

DERECHOS ESPECIALES/ REGÍMENES AUTÓNOMOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL *

Zlata Drnas de Clément**

Percepción de los derechos especiales/derechos autónomos

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su Informe sobre *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, del 58º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), para. 243, ha expresado:

243. La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el "derecho internacional general" se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados 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 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 instituciones¹.

Entendemos que esas ramas del Derecho Internacional Público (DIP) poseen un conjunto de valores propios que conllevan patrones particulares de construcción e interpretación normativa, de solución de conflictos, aspectos que tornan al sub-sistema coherente y comprensible en sí mismo, unitario, exclusivo, diferenciado del DIP. Además, ciertas dimensiones propias de su campo contribuyen a darle marca privativa, por ejemplo las condiciones y causas de surgimiento, las percepciones políticas de su complementación con otros campos, la priorización de valores e intereses, la doctrina jurídica que se va construyendo en torno a ellas. Tal como Cassese señalara con relación a uno de los derechos especiales, construyen una innovativa y particular “ingeniería legal”².

Es de observar que estas diversificaciones normativas en el ámbito del DIP, suelen designarse “derechos especiales” cuando son percibidos como sectores especializados tributarios de la teoría general del Derecho internacional, es decir, enraizados en el DIP como derecho de base y cuerpo general en el que asienta su teoría, constituyendo una “parcela” con particularidades propias (para una mejor atención del campo específico) pero no enteramente separadas de la disciplina madre (fragmentación positiva-jurídico-centrípeta). En cambio, las diversificaciones –más allá de las percepciones de la CDI-, concebidas como “regímenes autónomos”, toman distinto perfil según sean consideradas por relativistas, reflectivistas, criticistas o constructivistas, oscilando su significado y alcance desde su percepción como disciplinas con “independencia normativa” a meras “narrativas no dispositivas”. Algunas corrientes teóricas perciben al Derecho internacional como derecho residual (fragmentación negativa-centrífuga), otras niegan la existencia del Derecho internacional (visión sociológica).

*Trabajo preparado para el Libro Homenaje al Profesor Manuel Pérez González, entregado para su publicación en abril de 2011.

**Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba-Argentina. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina. Miembro del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional.

¹ Asamblea General, Documentos Oficiales, 61º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/61/10).

² CASSESE, A. *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 188 y ss.

Respuestas jurídicas a la aparición de Derechos especiales/regímenes autónomos

El tema de la fragmentación del DIP como objeto de estudio ya se puede observar en trabajos de la década del '50 del siglo pasado. Así, Wilfred C. Jenks³ ha señalado: “*This is an understandable reaction to a complex body of detailed rules, many of them dealing with matters of a highly technical character, which do not afford the same scope of the common law for the development of legal principle by argument from precedent*”. Destacaba cómo los internacionalistas se han visto llamados a afrontar el complejo económico social y tecnológico de su tiempo, si bien, han tendido a resolverlo por antiguas técnicas, a pesar de que la evolución requería herramientas diferentes de las tradicionales. Recordó, en la obra referida, que el conflicto entre tratados generales y especiales, anteriores y posteriores, ya había sido observado por Grocio, Pufendorf y Vattel, si bien sus propuestas ya no resultaban suficientes para los requerimientos del nuevo tiempo de especialización y cooperación. Como cierre de su trabajo enunció axiomas para enfrentar la nueva realidad jurídica, entre los que incluyó una serie de principios jerárquicos útiles como *lex prior*, *lex posterior*, *lex specialis*, *autonomous operation*, “*pith and substance*”, *intención legislativa*, si bien destacó que su prevalencia y combinación debía ser sopesada y reconciliada conforme las circunstancias y la creciente experiencia visión aún actual tras casi sesenta años de presentada.

En un reciente trabajo hemos hecho referencia a ese tipo de relaciones y sus consecuencias jurídicas⁴. Así, nos hemos preguntado si el Derecho internacional sigue siendo el que enunciara, Verdross en su *Derecho Internacional Público*: “un orden de paz de la comunidad internacional. Derecho positivo con un subsuelo sociológico; un fundamento normativo anclado en la naturaleza social y teleológica del hombre”⁵; si sigue siendo el que enunciara Diez de Velasco en sus *Instituciones de Derecho Internacional*: “sistema de normas y principios [conjunto-proceso] que forman el ordenamiento jurídico [distinto de la moral y de la cortesía] de la sociedad internacional contemporánea [historicidad]”⁶. Nos preguntamos si la “era global”, la de la “globalización” [término centrado en las interacciones y flujos transnacionales de tipo comercial, económico, financiero, tecnológico, científico, comunicacional, entre otros], la de la “mundialización / planetarización” (términos preferidos por los franceses para referirse a la globalización, pero poniendo el acento en los efectos culturales y sociales de los flujos transfronterizos) se maneja anárquicamente, se rige por un “derecho” propio, requiere la construcción de un “derecho” que la regule a escala planetaria (ámbito en el que opera) o bien, incluso puede vivir sin regulación jurídica compelente (responsabilidad social autogestionada).

El proceso de globalización no posee actores definidos, internacionalmente responsables⁷; sus bases ordenativas no se hallan en el acuerdo de los Estados⁸; carece de tratados internacionales formales;

³ JENKS, W.C. “Conflict of Law-Making Treaties”, *BYIL*, 30, pp. 401, 402, 451, 453.

⁴ “Procesos de integración latinoamericanos en el contexto de la globalización”, en *Cuaderno IV Realidad y perspectivas de los procesos de integración* del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina, Edit. Advocatus, Córdoba 2010, pp. 19-46.

⁵ VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público* (Trad. A. Truyol y Serra), Madrid, 1984. Cap. I.

⁶ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2009, Cap. I, p. 75.

