eficacia del derecho a la salud. El art. 7º preconiza que el régimen de los derechos de propiedad intelectual debe contribuir para promover la innovación, la transferencia y la diseminación de la tecnología capaces de conducir al bienestar económico y social. Ya el art. 8º indica que los Estados pueden adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición, así como para promover el interés público en sectores vitales para el desarrollo social, económico y tecnológico.

Siguiendo la línea de estos dispositivos, el art. 27.2 autoriza a los miembros a restringir la concesión de patentes si las invenciones causaren un riesgo a la vida humana o a la salud. La lectura conjunta de los arts. 7º y 30 lleva a la conclusión de que cabe a los Estados compatibilizar

²⁴ BAKER, Brook K., "Arthritic flexibilities for accessing medicines: analysis of WTO action regarding paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS agreement and public health", en *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 14, Indianapolis, 2004, p. 613.

²⁵ *Ibid.*, p. 614.

²⁶ *Ibid.*, p. 614.

la protección de los derechos del detentor de la patente y la necesidad de considerar el interés legítimo de terceros.²⁷ Manifestación elocuente de la flexibilidad que el Acuerdo TRIPS proporciona para la ejecución de políticas públicas en el área de la salud, la licencia obligatoria es un medio poderoso para ampliar la oferta de medicamentos a precios reducidos.

Se trata de la autorización dada a un tercero para fabricar, usar o vender una invención patentada sin el consentimiento del titular de la patente, en circunstancias claramente establecidas, ante una remuneración previamente fijada.²⁸ Ella no será exclusiva y tendrá la finalidad precipua de abastecer el mercado doméstico en situaciones excepcionales. La licencia obligatoria será concedida, en los términos del art. 31, si ocurriese abuso del poder de monopolio otorgado por la patente, o cuando lo exija el interés público. En este caso, la tarea de la legislación interna es definir lo que es interés público y las situaciones de emergencia nacional que reclaman la emisión de la licencia obligatoria.²⁹

Gracias a la iniciativa pionera de Brasil, la Declaración de Doha de 2001, al mantener esa flexibilidad, así se expresó³⁰: “We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) in a Manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines and, in this connection, are adopting a separate declaration”.

De modo análogo, se observó que los miembros de la OMC pueden definir lo que constituye la emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia. La falta de capacitación tecnológica de la industria local crea obstáculos muchas veces insuperables para que la licencia obli-

²⁷ CULLET, Philippe, *Patents and health in developing countries in law and development: facing complexity in the 21st century*, London, Cavendish, 2003, p. 83.

²⁸ SCHERER, F. M. y Jayashree WATAL, “Post-TRIPS options for access to patented medicines in developing nations”, en *Journal of International Economic Law*, vol. 5, nro. 4, Washington, December 2002, pp. 913-919.

²⁹ CORREA, Carlos M., *Integrating public health concerns into patent legislation in developing countries*, Geneva, South Centre, 2000, [en línea] <http://www.southcentre.org/publications/publichealth/publichealth-12.htm#P1449_146569> [Consulta: 8 de agosto de 2006].

³⁰ Declaration on the TRIPS agreement and public health, adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, par. 17.

gatoria sirva a la finalidad que la determinó. Para tanto, el Consejo General de la OMC, en decisión del 30 de agosto de 2003, permitió a los miembros de la OMC la importación de medicamentos producidos bajo licencia compulsoria si la industria doméstica no dispone de condiciones para abastecer las necesidades del mercado interno. Con miedo de abusos, la Decisión del Consejo General fijó las exigencias a ser cumplidas por los países que pleiteen esa autorización.

La Declaración de Doha se convirtió en un instrumento privilegiado para interpretar el Acuerdo TRIPs, fundamentalmente las ambigüedades que cercan la aplicación de los arts. 30 y 31. La meta es, por lo tanto, conceder a los Estados la libertad necesaria para la adopción de iniciativas que favorezcan el acceso a los medicamentos a las extensas camadas de la población pobre. Con esto, se evitaría el conflicto entre el Acuerdo TRIPs y el art. 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Una vía interesante para armonizar comercio y derechos humanos es efectuar la interpretación de los arts. XX y XXI del GATT a la luz de lo dispuesto en el art. 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que alude a cualquier regla relevante de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes. Las normas de derechos humanos que vinculan a todos los miembros de la OMC o que reflejan su intención constituyen parte valiosa de este material interpretativo. Ya las convenciones sobre derechos humanos que no cuentan con la adhesión de todos los miembros de la OMC son útiles como información de hecho o evidencia en apoyo a la reivindicación de que una medida es necesaria para proteger la moralidad pública.

Por este motivo, el intérprete debe buscar comprender el sentido de la expresión “moralidad pública”, contenida en el art. XX (a) del GATT de 1994 con apoyo en los parámetros brindados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

La lección a extraerse del caso US-Shrimp es que las expresiones de contenido variable e indefinido, como “recursos naturales agotables”, no pueden ser interpretadas teniendo en cuenta, exclusivamente, el sentido que los redactores pretendieron conferir al tratado en el momento de su elaboración.

Tales expresiones reflejan los cambios axiológicos que se procesan a lo largo del tiempo de modo de facilitar la interacción entre el ordenamiento jurídico y la realidad social. Más allá de eso, la línea de equilibrio cambia en función de las características y peculiaridades del caso. Las conclusiones del Órgano de Apelación vienen justo para la interpretación del art. XX (a) al demostrar gran sensibilidad en relación con las demás normas del derecho internacional.

