

# SISTEMA, FRAGMENTACIÓN Y CONTENCIOSO INTERNACIONAL

PABLO J. MARTÍN RODRÍGUEZ<sup>1</sup>

## SUMARIO

I. DE CIERTAS PERPLEJIDADES.–II. DE CIERTAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE «SISTEMA» EN EL DERECHO.–III. DE CIERTAS ACEPCIONES DE «SISTEMA» EN DERECHO INTERNACIONAL.–IV. DE LA NOCIÓN DE SISTEMA EN LOS TRABAJOS DE LA CDI SOBRE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.–V. DE CIERTOS APUNTES SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE FRAGMENTACIÓN Y JURISDICCIÓN.–VI. DE CIERTAS CONCLUSIONES.

«Nous n'avouons de petits défauts que pour persuader que nous n'en avons pas de grands»  
François de LA ROCHEFOUCAULD – *Maxime* 327

## I. DE CIERTAS PERPLEJIDADES

A estas alturas del debate, proponer ciertas reflexiones sobre el tema de la fragmentación del Derecho internacional puede parecer un disparate o, cuando menos, una ocurrencia extemporánea con poca o ninguna cabida para la originalidad. Mucho y bien se ha hablado del asunto de la fragmentación del ordenamiento jurídico internacional y aportar algo nuevo a lo ya dicho se adivina imposible y, lo que es acaso más trascendente, de escasa relevancia teórica y práctica.

Es éste un punto no poco interesante, pues resulta extraordinariamente llamativa la sensación de inanidad que ha dejado, tras su desarrollo, uno de los debates teóricos más ambiciosos operados en la doctrina internacionalista y, no se olvide, no sólo la académica<sup>2</sup>. Un debate, que puede calificarse con propiedad de *estructural* y que está en paridad con otros como el constitucionalismo internacional o el Derecho internacional hegemó-

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y director de la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Almería.

<sup>2</sup> DUPUY, P.-M., «Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation: sur la fragmentation du droit international», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 1, 2007, p. 1, disponible en <http://www.ejls.eu>.

nico<sup>3</sup>, parece haberse hecho sorprendentemente en balde. Deja, cuando menos, perplejo que los peligros y problemas avanzados (que no eran ni pocos ni triviales) al final del camino ni se desmientan ni se resuelvan, sino que sencillamente se minimicen<sup>4</sup>. Conviéngase en que este anómalo resultado invita a continuar la reflexión o, cuando menos, a recapitular sobre lo acaecido. Ésta es la razón de las páginas que siguen.

Entrando en materia, poca duda cabe de que el tema de la fragmentación del Derecho internacional posee mil ángulos desde donde enfocarlo y que, en consecuencia, en el contexto de una reflexión limitada como es necesariamente ésta, el esfuerzo está en qué perspectiva elegir y cuáles de las instantáneas que se pueden sacar, traer a la discusión.

Así, por bosquejar medianamente el panorama hasta ahora conocido, cabe la posibilidad de ajustarse al Informe que la Comisión de Derecho Internacional (CDI, en adelante) emitió sobre este asunto en el verano de 2006, bien para alabarlo rebajando los riesgos de la fragmentación en curso, bien para criticarlo como un elaboradísimo ejercicio de Perogrullo. En ninguna de esas opciones iría uno desprovisto, como dice el fandango, de la *sombra de un buen padre*: se puede aludir a M. Koskenniemi como coordinador del Informe<sup>5</sup>, a P.-M. Dupuy por el lado positivo<sup>6</sup>, o a B. Conforti por el negativo<sup>7</sup>.

Otra opción tampoco solitaria y, como siempre que andan de por medio el otro M. Koskenniemi (el autor) y su prole, no exenta de cierta aura de heroísmo intelectual sería la aproximación iconoclasta, posmoderna, donde se enfoca la fragmentación, bien como un debate para consumo doctrinal interno (*posmodern anxiety*)<sup>8</sup>, bien como una arena más donde se las han las fuerzas de dominación planetaria<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Sobre estos tres debates estructurales profundamente vinculados con los paradigmas dominantes entre los internacionalistas, puede verse MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Los paradigmas del Derecho internacional. Ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho internacional*, Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2008, parte de cuyas reflexiones se han traído a este trabajo.

<sup>4</sup> P.-M. Dupuy puede representar el ejemplo más acabado, ya que siendo uno de los primeros autores en alertar sobre los peligros potenciales de la fragmentación sobre la unidad del ordenamiento internacional (DUPUY, P.-M., «Sur le maintien ou la disparition l'unité de l'ordre juridique international», en *Harmonie et contradictions en droit international*, París, Pedone, 1996, pp. 17-54), mantiene en la actualidad una posición crecientemente matizada (DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique international: Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 297, 2002, pp. 460-478). Este espíritu fue, igualmente, el que prevaleció en el *Rencontre de Florence: unité ou fragmentation de l'ordre juridique international?*, organizado por el profesor P.-M. Dupuy y celebrado el 15 de octubre de 2005 en el Instituto Universitario Europeo, con participación de un grandísimo plantel de internacionalistas.

<sup>5</sup> Informe de 13 de abril de 2006 sobre «Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional» (A/CN.4/L.682) junto con un apéndice de Proyecto de Conclusiones (A/CN.4/L.682/Add.1), en adelante citado como CDI, «Fragmentación del Derecho internacional...».

<sup>6</sup> *Vid. supra*, nota 4.

<sup>7</sup> CONFORTI, B., «Unité et fragmentation du droit international: «Glissez, mortels, n'appuyez pas ! », *Revue générale de droit international public*, núm. 1, 2007, pp. 5-18.

<sup>8</sup> KOSKENNIEMI, K., LEINO, P., «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 553-579.

<sup>9</sup> FORCADA BARONA, I., «El ordenamiento jurídico internacional entre el caos y el orden: consecuencias de la fragmentación del «sistema» para una docencia socialmente significativa», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 11, 2006, pp. 1-21, <http://www.reei.org>.

Una última perspectiva ha optado por una actitud más técnica en la identificación de los problemas planteados, sus eventuales repercusiones y los instrumentos de solución disponibles. La preocupación por la multiplicación de jurisdicciones y las posibilidades de conflicto entre ellas (pre y posesuiciamiento) suministra, acaso, el arquetipo de esta perspectiva técnico-jurídica, donde mencionar un solo nombre sería una temeridad. No está de más puntualizar que la calificación de técnico-jurídica no pretende, de ningún modo, menospreciar este enfoque que ha ofrecido una enorme variedad de cuadros de distinta entidad que van desde el análisis de los regímenes autónomos al alcance de la litispendencia en el Derecho internacional<sup>10</sup>.

¿Cómo es posible que un tema que ha movilizad o tantos recursos en los últimos tiempos se haya desinflado tan estrepitosamente y, al mismo tiempo, tan en silencio? Ciertamente, el tema de la fragmentación del Derecho internacional viene de bastante más antiguo: antes era conocido por los problemas que planteaban los regímenes autónomos para la «unidad del Derecho internacional». Seguramente, se pueden colocar esas preocupaciones mayores en los años ochenta, derivadas de los trabajos de la CDI sobre responsabilidad internacional durante la era de W. Riphagen<sup>11</sup> y del famoso *dictum* del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de los *rehenes*<sup>12</sup>. Sin embargo, no es un despropósito señalar que es una década después cuando la proliferación de tribunales internacionales hace cundir la voz de alarma sobre los riesgos de fragmentación<sup>13</sup>. No puede sino pasmar que, en el año 2006 y para concluir que no

<sup>10</sup> La bibliografía sobre la fragmentación del Derecho internacional es, como decíamos, vastísima y no cesa de aumentar. Se puede consultar con provecho diversas obras colectivas resultantes de encuentros y simposios científicos, tales como «The Proliferation of International Tribunals: Piecing the Puzzle Together», *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 679-933; «Diversity or Cacophony?: New Sources of Norms in International Law Symposium», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 845-1375; HUESA VINAIXA, R., WELLENS, K. (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruselas, Bruylant, 2006, pp. 11-278; ZIMMERMANN, A., HOFMANN, R. (eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006, pp. 21-494.

<sup>11</sup> Vid. RIPHAGEN, W., «Tercer Informe sobre contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II-1.<sup>a</sup>, §§ 35-77, pp. 28-34, así como su exposición ante la Comisión, en *ACDI*, vol. I, p. 213, §§ 15 y ss. Un fiel análisis de esta posición puede verse en trabajo clásico de SIMMA, B., «Self-Contained Regimes», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985, pp. 113-118.

<sup>12</sup> La sentencia del TIJ de 24 de mayo de 1980, asunto *personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, define el concepto de régimen autosuficiente en los siguientes términos: «Bref les règles du droit international [diplomatic, en la versión inglesa] constituant un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'Etat accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'Etat accréditaire pour parer à de tels abus. Ces moyens sont par nature d'une efficacité totale car, si l'Etat accréditant ne rappelle pas sur-le-champ le membre de la mission visé, la perspective de la perte presque immédiate de ses privilèges et immunités, du fait que l'Etat accréditaire ne le reconnaîtra plus comme membre de la mission, aura en pratique pour résultat de l'obliger, dans son propre intérêt, à partir sans tarder» (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 40, § 86).

<sup>13</sup> Comenzando por las alocuciones del entonces presidente del Tribunal Internacional de Justicia G. Guillaume ante la Asamblea General de Naciones Unidas. Citamos a título meramente ejemplificativo, ya que la relación quedaría incompleta por extensa que fuese. Aparte del clásico curso de CHARNEY, J., «Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 271, 1998, pp. 101-382, puede consultarse, ROMANO, C. P., «The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle», *New York University Journal of International*

existe tal riesgo, la CDI en su Informe eluda justamente la cuestión de la proliferación de tribunales<sup>14</sup>.

Queda una tercera perplejidad por mencionar, ya que en el discurso de la fragmentación parece existir un *convidado de piedra*: el concepto de «sistema jurídico». En términos abstractos, podría pensarse que si la supuesta fragmentación pone en cuestión algún presupuesto o premisa será precisamente la cualidad de sistema del Derecho internacional. No obstante, la reflexión sobre este concepto ha estado prácticamente ausente del gran debate, como reconoce recientemente P.-M. Dupuy, aunque reenviándolo a la noción de «ordre juridique»<sup>15</sup>. Naturalmente, don Gonzalo de Ulloa, el convidado, al final acude a la cena, de manera que resulta imposible resolver la cuestión de la fragmentación sin su afirmación. El tratamiento de la CDI es ilustrativo de esta presencia. Así, sin elaboración teórica definida, sino más bien amalgamando buena parte de los modelos de sistema utilizados en la filosofía del Derecho, las conclusiones a las que llega la CDI parten precisamente de la afirmación de que «el Derecho internacional es un sistema jurídico»<sup>16</sup>. De esta manera, lo que debiera aparecer en la conclusión se presenta en la introducción, esto es, como una premisa. Como musitaba, entre atónito y asustado, Willy Loman, *Now isn't that peculiar? Isn't that a remarkable...*<sup>17</sup>

El objeto de las siguientes consideraciones es reflexionar sobre el concepto de sistema en Derecho internacional, con el fin de atisbar si nos encontramos ante una premisa o regla paradigmática en términos kuhnianos<sup>18</sup>, si es que no ante un auténtico paradigma de carácter instrumental. Esto es, si se trata de una asunción carente de verificación empírica o demostración racional que, no obstante, vertebra y legitima el discurso científico de una determinada comunidad<sup>19</sup>. Si esto es así, el debate sobre la

---

*Law & Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 709-751; OELLERS-FRAHM, K., «Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions», *Max-Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, pp. 67-104; RAO, P. S. «Multiple International Forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation?», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 929-961; DUPUY, P.-M., «The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice», *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 791-807.