⁷ Sus principales actores son las corporaciones transnacionales, “entidades económicas o un conjunto de entidades económicas que opera en más de un país, cualquiera sea su forma jurídica, su país de origen o el país de la sede; ya sea se considere su actividad individual o colectivamente” - tal como las define el *Proyecto de normas sobre la responsabilidad en materia de derechos humanos de las sociedades transnacionales (STN) y otras empresas comerciales. Directrices y Recomendaciones para la aplicación a las STN*- “otras empresas” y sus proveedores, subcontratistas y licenciarios de las normas vigentes en materia de derechos humanos (2003) del *Grupo de trabajo sobre las sociedades transnacionales (Subcomisión de Derechos Humanos y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas)*. Se trata de

no cuenta con un sistema orgánico de funcionamiento; se centra en interacciones entre individuos y sociedades de variado tipo de distintas partes del mundo; elude la conformación de instituciones observadoras de sus movimientos transfronterizos, ordenadoras o controladoras; traspasa las fronteras de los Estados con su solo poderío económico, financiero, de comunicaciones, de información, de transportes sin normas a las cuales sujetarse, vaciando o debilitando la autoridad de los Estados en numerosos ámbitos de gobierno, generando dependencias difíciles de superar⁹. Aún más, se habla de una nueva sociedad postestatal, de ciudadanía multicultural o transnacional en la que la gobernanza y la solidaridad reemplazarán la coerción estatal¹⁰.

Este tipo de a-estructura internacional está lejos del Constitucionalismo planetario de Verdross¹¹, comunidad internacional regulada por un documento constitucional en sentido formal (Carta de la ONU), que abarca prácticamente a todos los Estados del planeta, establece un sistema normativo (art. 38 Estatuto de la CIJ), que pretende con ello mantener y consolidar la paz y seguridad

personas jurídicas de derecho privado con implantación territorial múltiple pero con un centro único para las decisiones estratégicas. La tendencia actual es sólo atribuirles responsabilidad social autogestionada. Tras la *Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, atento a que la Declaración aparentemente cubría distintas vías por las que era factible controlar actividades dañosas de corporaciones transnacionales, se eliminó en 1993 la Comisión de Sociedades Transnacionales. Similares funciones se asignaron pero sólo en materia de inversiones a una Subcomisión de la UNCTAD en 1994. V. nuestro trabajo *Responsabilidad de las Corporaciones Transnacionales* (www.acaderc.org.ar).

⁸ Se señala la debilitación del Estado y sus competencias soberanas y se destaca que en la era de la globalización se ha pasado de un sistema centrado en el Estado a un sistema centrado en el individuo. Así, Anne Peters -citando a Tomuschat (“International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law”, 281 *Recueil des Cours (RdeC): Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (1999), pp. 161-162) ha expresado “A dynamic process in which sovereignty is being complemented, and eventually replaced, by a new normative foundation of international law is going on. One decade ago, the lecturer of the General Course on Public International Law at The Hague Academy of International Law asserted that ‘the international legal order cannot be understood any more as being based exclusively on State sovereignty... States are no more than instruments whose inherent function it is to serve the interests of their citizens as legally expressed in human rights. At the present time, it is by no means clear which one of the two rivaling Grundnorms will or should prevail in case of conflict. Over the last decades, a crawling process has taken place through which human rights have steadily increased their weight, gaining momentum in comparison with State sovereignty as a somewhat formal principle. The transformation from international law as a State-centred system to an individual-centred system has not yet found a definitive new equilibrium.’ ” (PETERS, A. “Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty”, *EJIL* (2009), Vol. 20 No. 3, p. 514 y 537). El movimiento del Derecho internacional al influjo del desarrollo del Derecho internacional de los Derechos humanos, particularmente desde las percepciones jurídico críticas humanistas, ha puesto en tela de juicio una serie de instituciones sólidamente asentadas desde el siglo XVII. (V. CORTEN, O. *Le discours du droit international. Pour un positivisme critique*, Pedone, París, 2009; *Program Legal Humanism. A Critical Humanism and Diversity [Programme Humanisme juridique Un humanisme critique et de la diversité]* in partnership with the UMR de droit comparé of University Paris 1, Professor Hélène Ruiz Fabri).

⁹ En la década de los '70 del siglo pasado se iniciaron las primeras tentativas de establecer algún control sobre las sociedades transnacionales. En 1972 el Secretario General de Naciones Unidas conformó un Grupo de expertos para estudiar la temática y su resultado fue un informe en el que se consideraba la necesidad de constituir organismos de investigación y observación de entidades transnacionales. En 1974, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas creó la *Comisión de Sociedades Transnacionales* [Resolución 1913 (LVII)]. La Comisión se compuso por 48 Estados Miembros con el objeto de investigar las actividades de las sociedades transnacionales y elaborar un Código de Conducta para ese tipo de entidades, el que no logró concretarse. Tal como lo señaláramos en Nota 7, tras la *Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* se eliminó la Comisión.

¹⁰PARRA, F. “Transmigraciones denizens: exclusión política y migración internacional”, *Circunstancia (Investigaciones en Curso)*, Año IV, Número 10, mayo 2006. (http://www.ortegaygasset.edu/contenidos.asp?id_d=319).

¹¹ Similar a la idea de ordenamiento jurídico de Díez de Velasco.

internacionales; que ha establecido un poder supranacional para garantizar ese objetivo básico. Así, ha dotado al Consejo de Seguridad (CdeS) de facultades supranacionales para el logro de su objetivo primordial: mantener la paz y seguridad internacionales¹².