El art. XX (a) exhibe potencialidad inequívoca para lidiar con graves violaciones a los derechos humanos. Restricciones comerciales que, ordinariamente, no son aceptadas por contrariar la letra y el espíritu del GATT, ganan legitimidad en la medida en que atentan contra la moralidad pública.

Janelle Diller y David Levy incluyeron en el mínimo ético recubierto por la moralidad pública a las normas de *jus cogens* que prohíben la esclavitud, la venta o el tráfico de niño y el trabajo realizado bajo tortura.³¹ La expresión *moralidad pública* debe ser interpretada bajo la influencia de las normas que adquirieron el carácter de *jus cogens* y de las reglas internacionales consuetudinarias, que cuentan con la adhesión generalizada de la comunidad internacional.

CONCLUSIÓN

El conflicto de normas tema conocido en el derecho interno desde hace mucho, despierta en la actualidad un creciente interés de los internacionalistas. Ese hecho está asociado a la intensa producción normativa verificada en las últimas décadas, que amplió de forma inusitada el campo regulatorio del derecho internacional. El avance de la globalización, en la segunda mitad del siglo XX, imprimió fuerza y vigor a la regulación jurídica internacional, debido al aumento de la interdependencia de los países y a la necesidad de encontrar solución para las cuestiones de naturaleza común. Temas globales que afectan el género humano, originaron convenciones en áreas distintas, dotadas de indiscutible singularidad por las técnicas que emplean y por los objetivos que persi-

³¹ DILLER, Janelle M. y David A. LEVY, “Child labor, trade and investment: toward the harmonization of international law”, en *The American Journal of International Law*, vol. 91, nro. 4, Washington, October 1997, p. 694.

guen. El volumen de tratados, en expansión vertiginosa, trae a colación la probabilidad de conflicto entre normas incompatibles, cuya coexistencia es motivo de recelo y preocupaciones. La multiplicación de subsistemas con lógicas propias y finalidades aparentemente contradictorias, como son los casos del sistema multilateral de comercio y de los tratados sobre la preservación del medio ambiente y la protección de los derechos humanos, agravó aún más el problema.

Debido al riesgo de fragmentación que la doctrina más reciente anuncia, busqué por intermedio de un nuevo método, denominado "diálogo de las fuentes", traer subsidios para reconstruir la coherencia del derecho internacional contemporáneo. Fundamenta la tesis aquí defendida la concepción de que el derecho internacional constituye un sistema que no se confunde con un conglomerado de reglas, dispuestas aleatoriamente, sin criterios que las organicen en un todo coherente. Ese sistema comprende no solamente normas, sino también reglas estructurales, de variada procedencia, que definen el modo y relación de las normas en el interior de un conjunto más amplio.

En este contexto, la regla lógica de no contradicción permitió al jurista, en el curso de los siglos, desarrollar principios para la resolución de las antinomias. Los criterios cronológico, jerárquico y de especialidad corresponden al esfuerzo empleado para mantener el sistema cohesivo por la eliminación de una de las normas incompatibles. No obstante la utilidad intrínseca de estos criterios, la regulación jurídica de la vida internacional y la perspectiva de fragmentación en ella implícita sugieren una metodología alternativa, con vistas a la identificación de la convergencia entre las normas, de tal modo que los principios tradicionales para solucionar las antinomias sean un recurso extremo a ser usado cuando otras vías fallaren. El "diálogo" de las fuentes concibe el derecho internacional como un sistema en el cual las partes componentes están íntimamente relacionadas. La presunción contra el conflicto, decurrente de la regla de no contradicción, facilita la convergencia normativa en las situaciones en que, muchas veces, el conflicto se muestra inevitable.

La coordinación solidaria y el no antagonismo disfuncional pasan a ser la nota dominante en la relación entre normas aisladas y tratados que pertenecen al mismo subsistema o a subsistemas distintos. Es común, igualmente, que ciertos compromisos, por revestir carácter general, brin-

den los conceptos para la aplicación de un tratado específico constitutivo de un subsistema de normas que no es materialmente completo. El “diálogo” de las fuentes posibilita, así, la aplicación de normas particulares, coordina compromisos que obedecen a la misma directriz y descubre la complementariedad final entre instrumentos que, en principio, se muestran incompatibles. El término “diálogo”, aquí empleado, describe la relación recíproca entre normas diversas en la cual cada una de ellas comunica la solución del caso concreto. El descubrimiento del fin a que sirven es una guía valiosa para identificar la existencia de propósitos comunes que las acercan. Al revés de optar por una única regla gracias a los principios clásicos para la superación de las antinomias, el intérprete aplica, simultáneamente, dos o más normas. El “diálogo” de las fuentes restaura la coherencia del ordenamiento, condición necesaria para el orden y la justicia, al garantizar tanto la previsibilidad de las conductas cuanto el igual tratamiento a aquellos que pertenecen a la misma categoría. El orden y la justicia, dos valores caros al sistema jurídico internacional, dependen de la coherencia interna de las normas que lo integran. Un sistema incoherente es injusto y no proporciona la paz y la estabilidad, que están siempre asociadas al establecimiento del orden. Por último, el “diálogo” de las fuentes asegura la realización de la justicia concreta al permitir la actualización del derecho internacional.