<sup>14</sup> CDI, «Fragmentación del Derecho internacional...» *loc. cit.*, § 13, p. 14.

<sup>15</sup> DUPUY, P.-M., «Un débat...», *loc. cit.*, pp. 6-10. Eso sí llevándose al concepto de «ordre juridique» con el que comparte, desde luego, una amplia equivalencia, aunque también alguna diferencia (ALCHOURRÓN, C. y BULIGYN, E., «Sobre el concepto de orden jurídico», *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 395-397), lo que se explica parcialmente por su propio origen (así, HALPERIN, J. L., «L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX<sup>e</sup> siècle», *Droits*, núm. 33, 2001, pp. 42 ss.) Ello no obsta a que existan «llamadas al sistema» desde el comienzo del debate (KINGSBURY, B., «Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?», *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 679-696).

<sup>16</sup> Conclusiones finales del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional, Doc. A/CN.4/L.702, p. 7.

<sup>17</sup> MILLER, A., *Death of a Salesman. Certain Private Conversations in Two Acts and a Requiem*, Middlesex, Penguin, 1949, p. 13.

<sup>18</sup> KUHN, TH. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1981, especialmente capítulos 2 a 5, pp. 33-91.

<sup>19</sup> Es posible que, antes de comenzar, sean necesarias ciertas aclaraciones en torno al concepto de paradigma científico asociado a Th. Kuhn. Dicho concepto, indisolublemente ligado al de inconmensu-

fragmentación del Derecho internacional ha debido de reproducir semejante condición paradigmática. De poder avistar señales en ese sentido, sería oportuno plantearse cuáles son las consecuencias de la asunción de esta premisa.

## II. DE CIERTAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE «SISTEMA» EN EL DERECHO

Aproximarse al papel representado por el concepto de sistema en el mundo jurídico no es fácil, al menos por dos razones. En primer lugar, porque se suma, a la propia *polisemia del concepto*<sup>20</sup>, que su significado quede habitualmente implícito. Rara vez cuando se utiliza este término en el ámbito del Derecho (sea doctrinal, jurisprudencial o, incluso en ocasiones, legislativo) se aclara qué se pretende significar con él. E. Buligyn y D. Mendonca lo han descrito con fortuna: «la idea de que el derecho no es mero conglomerado de normas, sino que constituye un conjunto sistemático, se halla muy difundida entre los juristas, por lo menos desde la época de la Ilustración y, muy especialmente, a partir del siglo XIX. Sin embargo, aunque los juristas hablan hace tiempo de sistemas jurídicos, poco o nada habían hecho por esclarecer este concepto clave hasta muy avanzado el siglo XX»<sup>21</sup>.

En segundo lugar, esta noción posee una casi indescifrable *polivalencia en el discurso jurídico*. El sistema se presenta tanto en los niveles ontológico (lo que es el Derecho) y epistemológico (cómo comprendemos qué es el Derecho o cómo organizamos los conocimientos sobre el Derecho), como en el plano teleológico (como una especie de aspiración o ideal normativo de lo que debe ser el Derecho)<sup>22</sup>. *La dimensión epistemológica justificaría, per se, que el sistema se considerase un paradigma instrumental*<sup>23</sup>, es decir, la categoría de sistema ha permitido y permite la representación del Dere-

---

abilidad, es muy problemático. No es, desde luego, mi intención acometer una defensa numantina de la posición de Kuhn sobre estos conceptos, posición que, además, de originarse en el particular contexto filosófico de las ciencias naturales, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo (D'AGOSTINI, F., *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años*, Madrid, Cátedra, 2000, pp. 494-496). Mi objetivo no es tan ambicioso y es bastante menos controvertido. Conceptos como paradigma (Kuhn), programa de investigación (Lakatos), tradiciones de investigación (Laudan), episteme (Foucault), obstáculo epistemológico (Bachelard) u otros han emergido en el contexto de la filosofía de la ciencia post-popperiana para hacer alusión al conjunto de postulados, axiomas o enunciados (sustantivos y/o metodológicos) que es compartido por una comunidad científica y vertebrada su discurso: lo legítima; pero que difícilmente encuentran una fundamentación racional o empírica (CRUZ, M., *Filosofía contemporánea*, Madrid, Taurus, 2002, pp. 327-348).

<sup>20</sup> Sobre la teoría de sistemas, véase LUHMANN, N., *Introducción a la teoría de sistemas*, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 45 ss.

<sup>21</sup> BULIGYN, E., MENDONCA, D., *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 41.

<sup>22</sup> Recurriendo a X. Bengoetxea, para M. van Hoecke, «the conception of law as a system operates as a regulative ideal in the different stages of legal practice and legal science. It is only partially present in legislation. To a large extent systematisation is achieved in daily practice. It is a goal lawyers try to achieve through interpretation in judicial decisions and in scholarly legal writing» (VAN HOECKE, M., *Law as Communication*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 109).

<sup>23</sup> Véase al respecto lo sostenido por uno de los padres de la teoría general de sistemas, VON BERTALANFFY, L., *Teoría General de los sistemas*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 1-53.

cho con independencia de qué sea éste materialmente (normas, decisiones de poder y autoridad o simples acciones comunicativas). Pero asimismo, *la dimensión ontológica*, que nunca ha sido desterrada definitivamente<sup>24</sup>, queda rescatada en forma ineludible por las teorías más recientes, de manera que *lo que define al Derecho no es tanto la unidad cuanto el sistema, porque es el sistema el que define e identifica cuál es su unidad*<sup>25</sup>, lo que se traduce en una cierta perpetuación de la polivalencia mencionada. Esta polivalencia polisémica apunta a una naturaleza mítica (bastante cercana a premisas paradigmáticas)<sup>26</sup> privilegiada dentro del Olimpo de la mitología jurídica<sup>27</sup>.

Con la cautela a que invita lo dicho, importa conocer, siquiera en términos sumarios y por complejo que resulte<sup>28</sup>, qué problemática encierra la noción de sistema en el mundo jurídico y qué instrumentos básicos pone en funcionamiento. En este sentido, se puede apreciar que la apariencia de crisis que ofrece hoy el concepto de sistema en el pensamiento jurídico está referida a su noción clásica (como sistema axiomático lógico-deductivo) gestada históricamente<sup>29</sup>. Sin embargo, esa crisis no ha conllevado su abandono y su utilidad se mantiene tanto en una versión remodelada de la sistematicidad del Derecho, como a través de nuevas concepciones sistémicas. Así, podría resumirse que el paradigma sistemático ha experimentado una evolución notable que va de la sistematicidad lógica en la dogmática tradicional a la autorreferencia y la *autopoiesis* en las sociedades complejas contemporáneas.

En efecto, conviene retener que el concepto de sistema que se impone históricamente enraíza en la tradición aristotélica y se define en términos deductivos. Esto implica necesariamente que precisa de una lógica<sup>30</sup>. La clave está en que semejante idea de sistema culmina con el movimiento codificador traspasando el plano epistemológico y alcanzando el ontológico o, como describe gráficamente M. van Hoecke,

<sup>24</sup> *Vid.*, reciente, sobre las distintas dimensiones de la noción de sistema, incluida la ontológica, R. CARACCIOLLO, «Sistema jurídico», en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2.ª ed., 2000, pp. 161-176, esp. 164-166.

<sup>25</sup> Este giro desde la unidad al sistema no es privativo de las teorías autorreferenciales debidas a N. Luhmann o G. Teubner, el positivismo jurídico hace tiempo que admitió que la norma no cobra sentido sino dentro del ordenamiento, como N. Bobbio o J. Raz pueden ilustrar (ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2.ª ed. 2003, pp. 70 ss.; en el mismo sentido LEBEN, Ch., «De quelques doctrines de l'ordre juridique», *Droits*, núm. 33, 2001, p. 25).

<sup>26</sup> Ni que decir tiene que aquí el uso de «mito» es sociológico y antropológico: carece, por tanto, de connotación peyorativa alguna. Mito es una representación de la realidad tenida por válida y verdadera dentro de la conciencia compartida de una sociedad (BEAULAC, S., *The Power of Language in the Making of International Law. The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden, Nijhoff, 2004, p. 32).

<sup>27</sup> CUENA BOY, F., *Sistema jurídico y Derecho Romano*, Santander, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1998, p. 57.

<sup>28</sup> Esta problemática se simplificará en las consideraciones que siguen, aunque la cuestión es más compleja si se atiende en pureza a la noción de sistema. De excelente factura sobre la noción de sistema en la ciencia y en la ciencia jurídica, son las reflexiones de ALCHOURRÓN, C., BULIGYN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, edición digital basada en la edición impresa de Buenos Aires, Astrea, 2.ª reimpr., 1987, <http://www.cervantesvirtual.com>, acceso 1 de agosto de 2006.

<sup>29</sup> Es gráfico que, al afrontar un balance de la filosofía del Derecho hoy, E. Díaz aclare que «el término “sistema”, en una acepción tal vez no en exceso exigente y restrictiva, implica aquí al menos una cierta trabazón interna e incluso algún grado de coherencia de las normas entre sí y de ellas con las consecuentes decisiones derivadas de la legalidad» (DÍAZ, E., «Filosofía del Derecho: Legalidad-Legitimidad», en Muguerza, J., Cerezo, P. (eds.), *La filosofía hoy*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 312-313).

<sup>30</sup> BULIGYN, E., MENDONCA, D., *op. cit.*, p. 41.

«legal doctrine was transformed into positive law. Theory became part of reality»<sup>31</sup>. Como relata F. Cuena, la pandectística con su jurisprudencia de conceptos convierte al sistema en el núcleo de la nueva Ciencia jurídica. Teniendo como tema y objetivo principal «la elaboración dogmática y la construcción sistemática del derecho», la noción se exagera y el Derecho aparece como una «totalidad sistemática cerrada, libre de lagunas y lógicamente coherente»<sup>32</sup>.

Esta representación de sistema axiomático lógico-deductivo que posee las propiedades (características absolutas) de unidad, plenitud o completitud y coherencia ofrece el referente arquetípico que ha sido centro de críticas y que es, hoy, generalmente rechazado. Comenzando por la inaplicabilidad de la lógica clásica a las normas jurídicas (el conocido dilema de Jørgensen)<sup>33</sup>, ninguna de las características, que se han confesado a la postre como verdaderos dogmas, ha resistido sin una severa matización. La unidad, derivada hacia la validez de la norma, se ha empantanado en los callejones peliagudos de la pirámide kelseniana o la regla de reconocimiento hartiana. Por su parte, la plenitud o integridad y la coherencia no parecen exceder de aspiraciones del orden jurídico<sup>34</sup>, estados ideales que obligan a bregar en la realidad con lagunas normativas o normas generales residuales negativas o positivas y con construcciones de eliminación de antinomias a medio camino entre los momentos jurídicos de interpretación y de aplicación del Derecho<sup>35</sup>.