Dunoff recuerda que hace un siglo no existían las organizaciones internacionales, ni las Cortes permanentes, ni un sistema jurídico universal¹³. En la actualidad el Derecho internacional está organizado en sistemas funcionales que responden a las necesidades de nuestro tiempo. La densidad, cantidad, complejidad de las normas se ha intensificado, llevando a colisiones y conflictos entre regímenes o conjuntos normativos especiales con el sistema general, lo que ha dado en llamarse el “desorden global del ordenamiento normativo internacional”¹⁴.

Básicamente, las respuestas a esa Babel de actores, voces, transacciones, sistemas funcionales especiales se ha buscado respuesta a través del 1) Constitucionalismo internacional; 2) Derecho administrativo global; 3) Pluralismo global.

Constitucionalismo internacional

El *Constitucionalismo internacional*¹⁵ -con origen próximo en Verdross- emparentado al *Federalismo* de Lauterpacht¹⁶, confía en un orden universal de la sociedad internacional basado en un orden de paz y justicia. Esta visión es denostada actualmente por la debilidad y falta de efectividad cabal del modelo para alcanzar sus propósitos (paz y orden a nivel planetario)¹⁷.

Tras el fin de la Guerra Fría (Caída del Muro de Berlín para muchos) da inicio la Globalización en el contexto contemporáneo. La propuesta de Nuevo Orden Internacional (sostenida enfáticamente por Gorbachov, Mitterrand y Bush¹⁸), de base constitucionalista, preveía un incremento de poder de las Naciones Unidas para que pudieran actuar como institución política, con capacidad propia de coacción y represión, sobre la base de un mandato colectivo, normas establecidas por consenso, ejército propio. Respondía a la idea de las Naciones Unidas como gobierno mundial, sistema capaz de estructurar un modelo constitucional eficiente que asegurara la paz, la seguridad y la justicia internacionales.

¹² Téngase presente que el CdeS, con sólo 9 votos (4,68 % del total de Miembros), puede decidir la adopción de medidas económicas o militares colectivas para responder a una amenaza a paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión.

¹³ DUNOFF, J.L. “International Law in Perplexing Times”, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 25 (2010), pp. 11-36.

¹⁴ WALTER, N. “Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative orders”, *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 308.

¹⁵ WET, E. DE “The Constitutional international order”, *Int’L & Comp. L. Q.*, Vol. 55 (2006), p. 51.

¹⁶ KOSKENNIEMI, M. “El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política”, *Revista de Derecho Público*, N° 24 (marzo de 2010), Universidad de los Andes (Traducción de la obra “The Fate of International Public Law: Between Technique and Politics”, *The Modern Law Review*, vol 70, 2007, pp. 1-30). El autor expresa que la edición de Lauterpacht de 1992 y su visión federativa cosmopolita queda reducida a la nostalgia de la dominación europea y su misión sagrada de civilización. Koskeniemmi opina que la reforma de la Carta de Naciones Unidas a estas alturas está desprovista de significado político, ya que el mundo ha girado hacia un modelo no dispositivo en los que predominan regulaciones no vinculantes, particularistas, relativistas, a consensuar cooperativamente, carentes de absolutismos, multidimensional, característica que observamos se va instalando en los proyectos de la CDI y en los fallos de la CIJ y otros tribunales internacionales.

¹⁷ DUNOFF, J.L.- TRACHTMANN, J.P. “A Functional Approach to International Constitutionalization”, en DUNOFF-TRACHTMANN (Eds.) *Ruling the World? Constitutionalism, IL, and Global Governance*, 2009, pp. 3-36.

¹⁸ V. Declaración de 1990 de George Bush padre; Declaración de París de 1991 de F. Mitterrand; mensaje de Gorbachov de 1993: “No intentes hacerlo solo Bill” (con referencia a Bill Clinton al asumir como presidente de los EE.UU.).

Kleinlein¹⁹ ha señalado que la “constitucionalización” del DI y las instituciones internacionales se deben a la tradición idealista de los doctrinarios (y políticos) y destaca múltiples dicotomías contemporáneas en la percepción del Derecho internacional. Así, recuerda los debates sobre el constitucionalismo, destacando que desde el punto de vista de Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein (*The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009) el constitucionalismo es una actitud y un mecanismo heurístico de corte jurídico, en tanto para Dobner y Loughlin (*The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010) la percepción es sociológica, centrada en la “erosión de la estatidad” y en la legitimación de regímenes jurídicos transnacionales.

Es de observar que la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 30 de noviembre de 2010, en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática de Congo)*, al aplicar normas universales y regionales en materia de Derechos humanos, en el para 66 expresó: “[...] Aunque el Tribunal no está obligado en el ejercicio de sus funciones judiciales de ajustar su interpretación del Pacto [Pacto internacional de derechos Civiles y Políticos] al del Comité [Comité de Derechos Humanos], considera que debe dar gran consideración a la interpretación adoptada por este organismo independiente, creado especialmente para supervisar la aplicación de ese tratado. Ello hace a la necesidad de claridad y esencial coherencia del derecho internacional, como también a la seguridad jurídica, que es un derecho de las personas beneficiarias de los derechos garantizados, como de los Estados vinculados a respetar las obligaciones convencionales” (el destacado nos pertenece)²⁰.

Más aún, el constitucionalismo internacional imponiéndose al del derecho interno puede visualizarse en la misma sentencia en el para. 70, al expresar el alto Tribunal: “[...] La Corte no tiene, en principio, el poder de modificar por su propia interpretación la de las autoridades nacionales, sobre todo cuando esta interpretación proviene de los más altos tribunales internos (véase, para este último caso, *Empréstitos serbios*, Sentencia N° 14, 1929, CPJI Serie A N° 20, p. 46 y *Empréstitos brasileños*, Sentencia N° 15, 1929, CPJI Serie A No. 21, p. 124). Excepcionalmente, si Estado realiza una interpretación manifiestamente errónea de su derecho interno, sobre todo con el fin de beneficiarse en un asunto pendiente, corresponde a la Corte la adopción de la interpretación que percibe como correcta”. Este considerando puede considerarse que implica un pronunciamiento *contra legem*, si bien, en beneficio de la coherencia en las relaciones entre derecho internacional y derecho interno y de la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales²¹.

Consideramos oportuno recordar expresiones de nuestro homenajeado: “Entre los rasgos característicos del orden jurídico internacional, es de destacar su carácter sistemático, su calidad de sistema normativo, lo que implica la existencia de un conjunto de principios y normas ordenado con arreglo a unas pautas que confieren a dicho conjunto coherencia interna, solidez y nivel de eficacia. Ello presupone la existencia de una estructura normativa basada en una interconexión de principios y reglas de distinto grado o valor –y, por ende, de distinto nivel de compulsión en la escala normativa del propio orden en cuestión”²².

Derecho Administrativo Global

¹⁹ KLEINLEIN, Th. “On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State”, *The European Journal of International Law (EJIL)*, 2010, Vol. 21 no. 4 2010, pp. 1075-1084.

²⁰ CIJ Recueil 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática de Congo)*, sentencia de 30 de noviembre de 2010, para 66.

²¹ *Ibidem*, para 70.

²² PÉREZ GONZÁLEZ, M. “A vueltas con las lagunas: Contribución al debate sobre la plenitud del orden jurídico internacional”, en DRNAS DE CLÉMEN, Z. (Coord.) *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2002.

La vía del *Derecho Administrativo Global* ha reconocido la existencia un orden flexible basado en pequeñas instituciones, redes transnacionales, procedimientos administrativos locales, oscilando entre lo público y lo privado. Alexander Somek²³ recuerda que el Derecho Administrativo Global se basa en el reconocimiento de que los más importantes desarrollos en el Derecho internacional se han dado en su dimensión administrativa. Las transacciones transnacionales en el ámbito de acuerdos del GATT, la UE muestran el aumento de la cooperación, en un acoplamiento flexible y efectivo, ajustado a la “racionalidad” administrativa. Las bases de sus interacciones son: transparencia, consulta, participación, racionalidad, revisabilidad permanente.

Pluralismo global

El *Pluralismo*, en su manifestación más dura, es la antítesis del “derecho” en su concepción puramente jurídica, en tanto se basa en el pluralismo interpretativo, en el no reconocimiento de jerarquías normativas, e incluso, en la negación llana del Derecho internacional. El Derecho más concebido como un fenómeno social multidimensional, una red de permanente diálogo y acomodamiento, que reemplaza la determinación autoritativa²⁴. No hay meta-racionalidad en los intercambios, ni objetivos superiores. Los sostenedores del pluralismo niegan que el denominado “desorden” sea tal o sea problemático; entienden que la presunta anarquía que “aparentemente” genera no es estructural, ya que permite que actores marginados emerjan frente al poder clasista del constitucionalismo, cambiando a la sociedad y realizando con ello la justicia social²⁵.

²³ SOMEK, A. “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury”, *EJIL* (2009), Vol. 20 No. 4, 985–995, expresa: “The Global Administrative Law (GAL) project is based on the recognition that the most important recent developments in international law have enhanced its administrative dimension. What can be observed today, from the preparation of side agreements to the GATT all the way down to the regulation of foodstuffs in the European Union, is an increase in transnational regulatory cooperation and in joint efforts at implementation. The new world of international law is the world of loosely coupled, but often highly interactive and effective, mutual engagements between and among national and international bureaucracies. GAL concerns itself with identifying, where possible, their legal form and with establishing control. Owing to its broad sweep, global administrative law appears to offer a re-description of particularly important parts of international law. [...] It actually draws a picture of international law which has come under the dominating sway of administrative rationality.”

²⁴ V. SIMMA, B. “Fragmentation in a Positive Light”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, (2003-2004), pp 945 y ss.) ; SIMMA, B. - PULKOWSKI, D. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *EJIL* 17 (2006), pp. 483–529; KOSKENNIEMI, M. *The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?*, Chorley Lecture 2006 (7 June 2006), London School of Economics; KOSKENNIEMI, M. - LEINO, P. ‘Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties’, *LJIL* (2002) 15, p. 553; FISCHER-LESCANO A. - TEUBNER, G. ‘Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law’, *Mich. JIL* (2004); PAULUS, A. ‘Commentary to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner: The Legitimacy of International Law and the Role of the State’, *Mich J Int’l L* (2004); PAULUS, A. ‘*Jus cogens* Between Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal’, *74 Nordic J Int’l L* (2005) 297 y ss.

²⁵ Un caso que suele tomarse como punto de inflexión son los casos acumulados *Kadi, Yassin Abdullah* (nacional de Arabia Saudita⁴⁹ y *Al Barakaat International Foundation* (entidad establecida en Suecia). La Comunidad Europea había impuesto sanciones contra ellos por supuestos lazos con Al Qaeda (congelamiento de sus bienes y activos). Los acusados acudieron al Tribunal de Primera instancia, rechazaron realizar actividades o tener lazos con terroristas e invocaron violaciones de derechos fundamentales. El Consejo y la Comisión respondieron que, como miembros de las Naciones Unidas, las resol. del CdeS le eran obligatorias, (entre ellas, la nómina consolidada de presuntos terroristas). Más tarde, la medida de congelamiento de bienes y activos fue anulada en base a la autonomía del Derecho europeo, con lo que el Tribunal de Justicia cambió la percepción jerárquica por la horizontal y segregada del Derecho (V. <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/constitucional-y-comunitario/sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-las-comunidades-europeas-gran-sala-de-3-septiembreH> 2008).