Esto, sin embargo, no ha cerrado el debate. En primer lugar, la teoría del derecho no ha abandonado, de ningún modo, el interés por el sistema normativo en sentido lato<sup>36</sup>. La *Escuela argentina* (que podrían engrosar, en una enumeración bastante heterodoxa, nombres como C. Alchourrón, E. Buligyn, C. Nino, R. Caracciolo, M. C. Redondo, D. Mendonca o, incluso, E. Garzón-Valdés)<sup>37</sup>, tan vinculada con España, no sólo mantiene el interés por la profundización en la noción de sistema normativo, sino que

<sup>31</sup> VAN HOECKE, M., *op. cit.*, p. 109.

<sup>32</sup> CUENA BOY, F., *op. cit.*, pp. 23-24.

<sup>33</sup> Este dilema se presenta con cuatro afirmaciones que no pueden ser ciertas a la vez: 1.º en lenguaje corriente, en contextos normativos se usan los conectores lógicos de forma similar al lenguaje descriptivo (proposiciones, inferencias, etc.), por lo que hay una lógica de normas que subyace al lenguaje corriente; 2.º en la tradición lógica, las relaciones de implicación y contradicción son en términos de verdadero/falso (V/F), de forma que sólo las proposiciones V/F pueden ser objeto de la lógica; 3.º las normas carecen de valores de verdad; 4.º No hay relaciones lógicas entre normas y por tanto no hay lógica de las normas (véase con más extensión en BULIGYN, E., MENDONCA, D., *op. cit.*, pp. 27-28; PÉREZ LUÑO, A.-E. *et al*, *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 4.ª ed., 2005, pp. 188-196).

<sup>34</sup> Resulta esclarecedora la matización de J. Raz al describir la *comprehensiveness* del sistema jurídico frente a los demás sistemas normativos: «Legal systems do not necessarily regulate all forms of behaviour. All that this test means is that they claim authority to regulate all forms of behaviour» (RAZ, J., «The Institutional Nature of Law», *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 117, cursiva original).

<sup>35</sup> Vid. RUIZ SANZ, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 101.

<sup>36</sup> Naturalmente, uno de los principales escollos que padece la aproximación sistemática normativa es identificar el concepto de norma y caracterizar como normas a todos los componentes de un orden jurídico. De ahí que se opere más con enunciados jurídicos, algunos de los cuales contengan proposiciones normativas (BULIGYN, E., MENDONCA, D., *op. cit.*, p. 43). En este sentido, véase también RAZ, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 2.ª ed., pp. 168-186).

<sup>37</sup> Quizás la obra más señalada sea ALCHOURRÓN, C. y BULIGYN, E., *Normative systems*, Viena, Springer, 1971. Existe una versión posterior en castellano *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 2.ª reimpr., 1987, citada en nota 28. Vid. igualmente, CARACCILO, R., *La noción de sistema en la teoría del Derecho*, México D. F., Fontamara, 1994.

demuestra, a mi juicio, su capacidad heurística, esto es, su aptitud como herramienta, al menos como una más, para desentrañar y enjuiciar grandes debates teóricos clásicos o actuales<sup>38</sup>. Así, el interés por el estudio del sistema no sólo ha aportado distinciones útiles como las de sistemas abiertos y cerrados, internos y externos o estáticos y dinámicos<sup>39</sup>, sino que ha avanzado en las implicaciones y consecuencias de su utilización, incluyendo naturalmente un mejor conocimiento de sus limitaciones<sup>40</sup>.

En este sentido, creo que merece destacarse cómo el sistema se escora hacia la *unidad entendida como estructura formal*<sup>41</sup>. Ya en H. Hart son las normas secundarias las que determinan la existencia de un sistema y, como afirma J. Raz, en todo caso el asunto de la unidad formal precede al de la unidad material, por demás muy poco tratado<sup>42</sup>. Esta estructura formal garantiza la unidad del orden jurídico haciendo coincidir criterios de identificación de normas y de pertenencia al sistema (los criterios de «deducibilidad» y de «legalidad» o creación por autoridad competente)<sup>43</sup>, pero extrayéndolos del mundo jurídico, es decir, justificando por qué debe negárseles el carácter de normas jurídicas del sistema<sup>44</sup> y, especialmente, presuponiendo la existencia de un conjunto de normas independientes (la llamada base axiomática), es decir, de un sistema originario<sup>45</sup>.

A mi modo de ver, lo interesante está en que esta construcción deja claro que la dimensión material interna de la unidad, esto es, la coherencia sustantiva del sistema es una cuestión distinta, pues si el criterio de deductibilidad aporta al sistema una alta dosis de coherencia en términos de lógica deóntica, la compatibilidad o coherencia entre las normas independientes que forman el sistema originario (y, consecuentemente, entre sus consecuencias lógicas) no viene demostrada, sino eventualmente

<sup>38</sup> Sirva el brevísimo artículo de BULIGYN, E., «Sistema deductivo y sistema interpretativo», *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 55-60, donde el autor compara su concepción de «sistema deductivo», con la concepción de R. Dworkin, que califica de «sistema interpretativo».

<sup>39</sup> Véase sobre alguna de ellas F. Cuenca Boy, *op. cit.*, pp. 32-45. De todos modos, es cierto que no existe convención sobre el significado de estas clasificaciones. En un uso diverso y situado claramente en un plano epistemológico, K. Larenz ensaya, frente a un sistema abstracto o conceptual, la construcción de un sistema interno, dinámico y fragmentario apoyado en las categorías de tipo jurídico, principio de necesaria concreción y conceptos determinados por la función (LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2.ª ed. 2001, pp. 436-482).

<sup>40</sup> Puede ilustrar esta profundización ALCHOURRÓN, C., BULIGYN, E., «Sobre el concepto de orden jurídico», *loc. cit.*, pp. 393-407.

<sup>41</sup> No entraremos en la distinción entre orden jurídico y sistema jurídico. Mientras que el sistema viene compuesto por todos los enunciados normativos (base axiomática) y sus consecuencias lógicas, el orden jurídico constituye la sucesión temporal de sistemas normativos en los que se produce variación de su base axiomática (BULIGYN, E., MENDONCA, D., *op. cit.*, pp. 41-49). Por lo que afecta a las consideraciones que siguen, esto es, la desviación hacia la dimensión formal, la base axiomática es al sistema lo que el sistema originario es al orden jurídico, un presupuesto material. Partiendo de otra distinción entre orden jurídico y sistema jurídico, M. Aznar confirma, en una contribución muy reciente, la deriva formal de la noción de sistema jurídico (AZNAR GÓMEZ, M. J., «En torno a la unidad sistémica del derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 59, núm. 2, 2007, pp. 563-594).

<sup>42</sup> RAZ, J., *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 2-4.

<sup>43</sup> El *criterio de deducibilidad* fija como normas del sistema todas aquellas consecuencias lógicas de las normas válidas, mientras que el *criterio de legalidad o autoridad competente* reconoce como norma del sistema toda aquella norma que ha sido creada por una autoridad a la que una norma válida ha atribuido competencia para ello.

<sup>44</sup> Véase BULIGYN, E., MENDONCA, D., *op. cit.*, pp. 49-58.

<sup>45</sup> Es ilustrativa distinción que hacen J. Moreso y P. Navarro, al tratar de la identificación y pertenencia de las normas dependientes y de las independientes (MORESO, J. J., NAVARRO, P. E., *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 49-91).

postulada. Otro tanto, esto es ser un postulado en sentido estricto, ocurre con la «racionalidad del legislador»<sup>46</sup>.

De esa manera, se puede observar que esta concepción del sistema jurídico hace contingente su dimensión material (el conjunto de normas independientes o base axiomática) que, a fin de cuentas, es lo que le da identidad y permite definir un sistema jurídico concreto frente al resto<sup>47</sup>. *Se convierte, de esta manera, el sistema en un instrumento (en racionalidad técnica) con poca capacidad para contestar el contenido material del ordenamiento, ya que el Derecho así entendido tiende a garantizar más bien el valor seguridad, la previsibilidad de los actos políticos de creación y aplicación de normas*<sup>48</sup>. Es inevitable recordar a E. Cioran y su condena de todo sistema como reaccionario<sup>49</sup>.

Un segundo aspecto diferente de esta construcción sistemática más rigurosa nos alerta sobre la pervivencia del sistema en la comprensión del Derecho, aunque esta vez proceda de la teoría social. Como indica M. Barcellona, «la dottrina giuridica si ritrova sospinta dalla sua stessa critica antisistemica in un'autentico paradossso: essa adduce a ragione dell'incomprensibilità sistemica del diritto uno stato sopravvenuto della società che la teoria sociale rappresenta come solo sistematicamente comprensibile»<sup>50</sup>. En definitiva, parece difícil negar al Derecho la cualidad sistemática cuando la sociedad se comprende hoy en términos necesariamente sistémicos.

Es seguramente poco discutible que, entre los modelos que la teoría general de sistemas ha aportado, el que ha adquirido una mayor relevancia en el mundo jurídico ha sido la teoría de los sistemas autorreferenciales o autopoieticos que N. Luhmann y G. Teubner han desarrollado con amplitud<sup>51</sup>. No interesa dar aquí una cuenta detalla-

<sup>46</sup> En efecto, «el modelo del derecho sistema *presupone* que las normas que lo componen se crean de una manera racional» (CARACCILO, R., *op. cit.*, p. 64, cursiva añadida). En el mismo sentido, LUHMANN, N., *op. cit. infra* nota 53, p. 336.

<sup>47</sup> *Vid.* ilustrativo de este olvido del contenido por el útil-sistema RAZ, J., «The Identity of Legal Systems», *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, 1979, esp. pp. 78-81. No obstante, no debe olvidarse que para este filósofo el concepto de «legal system» es meramente intelectual sin, en teoría, pretensión ontológica o prescriptiva alguna.

<sup>48</sup> CARACCILO, R., *op. cit.*, p. 62.

<sup>49</sup> Apuntado ya en su *Ensayo sobre el pensamiento reaccionario* [CIORAN, E. M., «Ensayo sobre el pensamiento reaccionario (A propósito de Joseph de Maistre)», en *Ejercicios de admiración. Ensayos y retratos*, Barcelona, Tusquets, 4.ª ed., 2007, pp. 11-65, esp. pp. 50-51], con claridad afirma este filósofo rumano: «Este es el drama de todo pensamiento estructurado, el no permitir la contradicción. Así se cae en lo falso, se miente para resguardar la coherencia (...) En el sistema sólo habla el controlador, el jefe. El sistema es siempre la voz del jefe: por eso todo sistema es totalitario, mientras que el pensamiento fragmentario permanece libre» (CIORAN, E. M., «Conversación con Fernando Savater», en *Conversaciones*, Barcelona, Tusquets, 4.ª ed., 2005, pp. 21-22).

<sup>50</sup> M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Turín, Giappichelli Editore, 1996, p. 25. Alude M. Barcellona a la identificación del sistema con la sociedad burguesa capitalista liberal y, en consecuencia, a la crítica que sostiene que la complejidad de la sociedad actual no podría ser explicada por ese instrumento sistemático.