Proyecto de la CDI sobre Fragmentación del DIP

La CDI en su proyecto sobre “Fragmentación del DIP” (citado precedentemente), si bien daba la impresión de estar dispuesta a ingresar en la “nueva” etapa a-jurídica²⁶, no alcanzó a profundizar en

²⁶ En 2000, la Comisión, después de un estudio de viabilidad (HAFNER, G. "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, anexo), decidió incluir el tema "*Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional*", en su programa de trabajo a largo plazo. En 2002 incluyó el tema en su programa de trabajo y conformó un Grupo de estudio sobre el tema, si bien cambió el título por el de "*Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*". Aprobó una serie de recomendaciones, incluida la realización de estudios, comenzando por el que había de preparar el Presidente del Grupo de Estudio, titulado "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos"". En 2003 formó un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el tema y nombró Presidente a Martti Koskenniemi en sustitución de Bruno Simma, quien había dejado de ser miembro de la Comisión al haber sido elegido Magistrado de la Corte Internacional de Justicia. La Comisión decidió (de acuerdo con lo indicado por la Sexta Comisión de la AG UN) que no debía tratar por el momento las cuestiones relativas a la creación de instituciones judiciales internacionales o a la relación entre ellas y que la Comisión no debía actuar de árbitro en las relaciones entre instituciones. Se señaló que, al abordar los aspectos sustantivos, sería necesario tener presente que había por lo menos tres modalidades diferentes de interpretación o conflicto que guardaban relación con la cuestión de la fragmentación, pero que había que considerar por separado: -a) El conflicto entre diferentes concepciones o interpretaciones del derecho general, como el que se suscitó en el *asunto Tadic (The Prosecutor v. Duško Tadic*, sentencia, asunto N° IT-94-1-A, A. Ch., 15 de julio de 1999, paras. 115 a 145). La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se desvió en su sentencia del principio del "control efectivo" aplicado por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto concerniente a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Fondo, *I.C.J. Reports*, 1986, pág. 14, en paras. 109 a 116. La Corte señaló en este asunto que debía haber un "control efectivo de las operaciones militares y paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones [de los derechos humanos y el derecho humanitario]"; para. 115. La Corte no aplicó el mismo criterio del "control efectivo" con respecto a las otras pretensiones aducidas por Nicaragua) como criterio jurídico para determinar cuándo, en un conflicto armado presuntamente interno, se podía considerar que un grupo armado militar o paramilitar ejercía "control general". En ese asunto, el Tribunal examinó la jurisprudencia de la Corte y de otros tribunales y decidió apartarse del razonamiento expuesto en la sentencia de la Corte. - b) El conflicto que surge cuando un órgano especial se desvía del derecho general, no a consecuencia de un desacuerdo en cuanto al contenido de ese derecho, sino en razón de la aplicabilidad de un derecho especial. No se considera modificar el derecho general, sino que el órgano especial afirma que, en ese caso es aplicable un derecho especial. Este supuesto ha surgido en los órganos de derechos humanos al aplicar los instrumentos de derechos humanos en relación con el derecho general de los tratados, especialmente en los casos relativos a los efectos de las reservas. En el *asunto Belilos (Belilos v. Switzerland*, Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de abril de 1988, *1988 ECHR* (Ser. A), N° 132, para. 60), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos revocó una declaración interpretativa calificándola de reserva inadmisibles y negándose a tenerla en cuenta, al mismo tiempo que afirmaba que el Estado declarante estaba obligado por el Convenio. -c) El conflicto que surge cuando ramas especializadas del derecho parecen estar en oposición entre sí. Puede haber conflicto, por ejemplo, entre el derecho mercantil internacional y el derecho internacional del medio ambiente. Las soluciones aportadas a este respecto por la doctrina jurídica no parecen concordes. El Grupo Especial para la solución de diferencias del GATT, en el informe emitido en 1994 en las *Diferencias relativas a la cuestión del atún y el delfín (Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, 33 *ILM* (1994) 839. Véase también *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, 30 *ILM* (1991) 1594. El Grupo Especial de 1994 señaló además que la relación entre las medidas ambientales y comerciales se examinaría en el marco de los acuerdos de la OMC, sin embargo, en el caso *Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga: Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, AB-1998-4, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, el Órgano reconoció la importancia de proteger y preservar el medio ambiente, en particular

la temática y se limitó a un estudio de la fragmentación del DIP, moviéndose en el marco de las estructuras clásicas del análisis jurídico (con muy leves excepciones-contradicciones), centrandos sus labores en: a) La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos (*self-contained regimes*)"; b) la interpretación de los tratados a la luz de "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional; c) la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados); d) la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados), y e) la jerarquía normativa en derecho internacional: el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto.

Los tópicos que más interés presentan para nuestro trabajo son el primero y el último en tanto son los que ponen de relieve la fragmentación positiva o negativa del DIP, mientras que los restantes se ubican en la percepción constitucionalista y se resuelven por la tradicional concepción de "sistema" jurídico. Nos centramos en el primer tópico por involucrar de alguna manera al último y por resultar determinante a la hora de definir ontológicamente cómo es percibido el Derecho Internacional Público y sus subdisciplinas en la era global.

Koskenniemi observó que la expresión "regímenes autónomos" se ha utilizado en sentidos diferentes. Señaló que el punto de partida de su análisis ha sido el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado elaborado por la Comisión, que daba dos ejemplos a este respecto: la sentencia dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del Vapor "*Wimbledon*" (*Case of the SS "Wimbledon", P.C.I.J. Series A, N° 1* (1923) pp. 23 y 24) y la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los *Rehenes* (*Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, *I.C.J. Reports 1980*, p. 41 (para. 86). El primero (sentido amplio) se refería a una serie de disposiciones convencionales que versaban sobre una misma cuestión (concretamente las disposiciones del Tratado de Versalles relativas a la navegación en el canal de Kiel). El segundo (sentido restringido) hacía referencia a un conjunto especial de normas secundarias (concretamente las normas de derecho diplomático) cuya primacía se invocaba con respecto a las normas generales

de adoptar medidas eficaces para proteger las especies amenazadas, y de que los miembros actuaran conjuntamente en forma bilateral o multilateral, en el marco de la OMC o en otros foros internacionales, para proteger tales especies. No obstante, subrayó que esas medidas debían aplicarse de forma que no constituyese una discriminación arbitraria e injustificable entre miembros de la OMC, ni una restricción encubierta al comercio internacional (paras. 184 a 186). Para las referencias a diversos tratados sobre el medio ambiente, si bien admitió que el objetivo del desarrollo sostenible había sido reconocido generalmente por las Partes Contratantes en el Acuerdo General, observó que la práctica a tenor de los tratados bilaterales y multilaterales relativos al medio ambiente no podía considerarse como práctica a tenor de la normativa aplicada de conformidad con el régimen del Acuerdo General y que, por lo tanto, no podía afectar a su interpretación. En el *Asunto de las hormonas de la carne de bovino (Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, AB-1997-4, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, paras. 120 a 125), el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio concluyó que el "principio precautorio", fuera cual fuese su valor jurídico en derecho del medio ambiente, no había llegado a ser jurídicamente vinculante para la OMC, al igual que, a su juicio, no había llegado a ser vinculante como norma consuetudinaria de derecho internacional (V. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2003/2003report.htm>). En 2006 la CDI, tomó nota de las conclusiones del Grupo de Estudio y las señaló a la atención de la Asamblea, dispuso su publicación en el sitio web de la Comisión y, además, en su Anuario ([Hhttp://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm](http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm)), si bien se manifestó partidaria de la recepción de la denominada fragmentación positiva (especialización conforme requerimientos de la realidad, interpretada en el contexto del sistema del DIP y no de la negativa (disgregante de la unidad del DIP y sus subdisciplinas).

sobre la responsabilidad del Estado relativas a las consecuencias de un hecho ilícito. El sentido más amplio designaba un conjunto especial de normas y principios relativos a la gestión de un problema determinado; el sentido restringido concernía a un régimen especial *-lex specialis-* de la responsabilidad del Estado. Koskeniemi recordó que la expresión “regímenes autónomos” se empleaba a veces en los comentarios y la práctica académicos para describir esferas de especialización funcional u orientación teleológica en el sentido de estimar que se aplicaban normas y técnicas especiales de interpretación y administración (por ejemplo, una rama especial del derecho internacional con sus propios principios, instituciones y teleología, tal como la “normativa de los Derechos humanos”, el “Derecho de la OMC”, el “Derecho humanitario”, etc.). Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia recurrió a esas distinciones en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (Legality of the threat or use of nuclear weapons)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, paras. 24, 27, 34, 37 y 51). El Presidente afirmó que los distintos sentidos de “régimen autónomo” no siempre se distinguían claramente uno de otro. Sin embargo no dejó de observar que, algunos doctrinarios se han referido a “regímenes autónomos” para indicar “circuitos jurídicos cerrados”, cuyas normas especiales estarían totalmente aisladas del Derecho internacional²⁷.

En los paras. 323 y 324 del mismo Informe, Koskeniemi afirmó que la conclusión principal de su estudio era que la utilización actual del principio de la *lex specialis* o la aparición de regímenes convencionales especiales no había menoscabado “gravemente” la seguridad y la previsibilidad jurídicas, ni la igualdad de los sujetos de derecho, por lo que el sistema no estaba en crisis. Asimismo señaló que era forzoso reconocer que no existía ningún sistema homogéneo y jerárquico que permitiera superar los problemas derivados del conflicto de normas o de regímenes jurídicos (téngase presente que Koskeniemi manifestó su escasa confianza en la capacidad aglutinadora del sistema jurídico a través del *jus cogens*, las normas *erga omnes* o el art. 103 de la Carta de Naciones Unidas), con lo que la exigencia de coherencia (constitucionalismo) y de un pluralismo (relativismo) seguirían apuntando en direcciones diferentes.

Por nuestra parte, creemos que la inclinación de las tensiones hacia el pluralismo, necesariamente ha de llevar a una crisis del “sistema”, la que primero se manifiesta a través de la inflación normativa -frecuentemente teñida de contraposición de valores²⁸- y sus consabidos corolarios: la anomia y el activismo judicial.

En idéntico sentido, Martineau recuerda la distinción entre el “saludable pluralismo” (diversificación) de la “peligrosa fragmentación” (regímenes autónomos, independientes, cerrados). El primero responde a la idea de sistema jurídico integrado y da respuesta al conflicto entre normas, jurisdicciones o dictámenes a través de la interpretación sistemática, integral, jerárquica, piramidal; en tanto el segundo responde a la idea de desintegración del DIP²⁹ y, más aún, a la desaparición del derecho como complejo normativo, atento a la negación del relativismo, criticismo y constructivismo de la capacidad racional del ser humano para discernir y concertar normas generales válidas para todos. El referido autor señala distintas etapas históricas de los procesos de constitucionalización/fragmentación del DIP, las que, básicamente pueden sintetizarse en: *1914-25: Confusión, elaboración de herramientas para la unidad mundial (Kelsen; Scelle, Kaufmann, Alvarez); *1925-1939 Consolidación: neutralización de la fragmentación por medio de aproximaciones sistémicas (Strupp, Le Fur, Rousseau; Basdevant); *1939-1960: Fragmentación como espejo del mundo dividido (Reuter, De Visscher; Quince Wright); *1960-1989: Confianza: fragmentación como elemento de la construcción del “derecho común de la humanidad” (R.-J.