<sup>51</sup> Naturalmente, es el sociólogo enciclopédico N. Luhmann el padre de esta concepción que desarrolló desde los años 70. Su ensayo sobre la unidad del sistema jurídico se convirtió en un clásico en los años 80 (*vid.*, por ejemplo, «L'unité du système juridique», *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, pp. 163-188). Sin embargo, creo que la acogida y divulgación que G. Teubner le ha prodigado en el mundo de la filosofía del derecho justifica situarlos juntos [*vid.* TEUBNER, G. (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, en especial «Evolution of Autopoietic Law», en pp. 217-241].

da del alcance de esta complicada teoría, baste recordar los aspectos principales que permiten apreciar la entidad paradigmática del modelo.

La comprensión del funcionamiento de las sociedades actuales sólo ha sido posible a través de la reducción de la complejidad que producen la diversificación y diferenciación funcional (autonomía) de los distintos subsistemas que la componen (derecho, política, economía, religión, arte, etc.) La sociedad se conforma como una masa ingente de comunicaciones, de actos comunicativos. Ningún sistema podría gestionar tal complejidad (causalidad múltiple), esto es, observarlos y responder a todos ellos desempeñando todas las funciones. Las sociedades han evolucionado, por ello, hacia la diferenciación en subsistemas autorreferenciales o autopoieticos<sup>52</sup>. Esto significa que el sistema jurídico, como el resto, es hermético, es decir, cerrado respecto del entorno, aunque desde el punto de vista cognitivo sea abierto (y, observe, por tanto, todas las comunicaciones e, incluso, se observe a sí mismo). Dada su clausura operativa, el sistema jurídico actúa reproduciendo su entorno internamente respecto de aquellas comunicaciones que son jurídicamente significativas. Para esta identificación, el sistema opera con la distinción estructural básica entre hecho/norma mediante la aplicación de un código binario (legal/ilegal) que le es propio y según programas (en su mayoría condicionales) que pueden ser de primero, segundo o incluso tercer grado de observación. El resultado son comunicaciones legales, de manera que el propio sistema se reproduce a sí mismo<sup>53</sup>.

Aunque no esté exento de críticas<sup>54</sup>, caben pocas dudas de que este modelo sistémico encierra potencialidades extraordinarias para profundizar en la propia teoría del derecho, una vez superado el patrón sistémico neokantiano. Entiendo que la justificación que ofrece de la autonomía del Derecho frente a otros subsistemas (en particular la política) posee un mayor rigor y solidez. No menos ocurre con la concepción de la validez de las normas jurídicas y la explicación de por qué no cabe encontrar fuera del Derecho su fundamento (usando una expresión frecuente en este contexto, de por qué la validez es circular), lugares donde han naufragado concepciones tan valiosas como las de H. Kelsen o H. Hart<sup>55</sup>.

Sin embargo, a pesar de la liberación (más bien aparente) de las ataduras sistemáticas tradicionales<sup>56</sup>, creo que merece destacarse que las preocupaciones sobre la

<sup>52</sup> No entro en el detalle, ni en consecuencia utilizo en términos estrictos los conceptos de autorreferencia, autopoiesis, autonomía, clausura, etc. Baste con advertir que existen diferencias entre los mismos autores fundadores de la teoría (los biólogos chilenos Varela y Maturana), cuando no oposición con respecto a la cibernética de la que extraen parte de su contenido. Es muy clarificadoramente la contribución de DUPUY, J. P., «On the Supposed Closure of Normative Systems», en TEUBNER, G. (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 51-69.

<sup>53</sup> Muy reciente, puede consultarse LUHMANN, N., *Law as a social system*, Oxford, Oxford University Press, 2004, obra que contiene una excelente Introducción a cargo de R. Nobles y D. Schiff (pp. 1-52) que hace muy accesible la, en ocasiones, difícil lectura de N. Luhmann. Véase, también, la edición en español LUHMANN, N., *El Derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, la crítica de NEHROT, P., «The Fact of Law», en TEUBNER, G. (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 312-334 o de OST, F., «Between Order and Disorder: The Game of Law», en TEUBNER, G. (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 70-83.

<sup>55</sup> CARACCILO, R., *op. cit.*, pp. 70 ss.; BULIGYN, E., MENDONCA, D., *op. cit.*, pp. 51-58.

<sup>56</sup> A mi modo de ver, más que una liberación, se produce una explicación alternativa de ellas. Esto es visible especialmente respecto de la plenitud del subsistema jurídico que resulta del significado estructural de poder acudir a los tribunales y de la prohibición del *non liquet*. No se trata de un desarrollo lógico, sino antes bien, de una paradoja que posibilita, en un momento histórico concreto, la clausura operacional

coherencia del conjunto siguen presentes en la construcción Luhmanniana. Por más que el sistema se haya emancipado de su dimensión instrumental y parezca haber cobrado vida propia<sup>57</sup>, dentro de él siguen estando las preocupaciones por la consistencia y la coherencia de su funcionamiento y de su evolución. En efecto, no sólo el sistema jurídico dispone de un grupo de profesionales específico (doctrina y judicatura) dedicado a dar consistencia a las expectativas normativas que genera el sistema, sino que incluso cierta coherencia viene asegurada a través de programas internos de auto-observación (*justice as equality*) que analiza si los programas del sistema operan consistentemente o si debe desencadenarse un cambio. A este respecto, interesa menos debatir si la razón última de ello es funcional o esencial<sup>58</sup>, cuanto apuntar que esto reintroduce la cuestión de la coherencia dentro de la aproximación al Derecho desde el sistema y que ésta debe mucho a los tribunales<sup>59</sup>.

### III. DE CIERTAS ACEPCIONES DE «SISTEMA» EN DERECHO INTERNACIONAL

En Derecho internacional, el concepto de sistema no ha sido estudiado suficientemente y casi podría decirse que se afana por mantenerse en niveles preteóricos<sup>60</sup>. Se

---

del Derecho (que conlleva, a su vez, la consagración de la unidad del sistema jurídico en su sentido clásico) reajustando la diferenciación entre legislación y jurisdicción, es decir, reformulando qué es y a quién corresponde la *jurisdictio*. No es casual que ese momento histórico sea identificado por LUHMANN en el siglo XIX (*vid.* el capítulo 7 «El lugar de los tribunales en el sistema jurídico», en LUHMANN, N., *El Derecho...*, *op. cit.*, pp. 359-399).

<sup>57</sup> Se trata sin duda de un cambio paradigmático: el paradigma de la autopoiesis [NELKEN, D., «Changing Paradigms in Sociology of Law», en Teubner, G (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 191-216]. No en vano N. LUHMANN es pesimista sobre el futuro del sistema jurídico, una vez desligado de la mano directiva humana (LUHMANN, N., *Law as...*, *op. cit.*, pp. 464 ss.)

<sup>58</sup> Esto es, si debe alinearse con la función social del sistema jurídico (creación de expectativas normativas) o con su misma esencia sistémica. Según la primera, aunque la clausura del Derecho le proporciona una elevada capacidad de tolerar el disenso mediante su externalización a otros sistemas, ésta no es ilimitada. En razón de la segunda, el funcionamiento del sistema sobre la base de programas que operan continuamente genera *per se* consistencia, seguramente mayor cuanto menor sea el número de programas. La cuestión radica en que la justicia opera como un modelo de consistencia contingente, lo que obliga a operar con valores sustantivos. Dicha sustantivación de los valores informadores reconduce a una observación de la coherencia del sistema también material. Lo que converge, finalmente, con la apreciación generalizada de que la coherencia es algo más que consistencia lógica. En última instancia y sea cual sea el modelo explicativo, creo que en el fondo está la dificultad de aceptar que la creación de expectativas normativas de la sociedad responda a pulsiones arbitrarias.

<sup>59</sup> Cuestión que está lejos de haber sido resuelta. Sobre coherencia, véase DICKSON, J., «Interpretation and Coherence in Legal Reasoning», en ZALTA, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret>, acceso 3 de agosto de 2006. De tenor más filosófico, vinculado a las teorías coherenciales de la verdad, de la creencia justificada, de la ética y de la justicia, KRESS, K., «Coherence», en Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge (USA), Blackwell, 1996, pp. 533-552.

<sup>60</sup> *Vid. ad ex.*, las consideraciones que Brownlie realiza sobre la unidad del ordenamiento internacional, *que entiende como una premisa*, tanto que «the unity of the law in practice has, however, often been obscured by the pretensions of doctrine and the parochialism of the literature» (BROWNLIE, I., «Problems Concerning the Unity of International Law», en *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, tomo I, pp. 153-162, cita en s. cursiva añadida).

trata, como ha descrito E. Wyler, de un uso «à titre métaphorique, et non paradigmatique», cuyo fin implícito «consiste à susciter des associations conceptuelles dans l'esprit du lecteur, faisant appel à un fond culturel commun»<sup>61</sup>.

Es posible que el origen de esta situación no sea tan enigmático como, a primera vista, podría parecer. El concepto de sistema como un conjunto derivado de un principio viene englobado y casi presupuesto por la concepción iusnaturalista en la que el Derecho internacional se gesta. Cuando el iusnaturalismo cede el paso al positivismo jurídico, el mantenimiento del concepto neokantiano de sistema deriva todo su peso al fundamento de la obligatoriedad del Derecho internacional<sup>62</sup>. Pareciera que, encontrado tal fundamento, el sistema jurídico internacional se derivaría automáticamente. No obstante, si algo cabe aprender de la profundización en el concepto de sistema es que la validez es un camino escasamente prometedor que termina, en el mejor de los casos, en la autorreferencia y a la que el sistema en cuanto tal poco puede aportar<sup>63</sup>. No es de extrañar, pues, que tal vía parezca haber quedado desierta. Ahora bien, como ha apuntado D. Alland al hilo del concepto de ordenamiento jurídico, la noción «a survécu, de telle sorte qu'il s'est mû en moyen discret d'économiser une question classique, dont il est entendu qu'elle est désuète. En simplifiant beaucoup, on peut dire des présentations contemporaines qu'elles s'arc-boutent sur l'ordre juridique international pour éviter le problème des fondements, rejeté (peut-être non sans sagesse) dans le champ de la spéculation philosophique»<sup>64</sup>.

Ahora bien, desde otra perspectiva, llama poderosamente la atención ese desinterés internacionalista por el sistema cuando se observa que, de acuerdo con el modelo clásico, el ordenamiento jurídico internacional tiene muchas dificultades para encajar en términos sistemáticos<sup>65</sup>. Jean Salmon, en un trabajo reciente, desgrana buena parte de las dificultades de afrontar seriamente la sistematicidad del Derecho internacional en términos clásicos<sup>66</sup>. Aparecen, naturalmente, los problemas de incerteza en el contenido de las normas secundarias, de plenitud (en especial, con posterioridad al dicta-

<sup>61</sup> WYLER, E., «Propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière de la théorie de Georges Abi-Saab», en BOISSON DE CHAZOURNES, L., GOWLLAND-DEBBAS, V. (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, pp. 23-24.

<sup>62</sup> Según Luhmann, partiendo de la antigua tradición epistemológica que define formalmente un sistema como una construcción hecha a partir de un principio, «le néokantisme, en particulier, donna à cette notion une forme plus consistante et plus élaborée en y voyant un ordonnancement, dans le cadre de lois, d'objets qui revendiquent, non pas une existence empirique, mais la validité» (LUHMANN, N., *loc. cit.*, p. 163).