²⁷ V. paras. 317 y 318 del Informe 2004 (<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/2004report.htm>).

²⁸ La mayor parte de los doctrinarios de postmodernismo niega la existencia de valores abstractos generales, universales.

²⁹ MARTINEAU, A.-Ch. “The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22 (2009), pp. 1-28, en particular, p. 2.

Dupuy, Brownlie, Dubouis); *1989 a la actualidad: Confusión: Fragmentación como desencanto (pluralismo del fenómeno jurídico-fenómeno social multidimensional).

El Derecho Internacional como “fenómeno social”

El *factum* de la Globalización ha sido acompañado por una numerosa doctrina con tendencia a-jurídica, que entiende -desde el modelo “jurídico” multidimensional de la complejidad indivisa- que el “derecho” es sólo una práctica social, un “hecho social”, desconociendo desde el agnosticismo y escepticismo las capacidades en las que el racionalismo y positivismo lógico confiaban para generar normas generales, válidas, reguladoras de la sociedad, capaces de asegurar la vigencia de un orden de paz y justicia para todos. La “nueva” doctrina³⁰ pone el acento en lo inter-relacional de los entendimientos, su provisionalidad, su particularidad. Los conflictos se solucionan a través de la negociación, los consensos, la resolución de caso por caso. Se desconoce el “derecho” como tal, en su forma de norma dispositiva emanada de autoridad legítima y se promueve el estudio de las manifestaciones regulatorias emergentes de las interacciones de las redes transnacionales (coalición de voluntades descentralizadas, poco sistemáticas y estables; acuerdos informales reguladores de intereses comunes, separados de consideraciones morales). Los únicos “requerimientos” de esa gobernanza global -tal como ya lo señaláramos- son la transparencia, la participación, la negociación, el auto-gobierno, la auto-responsabilidad y la libertad de obrar de individuos y entidades³¹.

³⁰ Destacamos la expresión “nueva”, atento a que sus raíces argumentales se hallan en el sofismo griego. Los sofistas (gr: *sofos*=sabio, si bien desde Platón tiene percepción peyorativa) entendieron que: - no puede haber saber universalmente válido ya que no puede haber saber objetivo de la sustancia (Gorgias de Leontinos: “Nada existe; si algo existiera no sería cognoscible y si fuera cognoscible, sería imposible de comunicar”.); - hay una oposición entre la justicia y la legalidad (nomos): la primera es ley de la naturaleza y mantiene siempre su validez en todo lugar; la segunda es ley humana, variable, engendradora de poder tiránico y arbitrario (Hippias de Élida); - toda legalidad, sin importar el tipo de Estado, representa los intereses de los más fuertes (Trasímaco de Calcedonia); el “areté” político, el arte de gobernar, se puede enseñar a todos e, incluso, que no hace falta estar formado para gobernar (Antifón); - la solución pacífica de los conflictos debe alcanzarse a ultranza para lograr la armonía y la paz sobre la base de la satisfacción mutua, sin reconocer principios generales de justicia (Gorgias); -en la injusta distribución de la tierra y en la desigualdad estaban las causas de la miseria, del impulso a la criminalidad y de las revoluciones; -los ciudadanos deben ser iguales en dos cosas: la propiedad y la educación (Faleas de Corinto); -las diferencias individuales impiden la uniformidad en el conocimiento de la realidad (Protágoras de Abdera: “el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto son y de las que no son en cuanto no son”. (V. PLATÓN, *Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes*. Obtenible en forma completa en <http://www.filosofia.org/cla/pla>). En nuestros tiempos, los Postmodernos, *Relativistas*, sostienen similares premisas: -la imposibilidad de alcanzar la verdad; - la imposibilidad de un enfoque de la realidad objetivo y verificable; -la imposibilidad de construir teorías. Los *Criticistas* (Neomarxistas que anclan en la Escuela de Frankfurt, entre ellos, Horkheimer, Adorno, Marcuse, Habermas) sostienen: -la imbricación entre sujeto cognoscente y objeto de conocimiento; -la prevalencia de intereses (particularmente manifestados en las leyes) que consolidan sociedades injustas; - la imposibilidad de hacer ciencia objetiva; -la singularidad de los acontecimientos y la complejidad del mundo real, lo que requiere una visión global del “fenómeno” jurídico. Los *Constructivistas Postmodernos* entienden que: -las instituciones o estructuras surgen de la acción-voluntad de los actores (*i.a.* construcción de normas); -creadas las instituciones o estructuras se reifican; -las comunidades epistémicas son creadoras de creencias intersubjetivas que actúan como vehículos de supuestos teóricos, interpretaciones y significados colectivos que ayudan a “crear” la realidad social; la realidad no existe en tanto es mera narrativa social que varía según el espectador y depende de las comunicaciones.

³¹ Es de observar que los países en que se aplicó el modelo, en su mayoría, no han logrado garantizar cabalmente esos presupuestos, y han hecho un uso político partidario de los beneficios que podía ofrecerles cada requisito de los enunciados, desvirtuando las legítimas causas de sus enunciados.

Rodiles³² recuerda que algunos doctrinarios, entre ellos Simma, consideran que la fragmentación del DIP es un signo de vitalidad y punto de partida para una mejor discusión doctrinaria. Si la “discusión normativa” ha de darse en el marco del constructivismo, surge el problema de si se dan o no la “real” participación, la “verdadera representatividad”, la “transparencia” en el diálogo, la “recta” negociación, la “plena y no digitada” construcción del nuevo acuerdo (nuevo pacto social en permanente mutación). Ese nuevo pacto, frecuentemente, suele promover desde su relativismo, un estado de confusión de las sociedades sobre la corrección de ciertos comportamientos sociales o decisiones públicas. Debe tenerse presente que Brownlie³³, al tratar la autonomía tópica (*topic autonomy*) señaló la posibilidad de poner en juego con ella el *pacta sunt servanda*, principio rector y base del DIP y de toda convivencia humana.