<sup>63</sup> En parte porque, como se ha dicho, «la dogmatique juridique prend la notion de validité en son sens relatif, et no celui absolu [...] pour elle la question ne se pose pas en termes de savoir quelle est la différence entre toutes les normes valides en général, et celles non valides, mais seulement comment reconnaître les normes valides au sein d'un système [...] Ainsi la conception acceptée de la validité pré-suppose la thèse de la systémicité du droit» (PLESZKA, K., GIZBERT-STUDNICKI, T., «Le système du droit dans la dogmatique juridique», *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, p. 108, cursiva añadida). De ahí, el problema de las normas inválidas en la explicación sistemática del Derecho (vid. MORESO, J. J., NAVARRO, P. E., *op. cit.*, pp. 101-108).

<sup>64</sup> ALLAND, D., «Ordre juridique international», *Droits*, núm. 35, 2002, p. 90.

<sup>65</sup> Véase, en este sentido, ABELLÁN HONRUBIA, V., «Sobre el método y los conceptos en Derecho internacional público», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Universidades de Sevilla, Córdoba y Málaga, 2005, pp. 55-61.

<sup>66</sup> SALMON, J., «Le droit international à l'épreuve au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional (CEBDI)*, vol. 6, 2002, pp. 75-115.

men del TIJ respecto de la *Licitud del uso de armas nucleares*)<sup>67</sup>, de coherencia, de universalidad y de no contradicción. Como señala el autor belga, «dans cet ordre juridique, les problèmes résultent moins du fait qu'il y a peu de règles (doctrine du *Lotus*) que du fait qu'il y en a trop, d'origine et poids disparates. Ainsi, des contradictions surgissent du fait que les règles sont souvent créées de manière fragmentaire et cloisonnée»<sup>68</sup>. No debe extrañar la apelación a que la nomogénesis descentralizada (en verdad no menos que su interpretación, aplicación y ejecución que J. Salmon reconduce hacia la carencia de centralización en el sistema institucional) desempeñe un papel clave al respecto si recordamos hasta qué punto el paradigma sistemático está vinculado con el dogma de la racionalidad del legislador y del aplicador del Derecho.

Naturalmente, lo dicho no implica que el sistema haya estado fuera por completo del pensamiento jurídico internacional, en especial, como no podía ser de otra manera, en los desarrollos más recientes. Dejando de lado aportaciones de mayor valor para otras ramas<sup>69</sup>, el sistema aparece en la literatura internacional en sus acepciones clásicas, desde las de carácter agregativo<sup>70</sup> a las inclinadas sobre la unidad de la estructura formal o material<sup>71</sup>, o las más cercanas a la dogmática jurídica tradicional (T. Perassi)<sup>72</sup>.

Sin embargo, la formulación más acabada parece reconocerse a G. Abi-Saab, en cierta oposición a la delimitada por J. Combacau<sup>73</sup>. G. Abi-Saab, en efecto, reconoce

<sup>67</sup> Aunque nos ocuparemos *infra*, recuérdese que el TIJ reconoció su incapacidad para decidir la cuestión de si es lícito o ilícito el uso de armas nucleares en una circunstancia extrema de legítima defensa, donde la propia supervivencia del Estado está comprometida (*vid. infra* notas 88-90 y texto concordante).

<sup>68</sup> SALMON, J., *loc. cit.*, p. 104.

<sup>69</sup> Resulta, quizá, más útil para comprender la repercusión del Derecho internacional por parte de los estudiosos de las Relaciones internacionales que para los iusinternacionalistas propiamente, la contribución reciente de DIEHL, P. F., KU, Ch., ZAMORA, D., «The Dynamics of International Law: The Interaction of Normative and Operating Systems», *International Organization*, vol. 57, 2003, pp. 43-75.

<sup>70</sup> Es el caso de R. Monaco, cuando aborda los perfiles sistemáticos del Derecho internacional. Aunque parece atenerse a un concepto de sistema jurídico basado sobre la estructura formal de nomogénesis, en realidad discurren sus reflexiones sobre la distribución sistemática de los contenidos del Derecho internacional, sobre las eventuales ramas que una sistematización de contenidos se vería obligada a acometer (MONACO, R., «Profili sistematici del Diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69, 1986, pp. 745-761). Véase, igualmente, el intento de división en 13 campos que realizó la CDI (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. 1996, II-2.ª, p. 97).

<sup>71</sup> En efecto, aunque los estudios inclinados sobre la estructura formal abundan más, no faltan aquellos que se ocupan de la unidad material, como W. Graf Vitzthum. Concibiendo ésta como la igualdad soberana, la prohibición del uso de la fuerza y la protección de los derechos humanos, repasa las grandes tendencias que la han desafiado durante el siglo XX: el Derecho internacional soviético, del desarrollo, islámico y hegemónico (GRAF VITZHUM, W., «Die herausgeforderte Einheit der Völkerrechtsordnung», en *Weltinnenrecht: Liber amicorum Jost Delbrück*, Berlín, Duncker & Humblot, 2005, pp. 850-864).

<sup>72</sup> Entiéndase esta apelación a Perassi con las matizaciones necesarias (*vid. la contribución, devenida clásica, de CASANOVAS Y LA ROSA, O., «La vuelta a la teoría», en Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 186). Por su excesivo espíritu de sistema y su ceguera hacia la realidad, tanto esta concepción, como la derivada del normativismo kelseniano extremo, es la que criticaba DE VISSCHER, Ch., «Méthode et système en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 138, 1973-I, pp. 75-79.

<sup>73</sup> Seguimos en esto la presentación de WYLER, E., *loc. cit.*, pp. 42-47. Desafortunadamente, P.-M. DUPUY no aporta un análisis profundo del concepto de ordenamiento jurídico internacional, sino que se inclina a una investigación más terminológica y de doctrina comparada (*supra* nota 15 y en el mismo sentido, HALPERIN, J. P., *loc. cit.*, pp. 41-52); por demás, su concepción del ordenamiento jurídico, si bien resulta dual (unidad formal y unidad sustancial), descansa en una dosis alta sobre la construcción o estructura abi-saabiana de Kelsen, Romano y Hart (DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique...», *loc. cit.*, pp. 59 ss.)

su adhesión al concepto organicista de inspiración biológica debido a uno de los padres de la teoría general de sistemas (L. von Bertalanffy), pero saca también provecho para su construcción de las mejores aportaciones de H. Kelsen, S. Romano y H. Hart. De esta manera, a pesar de estar constituido por una serie de estructuras y mecanismos de gestión jurídica<sup>74</sup> es el asentamiento y alimentación continuada con su entorno social el que otorga al sistema jurídico internacional su especificidad, particularidad que se manifiesta en la forma en que desarrolla sus funciones formales normativa, judicial y ejecutiva<sup>75</sup>.

Por su parte, para J. Combacau el sistema viene configurado por ciertas estructuras cuya modificación no puede producirse sin un cambio propiamente sistémico, es decir, sin que cambie el sistema. Este asegura, en abstracto, su coherencia formal mediante un criterio de relación de sus normas basado en su total indiferenciación (léase jerárquica) y en la legalización (léase aceptación empírica, lógica, convencional u otra) del conjunto y mediante la creación de cadenas normativas que gobiernan la relación de las normas con los hechos. Desde una perspectiva concreta, la coherencia sustancial está articulada sobre una lógica intersubjetiva que determina una horizontalidad esencial<sup>76</sup>.

Las tesis luhmannianas no han calado en demasía en el contexto internacional y parecen haberse reducido a acoger las teorías del pluralismo jurídico y, esencialmente, a indagar acerca de un Derecho global sin Estados (*Global law without a State*) generado en torno a la *lex mercatoria* o la *lex digitalis* y facilitado por el proceso de globalización fragmentada en curso<sup>77</sup>. Dos autores merecen una mención al respecto. S. Oeter ha explorado con detenimiento las potencialidades que la teoría de Niklas Luhmann y Gunther Teubner ofrece para el Derecho internacional, en especial «if one is struggling with the essential questions underlying international legal doctrine, like the fundaments of the «binding nature» of international law as such, its separateness from politics, the resulting questions of how politics is transformed into law in the course of customary legal process»<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> El sistema jurídico viene definido como «la manière dont une société donnee genre, gère et digère les normes, ou l'ensemble des structures et mécanismes de gestion juridique qu'elle se donne et qui détermine non seulement sa réaction à la violation des normes et les méthodes, moyens et garantie de leur mise en œuvre, mais également le cycle de vie de ces normes: leur création, leur évolution et leur éventuelle disparition» (ABI-SAAB, G., «Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 207, 1987-VII, p. 41). Con un apoyo mayor en Hart y Bobbio, pero tratando de vincular su función a la regulación de los conflictos de intereses que se dan en toda sociedad, construye una concepción de sistema (calificado como normativo complejo) de sesgo también esencialmente formal CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional (CEBDI)*, vol. 2, 1998, pp. 57-60.

<sup>75</sup> ABI-SAAB, G., *loc. cit.*, pp. 120-317. Las consideraciones materiales o el contenido del Derecho internacional no forman, en sentido estricto, parte de su concepción del sistema jurídico, antes bien, es esta concepción de sistema la que explica aquel contenido.

<sup>76</sup> COMBACAU, J., «Le droit international: bric-à-brac ou système?», *Archives de philosophie du droit*, vol. 31, 1986, pp. 85-105.

<sup>77</sup> Es justo la posición de TEUBNER, G., «“Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 3-28. En un sentido crítico con el pluralismo jurídico, véase ROBERTS, S., «After Government? On Representing Law Without the State», *Modern Law Review*, vol. 68, 2005, pp. 1-24.

<sup>78</sup> OETER, S., «International Law and General Systems Theory», *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, p. 93. Sin embargo, en tanto que visión sociológica del Derecho, estima que poco puede

A. Fischer-Lescano es el autor que seguramente simboliza mejor el intento de traer al orden internacional las teorías autopoieticas. En este sentido, en una reciente contribución, engarza la paradoja de la soberanía en Derecho internacional a través del acoplamiento estructural (*strukturelle Kopplung*) entre los subsistemas jurídico y político que implica una Constitución. Ésta, en su opinión, está emergiendo en el orden global a través de la globalización de los recursos jurisdiccionales, de las normas de *ius cogens* como constitución formal y de la existencia de normas que regulan cómo las normas adquieren validez (señaladamente el art. 38 del ETIJ)<sup>79</sup>. Naturalmente, y este autor no niega las dificultades que se derivan de ello, buena parte del meollo gira en torno a la complicada y débil posición de los tribunales en el orden internacional, pues, recordemos, son los tribunales quienes, por su mayor aislamiento cognitivo del entorno, se sitúan en el centro del sistema y determinan la gran mayoría de los procesos.

#### IV. DE LA NOCIÓN DE SISTEMA EN LOS TRABAJOS DE LA CDI SOBRE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

El escaso eco de la noción de sistema o, con mayor propiedad, la polivalencia que despliega dicha noción en el pensamiento internacionalista se ha revivido en la escurridiza posición que ha tenido en el debate sobre la fragmentación del Derecho internacional que la CDI ha desarrollado durante varios años<sup>80</sup>.

El recorrido resulta más que curioso, como vamos a tener ocasión de repasar, pues podría decirse que el debate de la fragmentación desvía la coherencia a la unidad, esto es, a lo estructural. Negado expeditivamente el fenómeno en el plano estructural (es decir, afirmada la unidad), el asunto se torna, al parecer, en un cuestión técnica (¿menor?) de resolución de conflictos normativos, que se solventa hermenéuticamente mediante la afirmación de una coherencia inmanente. Esto es, para justificar la condición sistemática del Derecho internacional, la (in)coherencia llevó a la unidad, la unidad se redujo mero tecnicismo y lo técnico desembocó en lo inmanente. Las claves de este más que sorprendente recorrido de la CDI son esencialmente dos: la reducción del sistema a una muy humilde coherencia y la (si se permite la expresión que admitimos fea) hermeneutización del tema de la fragmentación. El presupuesto, uno: confinar el concepto de

---

aportar al trabajo del jurista en cuanto tal, mientras que su elevada abstracción y fijación en la estructura también aminoran su utilidad en estudios más específicos del proceso jurídico internacional, al que el constructivismo o la teoría de regímenes internacionales pueden ofrecer, a su juicio, mejores herramientas.

<sup>79</sup> FISCHER-LESCANO, A., «Die Emergenz der Globalverfassung», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63, 2003, pp. 717-760.

<sup>80</sup> Introducida en la agenda en 2000, la cuestión de la fragmentación cobró cuerpo como causante de riesgos en sus primeros momentos. A partir de 2003, bajo el magisterio de M. Koskeniemi, las connotaciones negativas desaparecieron. Fruto de los trabajos del Grupo de Estudio es el extenso Informe de 13 de abril de 2006 sobre «Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional» (ya citado). Las conclusiones finales del Grupo de Estudio (A/CN.4/L.702), de las que se tomó nota en agosto de 2006, constituyen el resultado final de la labor de la CDI [Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre su 58.º período de sesiones (1.º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), A/61/10, p. 444, § 240].

sistema dentro del más ambiguo de los espacios. Veamos estos extremos con algo más de detenimiento.

En efecto, la CDI mantiene la noción de sistema en una indefinición, cuando no en una polisemia conceptual, que le permite aprovechar las connotaciones que configuran su naturaleza mítica y que, en última instancia, la exime de ulteriores pruebas. Así, aparenta adoptar un concepto amplio, poco exigente, entendiendo que el Derecho es un sistema porque «las decisiones, reglas y principios de que está compuesto no se relacionan aleatoriamente», para inmediatamente después eliminar cualquier dimensión ontológica y reducirlo a puro sistema externo, afirmando que «ello no puede entenderse como una reafirmación de algo que ya «existe», antes del propio esfuerzo de sistematización. [ya que] No existe voluntad legislativa única tras el derecho internacional»<sup>81</sup>. Ahora bien, dado que el razonamiento jurídico es una actividad *intencional*, «debe ser visto no solamente como una aplicación mecánica de normas, decisiones o pautas de comportamiento aparentemente aleatorias, sino como la operación *de un sistema* orientado hacia algún objetivo humano»<sup>82</sup>. No queda justificado, dicho sea de paso, por qué un solo sistema<sup>83</sup>.

De esta manera, en la presentación de la CDI, *son la interpretación y el razonamiento jurídicos los que construyen las relaciones sistémicas entre reglas y principios, al considerarlos parte de una actitud o finalidad humana*. Sin embargo, la razón por la cual no sólo académicos, sino también jueces y administradores deben buscar y construir esas relaciones sistémicas (donde no hay voluntad legislativa única), se encuentra en la naturaleza «agrupada» en que aparecen las reglas y principios jurídicos, aunque también se pueda racionalizar como la «obligación política» impuesta a los operadores jurídicos de adoptar sus decisiones en coherencia con las preferencias y expectativas de la comunidad<sup>84</sup>. Obsérvese el giro ontológico y teleológico que dibuja aquí la CDI y que, lógicamente, distancia la sistematicidad del Derecho de una dimensión estrictamente epistemológica.

Esta ambigüedad, que no se disipa en ninguna parte del Informe<sup>85</sup>, no obsta para que, con estas mimbres, la Comisión adopte justamente como conclusión primera ésta: «El derecho internacional es un sistema jurídico. Sus reglas y principios (o sea, sus normas) surten efecto en relación con otras normas y principios, y debe interpretarse en el contexto de éstos. En su condición de sistema jurídico, el derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellas existen relaciones

<sup>81</sup> CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, §§ 33-34, p. 24.

<sup>82</sup> *Ibidem*, § 34, p. 25, cursiva añadida.

<sup>83</sup> No pretendemos adherirnos aquí a la «moda del pluralismo jurídico» (MORET-BAILLY, J., «Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques», *Droits*, núm. 35, 2002, pp. 195-206), tema ciertamente complejo para despacharlo en una nota a pie, sino alertar ya sobre una patente asunción previa que, con posterioridad, el mismo informe debiera, en buena lógica, fundamentar debidamente. Desde el punto de vista histórico, una visión, acaso positiva en exceso, del orden medieval como un orden jurídico pluralista, *vid. GROSSI, P., El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

<sup>84</sup> CDI, «Fragmentación del Derecho internacional...», *loc. cit.*, §§ 34-35, pp. 25-26, cursiva añadida. Merece mencionarse que la traducción al español del Informe desmerece en algunos aspectos, por ejemplo, la naturaleza de esta obligación es distinta (política en las versiones inglesa y francesa, y jurídica en la española). No es el único caso de traducción a la baja.

<sup>85</sup> Por ejemplo, *ibidem*, §§ 419-423, pp. 242-244. La amalgama teórica existente a lo largo del Informe es más que notable y basta con revisar sus anotaciones para advertir el carácter más que sincrético que tiene la construcción de la CDI.

significativas. Así pues, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede requerir criterios generales o específicos en mayor o menor medida, y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores»<sup>86</sup>. Se trata, en apariencia, de una acepción de sistema bastante limitada y formal, ya que éste parece quedar reducido a coherencia y ésta, a su vez, a la existencia de técnicas de prevención y eliminación de antinomias<sup>87</sup>. Merece la pena detenerse con brevedad en alguno de los pasos del razonamiento de la CDI que conducen a este resultado.

El primer aspecto que se debe destacar es el destierro de la plenitud del Derecho internacional en cuanto tal. A pesar de que, desde el paso del iusnaturalismo al positivismo, la plenitud está profundamente ligada a la unidad como premisa, la CDI no se preocupa de argumentar el carácter pleno del ordenamiento internacional, lo cual es particularmente llamativo tras el *non liquet* de la CIJ en el asunto de la *Legalidad del uso de armas nucleares*<sup>88</sup>. No existe apelación o refutación de la regla residual que podría simbolizar la doctrina del *Lotus*<sup>89</sup>, no existe enumeración de técnicas para completar las lagunas (analogía u otras)<sup>90</sup>, más bien parece afirmarse tangencialmente que el vacío jurídico es una *imposibilidad conceptual*, al menos en el contexto de la *lex specialis*<sup>91</sup>, lo que equivale a decir en el contexto de la fragmentación.

En segundo lugar, el tratamiento de la unidad del ordenamiento jurídico cuestionada por los llamados regímenes autónomos se resuelve en una concepción formal

<sup>86</sup> Conclusión primera de las conclusiones finales del Grupo de Estudio, Doc. A/CN.4/L.702, § 14, p. 7.

<sup>87</sup> Así lo confirman las tres conclusiones siguientes que completan la descripción general del sistema del Derecho internacional (*ibidem*, p. 8).

<sup>88</sup> Reténgase que la CIJ respondió a la cuestión de la legalidad del uso o la amenaza de armas nucleares que, no existiendo ni autorización expresa ni prohibición general, «However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake» (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 1996*, p. 266, § 97).

<sup>89</sup> La Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del *Lotus* afirmaba que «Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de bus communs. *Les limitations de l'indépendance des États ne se présumant donc pas*» (*Affaire du «Lotus», arrêt du 7 septembre 1973, C. P.J. I., Recueil, Série A, n.º 10*, p. 18, cursiva añadida).

<sup>90</sup> El estudio de la plenitud del Derecho internacional sigue siendo raro desde la clásica polémica entre H. Lauterpacht y J. Stone, aunque es claro que el Dictamen haya reavivado el interés por esta dificultosa cuestión (*vid.*, AZNAR GÓMEZ, M., «The 1996 Nuclear Weapons Advisory Opinion and Non Liqueur in International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 1-19). En un sentido general opuesto a este dogma, puede consultarse DEKKER, I. F., WERNER, W. G., «The Completeness of International Law and the Hamlet's Dilemma», *Nordic Journal of International Law*, vol. 68, 1999, pp. 225-247. Sobre una admisión matizada de la regla residual, véase KOLB, R., *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 105-116. Véanse también las atinadas reflexiones sobre las lagunas en Derecho internacional de CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo...», *loc. cit.*, pp. 124-129.

<sup>91</sup> El asunto de la *Legalidad del arma nuclear* no se analiza en sí mismo por su relación a la plenitud (sobre lo que expresamente rehúsa pronunciarse la CDI), sino para justificar la pertinencia del recurso comprensivo a las distintas normas especiales. Por su parte, admitiendo la aparente posibilidad de vacíos jurídicos, ésta resulta imposible en caso de alegación de una *lex specialis*, ya que ésta sólo existe en un contexto relacional (CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, §§ 118-122, pp. 70-72).

bastante tradicional<sup>92</sup>, evitando o eludiendo el planteamiento problemático. En efecto, obviado todo pluralismo jurídico de fondo<sup>93</sup>, al tiempo que se aplaude la pluralidad (en el sentido de contenidos materiales variados)<sup>94</sup>; se afirma que los regímenes autónomos no afectan a la unidad del orden jurídico. Ello se debe a que el Derecho internacional general fundamenta la existencia de estos regímenes, colma sus inevitables lagunas y reaparece, además, en caso de fallo del subsistema: en consecuencia, no son más que Derecho especial con los límites que le son propios, esto es, el *ius cogens*<sup>95</sup>. Aunque cada argumento sería susceptible de comentario específico, conviene subrayar, de un lado, que subyace a los tres la consideración de que la unidad viene determinada por las normas secundarias de creación normativa y de sanción, lo que confirma la deriva formal del concepto de sistema<sup>96</sup>. Pero, de otro lado, obliga, sobre todo, a sopesar que el fundamento último de la unidad del ordenamiento jurídico internacional termine por residir en una institución como la contramedida. En efecto, aunque la CDI no guste de resaltarlo en su Informe<sup>97</sup>, esa reaparición de las normas generales es, en definitivas cuentas, la recuperación para el Estado de la facultad de afirmación de la legalidad internacional mediante medidas de autotutela que en el actual Derecho internacional se sustancian en el incumplimiento de una obligación tenida para con el Estado infractor<sup>98</sup>.