Oliver Kozlarek define a la globalización (y su problemática regulatoria) como un proceso de proliferación del problema de los valores, ya sea por la multiculturalización o por una pretendida disolución de los valores³⁴. Señala asimismo que para Luhmann existe una imposibilidad de llegar a una integración normativa de la sociedad mundial ya que la codificación de lo binario (bueno/malo; legal/ilegal) no es aplicable a otros sistemas funcionales con códigos valorativos propios. Por ello considera que las expectativas morales deben ser sustituidas por expectativas cognitivas que traten de cambiarse a sí mismas (adaptación cognitiva) y no de cambiar al objeto como se da en las expectativas normativas. Esto nos lleva al problema de cómo teorizar la globalización ya que lo global, es una categoría de análisis, es un nuevo constructo metodológico (que responde a un nuevo constructo social, a una nueva forma de estar en el mundo) a partir del cual las ciencias sociales realizan una aproximación a los fenómenos sociales, económicos, políticos entre otros. Según María de la Luz Casas Pérez³⁵ este sistema “inventado”, “construido”, reemplazará la visión lineal de la Historia. El pluralismo internacionalista de Andreas Fischer - Lescano y Gunther Teubner, vinculado a la teoría social de sistemas de Niklas Luhmann sostiene que los sistemas sociales no están conformados por hechos ni acciones sino por comunicaciones. Ello, en base a la idea constructivista de que el conocimiento no guarda relación con la realidad directa, con la realidad ontológica, sino que es un proceso que se construye. Así, el derecho no existe, es una mera narrativa que varía conforme la posición de espectador ya que, quien maneja la comunicación, crea la realidad. Para esta corriente y sus variables el *Derecho Internacional de la era global* es el conjunto de racionalidades de los múltiples sistemas y regímenes no autónomos no dispositivos del espacio global. Desecha la posibilidad de normas generales, prefiriendo la particularidad del caso por caso, los acuerdos surgidos a través de la negociación y la responsabilidad social autogestionada de los distintos actores transnacionales.

Reflexiones finales

³² RODILES, A. “La Fragmentación del DI. ¿Riesgos u oportunidades para Méjico?”, *Anuario Mejicano de Derecho Internacional*, Vol. IX (2009) UNAM, pp. 373-413.

³³ BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 7ma. ed., Oxford, 2008. (V. asimismo, sobre ‘separate fields’ WARBRICK, C. “Brownlie’s Principles of Public International Law: An Assessment”, *EJIL* (2000), Vol. 11, n° 3, 621-636.

³⁴ KOZLAREK, O. "La sociedad mundial y la carencia de reflexiones normativas en las teorías de Niklas Luhmann y Norbert Elias", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año XLIV, N° 177-178, septiembre 1999/abril 2000).

³⁵ CASAS PÉREZ, M. de la L. "Consideraciones y Consecuencias Metodológicas en torno a la Globalización y la Comunicación", en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año XLIII, Número 171, enero-marzo 1998, p. 31-50.

Bien ha señalado Pierre-Marie Dupuy al inicio de su Curso en la Academia de La Haya en el año 2000 que la cuestión de la fragmentación constituye por excelencia el debate doctrinal de la era de la globalización, verdadero epifenómeno del proceso de mundialización³⁶.

Mientras para los *constitucionalistas* (racionalistas) la interpretación sistemática realizada por instituciones legítimamente constituidas conforme al derecho establecido es la verdadera llave maestra de la unidad entre el DIP y sus subdisciplinas (derechos especiales), como también de su inserción en todo el Derecho con percepción general, los *fragmentaristas*, pluralistas, postmodernos, se insertan en el agnosticismo y consideran que los regímenes autónomos han de multiplicarse y mutar tantas veces como la diversificación y los cambios en la sociedad lo exijan, desechan la posibilidad de un derecho basado en normas generales aceptado por toda la comunidad humana fundado en valores comunes esenciales y apuestan a la solución de los conflictos caso por caso y a la provisionalidad de cada decisión en tanto el derecho es considerado simplemente un mero “hecho social” multidimensional, en permanente transformación³⁷.

Esta antigua puja doctrinaria entre juristas y sociólogos se reaviva periódicamente, sosteniéndose en milenarias premisas³⁸, si bien, un cíclicamente remozado perfil les permite presentarse como “novedosas”.

Los constitucionalistas esgrimen la seguridad jurídica y el orden social como bienes más preciados a consolidar; los fragmentaristas -en posición extrema- la necesidad de modificar la estructura social injusta.

³⁶ V. asimismo, DUPUY, P.-M. “Un débat à l’ère de la globalisation sur la fragmentation du Droit international », *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, 2007 ; “A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the “Fragmentation” of International Law”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1 (2007) (<http://www.ejls.eu/1/4UK.pdfG>). ‘L’unité de l’ordre juridique international’, 297 *RdC* (2002).

³⁷ David y Duncan Kennedy presentaron una profunda crítica a los sistemas jurídicos declarando la “muerte de la razón crítica”. V. al respecto, ENGLE, E. “Taking the right seriously: Hohfeldan semiotics and rights discourse”, 3 *Crit: A Critical Studies Journal* (Winter 2010), pp. 84 a 108; KENNEDY, D.- KENNEDY, D. “A Critique of Adjudication: Fin de Siècle”, 22 *Cardozo L. Rev.* 991,997 (2001); KENNEDY, D. The ‘death of reason’ Narrative in Legal History (<http://duncankennedy.net/legal history/index.html>).

³⁸ V *supra* Nota 29.