Ahora bien, es esta afirmación de la unidad formal la que permite franquear el paso a la final *hermeneutización del embrollo de la fragmentación*. Intacta la estructura general, la unidad material y la coherencia queda resuelta en la fase interpretativa en razón de la existencia de un principio de integración sistémica y de técnicas de eliminación de antinomias entre normas (*lex superior, lex specialis, lex posterior*) en

<sup>92</sup> Sobre la relación entre la estructura jurídica última del Derecho internacional y las normas secundarias relativas al arreglo de diferencias y a la aplicación coercitiva de los regímenes autónomos, se puede consultar, clásico y reciente, SIMMA, B., PULKOWSKI, D., «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law», *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, pp. 483-529. Puede consultarse también MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 83-101.

<sup>93</sup> En una interesante contribución, G. Teubner y A. Fischer-Lescano plantean que la actual fragmentación jurídica sólo puede comprenderse a partir de la subyacente fragmentación de la sociedad global en regímenes sectoriales diferenciados; de esta manera, la colisión entre ellos requiere un replanteamiento no tanto de soluciones (pues entienden que el fenómeno es irreversible), cuanto de los instrumentos de gestión de la compatibilidad normativa entre regímenes (TEUBNER, G., FISCHER-LESCANO, A., «Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 999-1046). Véase también, por su interés, la respuesta a estos autores a cargo de PAULUS, A., *ibidem*, pp. 1047-1058.

<sup>94</sup> Vid. las Conclusiones generales del Informe del Grupo de Estudio (CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...»), *loc. cit.*, §§ 481-493, pp. 281-294).

<sup>95</sup> Véanse las Conclusiones 11 a 16 (A/CN.4/L.702, pp. 11-14), así como los apartados correspondientes del Informe (CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...»), *loc. cit.*, §§ 123-194, pp. 73-115).

<sup>96</sup> En el mismo sentido, CARDONA LLORENS, J., «Le rôle des traités», en HUESA VINAIXA, R., WELLENS, K. (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruselas, Bruylant, 2006, p. 32.

<sup>97</sup> Más preocupado por la identificación de qué puede ser «falla» del régimen especial que por el contenido del retorno del Derecho internacional general (CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...»), *loc. cit.*, *passim*, pp. 93, 110-113, 115).

<sup>98</sup> Posición que ya se derivaba de la regulación de las contramedidas en el contexto de la responsabilidad internacional, como hemos argumentado en otro lugar (MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Flexibilidad...*, *op. cit.*, p. 110).

una más que pronunciada rebaja de la relevancia del fenómeno<sup>99</sup>, confinado ya a un ajuste técnico-jurídico<sup>100</sup>. Esta posición es difícilmente compartible, como ha ilustrado entre nosotros P. Zapatero<sup>101</sup>. Dos órdenes de cuestiones se plantean en el bien entendido de que principio de integración sistema y técnicas de eliminación de antinomias constituyen las dos caras de la misma moneda de relación entre principios y normas: compatibilidad e incompatibilidad, ambas resueltas en el mismo momento interpretativo del proceso de aplicación del Derecho internacional<sup>102</sup>.

Por una parte, resulta interesante la conformación del principio de integración sistémica. Sobre la base de que la fragmentación tiene su causa en regímenes convencionales, la inserción de los tratados en el Derecho internacional general se convierte en la llave maestra que permite afirmar la sistematicidad de todo el ordenamiento. Esta clave de bóveda encuentra expresión en el olvidado artículo 31.3.c) del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, según el cual, en la interpretación del tratado, además del contexto, se tendrá en cuenta «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». La sentencia del TIJ recaída en noviembre de 2003 en el asunto de las *Plataformas petrolíferas (Irán c. Estados Unidos, fondo)* se apunta como el icono judicial de este principio de integración sistémica<sup>103</sup>. Recordemos que en ella, la Corte interpreta, a la luz del régimen general de uso de la fuerza, el artículo XX.1.d) del Tratado de 1955 de amistad, comercio y derechos consulares entre las partes, según el cual «Le présent traité ne fera pas obstacle à l'application de mesures (...) nécessaires à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes relatives au maintien ou au rétablissement de

<sup>99</sup> Las obras editadas por Huesa Vinaixa-Wellens y Zimmermann-Hoffmann citadas en nota a pie 10 son una prueba de la aguda rebaja que significa la mera hermeneutización del asunto de la fragmentación.

<sup>100</sup> «A este respecto –afirma el Informe–, la fragmentación de la materia del derecho internacional –que es el objeto de este estudio– no plantea ningún verdadero problema para la práctica jurídica. Forma parte normal del razonamiento jurídico enlazar normas y sistemas de normas entre sí, así como separarlos y establecer relaciones de prioridad y jerarquía entre ellos. La aparición de nuevas «ramas» del derecho, nuevos tipos de tratados o grupos de tratados es un rasgo de la complejidad social de un mundo que se globaliza. Si los juristas se sienten incapaces de ocuparse de esta complejidad no es por la falta de instrumentos en su «repertorio de técnicas» sino de su imaginación para usarlas» (CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, § 222, pp. 130-131, cursiva añadida). En consonancia, a ello se dedica el grueso del Informe (*ibidem.*, §§ 223-480, pp. 131-281).

<sup>101</sup> P. Zapatero, en una excelente contribución, resalta cómo en la práctica las relaciones entre los distintos regímenes especiales se resuelven en relaciones horizontales que ni las técnicas de resolución de antinomias (bien sean generales, bien cláusulas convencionales), ni desde luego, meros expedientes interpretativos, pueden solventar. Aparece la cuestión de las culturas jurídicas y grados de apertura que determinan diversas intensidades normativas para cada sector a las que aludiremos más adelante (ZAPATERO MIGUEL, P., «Sistemas jurídicos especiales», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, núm. 1, 2005, pp. 187-207).

<sup>102</sup> Así lo reconoce la CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, *passim*, *ad ex.*, § 427, pp. 247-248). Interesa apuntar además un aspecto extraordinariamente revelador de lo que se dirá más adelante, la interpretación sistémica y la aplicación de la *lex specialis* forman, en puridad, un circuito de razonamiento cerrado y reversible que permite cualquier solución: las acordes con la norma general en virtud de la integración, las desacordes en virtud del principio de especialidad.

<sup>103</sup> CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, *passim*. *Vid.*, más críticos, KAMMERHOFER, J., «Oil's Well that Ends Well? Critical Comments on the Merits Judgement in the *Oil Platforms Case*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, pp. 695-718 o JOUANNET, E., «Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international», *Revue générale de droit international public*, vol. 108, núm. 4, 2004, pp. 917-948, esp. 937.

la paix et de la sécurité internationales ou à la protection des intérêts vitaux de cette Haute Partie contractante sur le plan de la sécurité»<sup>104</sup>.

Reténgase el resultado paradójico de la operación de hermeneutización: curiosamente una coherencia que había sido rebajada a cuestión técnica termina por convertirse en una cualidad prácticamente inmanente del Derecho internacional, ya que, a fin de cuentas, se sustancia en aplicar correctamente este principio de integración. Dicho en otros términos, o la interpretación sustenta la coherencia o sencillamente es una aplicación defectuosa del principio de integración sistémica: la sistematicidad del Derecho internacional resulta, pues, un postulado en sentido estricto. Emergiendo una naturaleza de premisa paradigmática que, al hilo de su trabajo sobre *Diritto, sistema e senso*, M. Barcellona ha descrito con tino: «la struttura di questo paradigma, comune al razionalismo giuridico ed all'empirismo giuridico, consisteva precisamente nel fondare la cognitivà dell'interpretazione sullo sdoppiamento del diritto: si sfuggiva al paradosso di elaborare i criteri di conoscenza sulla previa definizione di ciò che doveva essere conosciuto, riferendo la conoscenza ad un Essere, universale o empirico, che preesisteva al diritto positivo, e si dava in forma più estesa dei limiti linguistici di questo»<sup>105</sup>.

En consecuencia, no es extraño que si la afirmación de la fragmentación del Derecho internacional venía acompañada de resoluciones judiciales contradictorias, la afirmación de su sistematicidad lo haga de resoluciones con referencias normativas cruzadas y pronunciamientos de otras jurisdicciones, como hace justamente la CDI en su trabajo<sup>106</sup>.

Ahora bien, los ejemplos aportados (algunos de ellos, por demás, harto discutibles) no bastan más que para confirmar que la utilización del principio y de las técnicas de eliminación de antinomias es posible, pero en absoluto resuelven por completo la cuestión. Como punto de partida se encuentra el restrictivo concepto de conflicto normativo asumido: a pesar de mencionar expresamente los principios, el Informe se limita a las antinomias entre normas, cuya fisonomía (y, en consecuencia, su resolución) es distinta a la colisión entre principios<sup>107</sup>. Con carácter adicional, el estudio reconoce notables insuficiencias en las técnicas enunciadas de *lex posterior*, *lex superior* y *lex specialis*, en la medida en que éstas no son siempre concluyentes, o bien pueden contraponerse entre ellas<sup>108</sup>, apelando en ciertos supuestos a la nece-

<sup>104</sup> Como resume el apartado 78 de la Sentencia, «The Court thus concludes from the foregoing that the actions carried out by United States forces against Iranian oil installations on 19 October 1987 and 18 April 1988 cannot be justified, under Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty, as being measures necessary to protect the essential security interests of the United States, since those actions constituted recourse to armed force not qualifying, under international law on the question, as acts of self-defence, and thus did not fall within the category of measures contemplated, upon its correct interpretation, by that provision of the Treaty» [*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, *I. C. J. Reports 2003*, § 78, p. 199].

<sup>105</sup> BARCELLONA, M., *op. cit.*, p. 13.

<sup>106</sup> Vid. CDI, «Fragmentación del Derecho internacional...», *loc. cit.*, §§ 434-460, pp. 251-267. Igualmente, ciertas intervenciones en *Rencontre de Florence* mencionado (*ad ex.* P.-M. Dupuy, G. Abi-Saab o R. Higgins).

<sup>107</sup> RUIZ SANZ, M., *op. cit.*, pp. 73-137.

<sup>108</sup> CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, § 58, p. 38. Vid. en general, CARDONA LORENS, J., *loc. cit.*, pp. 34-48.

sidad de adopción de una solución legislativa<sup>109</sup>. En todo caso, y como prueba última de los problemas en la afirmación de la naturaleza sistemática del Derecho internacional, la oposición entre regímenes igualmente especiales genera lo que la CDI califica de «agujero negro jurídico» (*black legal hole*) de imposible solución desde el interior de cada uno de los sistemas especiales<sup>110</sup>. En efecto, como se ha puesto de manifiesto, entre las principales dificultades del criterio *lex specialis* está su inoperatividad respecto de instrumentos no conexos, «igualmente especiales» o entre distintas ramas<sup>111</sup>. En absoluto se trata de un problema sin fundamento: se debe retener que la Ciencia jurídica concibe el sistema bien como conjunto distributivo, bien como conjunto agregado; y ambas concepciones conllevan lógicas distintas para la eliminación de contradicciones normativas –lógica de conjuntos y mereología, respectivamente–<sup>112</sup>.

Se trata, sin embargo, de un agujero negro no lo bastante grande para desmentir el postulado de la coherencia y de la integridad sistémica. Resulta, cuando menos, llamativo que la CDI califique al Derecho internacional actual como un progresivo Derecho de regímenes especiales (sosteniendo una anómala equiparación entre regímenes internacionales funcionales y ordenamientos jurídicos soberanos y reconociendo enormes dificultades en la coordinación de éstos); para, al mismo tiempo, entender que su integridad no está severa ni significativamente amenazada<sup>113</sup>. Si el diagnóstico primero no es, de ninguna manera, cuestionable<sup>114</sup>, la afirmación de la unidad y coherencia del ordenamiento internacional careciendo de los instrumentos necesarios para su gestión hace patente la naturaleza del sistema como premisa paradigmática<sup>115</sup>. Esta carencia de instrumentos es particularmente ostensible en la manifestación más clara de la fragmentación: la multiplicación de jurisdicciones internacionales.

<sup>109</sup> CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, *passim*, *ad ex.*, §§ 484, 488, pp. 282-284. C. Alchourrón y E. Buligyn lo corroboran desde la perspectiva filosófica: «La eliminación de las contradicciones, como el llenado de lagunas, no es un problema lógico. La lógica sólo puede constatar la presencia de los conflictos normativos, pero no puede eliminarlos. Las reglas usadas por los juristas para ese fin (*lex posterior*, *lex superior*, *lex specialis*) son prácticamente útiles, pero no son lógicamente válidas. También aquí se trata de un problema creador del derecho (en un sentido amplio) que compete en primer lugar al legislador» (ALCHOURRÓN, C., BULIGYN, E., «Sobre el concepto de orden jurídico», *loc. cit.*, p. 407). Situación que, como demuestran estos autores, se produce siempre que se recurre a la derogación tácita o implícita, método usado por excelencia en el Derecho internacional.

<sup>110</sup> El Informe reconoce este importante obstáculo (CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, pp. 69-93, §§ 116-152) y, en concreto, en sus conclusiones finales lo califica de *black legal hole*, traducido en la versión española por la expresión bastante más neutra de «vacío jurídico» (*ibidem*, § 293, p. 291).

<sup>111</sup> *Vid.* LINDROOS, A., «Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis*», *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, pp. 27-55.

<sup>112</sup> PLESZKA, K., GIZBERT-STUDNICKI, T., *loc. cit.*, pp. 109-114. Por esta razón, la visión pragmática del mero conflicto entre normas individuales parece insuficiente para afrontar buena parte de las dificultades que plantea la fragmentación del Derecho internacional.

<sup>113</sup> *Vid.* las conclusiones generales del Informe del Grupo de Estudio (CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, §§ 481-493, pp. 281-294).

<sup>114</sup> Justamente P. Zapatero concluye que nos encontramos ante «sistemas jurídicos especiales en autoconstrucción» (ZAPATERO MIGUEL, P., *loc. cit.*, pp. 202-207).

<sup>115</sup> El propio Informe de la CDI parece admitirlo al reconocer que se carece de un «metasistema homogéneo jerárquico que pueda eliminar esos problemas» (CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, §§ 493, pp. 288).

## V. DE CIERTOS APUNTES SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE FRAGMENTACIÓN Y JURISDICCIÓN

Es justamente por el reconocimiento de un agujero negro en el contexto de las relaciones entre regímenes especiales por lo que la omisión de toda la problemática de la multiplicación de jurisdicciones en el Informe de la CDI resulta tan sorprendente, como hace notar P. Zapatero<sup>116</sup>. Parece obligado lamentar que la CDI haya excluido de su estudio el análisis de las consecuencias derivadas de tal multiplicación, ya que dicho fenómeno, si no constituye el principal escollo en la afirmación de la coherencia del orden jurídico internacional, es desde luego uno de los más importantes y el que, como señala Y. Shany, por su reciente aparición plantea interrogantes nuevos<sup>117</sup>. No es por casualidad que el gran debate sobre la fragmentación fuese detonado precisamente por esta multiplicación, como es bien sabido, o que la mayor parte de los autores que han profundizado en la cuestión lo apunten como uno de los aspectos o puntos de más complicada resolución<sup>118</sup>.

Ahora bien, merece la pena, en primer lugar, plantearse si efectivamente es así y si la CDI debiera haberlo abordado<sup>119</sup>. En efecto, podría pensarse que la multiplicación de jurisdicciones no plantea ningún problema especial o, mejor dicho, que con anterioridad el Derecho internacional no resultaba menos fragmentado. Las nuevas jurisdicciones internacionales o el desarrollo o perfeccionamiento de regímenes jurídicos especiales más bien apuntarían en el sentido opuesto<sup>120</sup>. En absoluto se trata de una opinión estrambótica y el cambio en la denominación del Estudio de la CDI que-  
ría incidir en ese aspecto<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> ZAPATERO MIGUEL, P., *loc. cit.*, p. 207, nota al pie 63.

<sup>117</sup> Yuval Shany insiste en la novedad del fenómeno de la multiplicación de jurisdicciones internacionales concurrentes por su incidencia en el carácter sistemático, pero relativamente primitivo, del ordenamiento internacional, particularmente visible en la carencia de un verdadero *sistema judicial* (SHANY, Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2003, especialmente pp. 77-127). Su noción de sistema pretende una síntesis entre la posición normativa de J. Raz (normas con algún grado de relación, genética u operativa, entre sí) y la más institucionalista de S. Romano y G. Abi-Saab.

<sup>118</sup> Vid. las reflexiones de G. Abi-Saab que ponen el punto de mira sobre la actual inexistencia (aunque posibilidad futura) de sistema judicial internacional (ABI-SAAB, G., «Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks», *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 919-933). Véase igualmente, el amplísimo informe de KARAGIANNIS, S., «La multiplication de juridictions internationales: un système anarchique?», en Société française de droit international, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, París, Pedone, 2003, pp. 7-161, esp. pp. 80-ss.

<sup>119</sup> Aunque no cuestione la inextricable relación entre fragmentación y jurisdicciones internacionales, Ch. Leathley comprende la exclusión del Informe, ya que la complejidad de la materia requiere la propuesta de una solución audaz con graves implicaciones institucionales, para las que la CDI podría no resultar el foro más adecuado (LEATHLEY, Ch., «An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed an Opportunity?», *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 40, 2007, pp. 259-306).

<sup>120</sup> Son muchos los autores que plantean esta visión y que, básicamente, sobre la base del efecto relativo de cosa juzgada minimizan los eventuales riesgos de pronunciamientos contradictorios, sirva como mero ejemplo, la autoridad de CONFORTI, B., *loc. cit.*, p. 11 y, algo más extensamente, «Il ruolo del giudice nel diritto internazionale», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 1-8, disponible en <http://www.ejls.eu>.

<sup>121</sup> CDI, «Fragmentación del Derecho Internacional...», *loc. cit.*, §14, p. 15.

El concepto de contencioso por contraposición al de controversia puede venir en nuestro auxilio y arrojar cierta luz. Si se atiende al sistema general internacional de gestión de conflictos, aquello que conocemos como el arreglo pacífico de controversias, observamos que su total descentralización garantiza tanto la coherencia sustantiva como formal, sobre la base de lo que J. Combacau denomina horizontalidad esencial y oponibilidad intersubjetiva. En efecto, el sistema internacional general no está preocupado por la aplicación del Derecho, sino por la eliminación del conflicto. Por eso, en el proceso de arreglo no se impide la acumulación de argumentos jurídicos heterogéneos o la modificación progresiva de la controversia por la incorporación de dimensiones nuevas, ya que lo relevante es su solución, la cual, reenviada a la génesis normativa, garantiza la coherencia formal y sustantiva. En efecto, el acuerdo constituirá una nueva norma, una *lex specialis* que confirmará o exceptuará la norma general o, mejor expresado, cualquier norma general<sup>122</sup>.

El fundamento de dicho proceso está en que son las partes, los titulares de los derechos y obligaciones, quienes pueden disponer de (todos) ellos. Sin embargo, semejante poder de disposición desaparece en un contexto jurisdiccional o pseudo-jurisdiccional. No sólo el marco procesal judicial es notoriamente más rígido (es impensable que el objeto del proceso pueda considerarse, con propiedad, en manos del juez internacional<sup>123</sup>), sino que no puede desentenderse del contexto normativo del que emana y que ciñe, incluso, su margen máximo de maniobra constituido por ser (cada uno) el juez de su propia competencia. De esta manera, frente al dispositivo general, la existencia de regímenes especiales jurisdiccionales o pseudo-jurisdiccionales conlleva la prevalencia de éstos en la definición de cuál es jurídicamente la controversia y, en consecuencia, de las normas pertinentes en su resolución, la cual, a diferencia de lo que ocurre en el sistema general, posee carácter obligatorio o vinculante para las partes<sup>124</sup>.

Es por esta razón que los problemas de *forum shopping* (en el sentido de poder optar por varios foros) y de coherencia aducidos en los orígenes del debate de la fragmentación y vinculados al fenómeno de la multiplicación de jurisdicciones sí plantean problemas nuevos y precisan respuestas propias. No compartimos, en consecuencia, la elusión de esta cuestión en el estudio de la CDI, así como de algunas de las soluciones que se han aventurado.

Al respecto, se reveló prontamente la falta de viabilidad de las propuestas tendentes a convertir formalmente a la CIJ en una suerte de «*superjurisdicción*»<sup>125</sup>. Sin embargo, se ha avanzado en este contexto la idea de que el diálogo y la deferencia entre jurisdicciones internacionales (*judicial comity*) se pueden erigir como una respuesta suficiente para este desajuste técnico<sup>126</sup>. Conservando, en esencia, la idea de

<sup>122</sup> Vid. *infra* nota 146 y texto concordante.

<sup>123</sup> Incluso Jouannet, firme partidaria de una actitud activista por parte del juez internacional, alerta sobre sus peligros y límites (JOUANNET, E., *loc. cit.*, pp. 941-947).

<sup>124</sup> Como apuntaba tempranamente Casanovas, el riesgo para la unidad no tiene su causa en la pluralidad de tribunales en cuanto tal, sino de los regímenes materiales que les dan vida, mientras que el problema no procede tanto de la existencia de varios tribunales, sino del carácter especializado de su jurisdicción (CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad...», *loc. cit.*, pp. 244-246 y 259-261).

<sup>125</sup> Vid. GUILLAUME, G., *La Cour internationale de justice à l'aube du xxième siècle. Le regard d'un juge*, París, Pedone, 2003, pp. 43-45.

<sup>126</sup> Con respecto a estas soluciones, puede verse KOCH, Ch. H., «Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 879-902; BURKE-WHITE, W. W.,

que la cualidad sistémica del ordenamiento internacional es algo que, con mayor o menor ayuda de la doctrina<sup>127</sup>, está en sus manos y compete a los jueces preservar<sup>128</sup>, esta posición ha ido adquiriendo mayor fuste y mejor sofisticación jurídico-técnica. Así, por ejemplo, Ch. Brown ha sugerido recientemente que, apoyándose básicamente en la figura de los poderes inherentes a su cualidad judicial, los múltiples tribunales internacionales están haciendo emerger una suerte de Derecho internacional jurisdiccional común del que cabría extraer herramientas para afrontar el fenómeno de la proliferación<sup>129</sup>.

El asunto que ha enfrentado a Irlanda y Gran Bretaña acerca de la *Planta Mox* se ha avanzado como el mejor banco de pruebas de los problemas de *forum shopping* que posibilita la multiplicación de jurisdicciones, de la posibilidad y los límites de la *judicial comity* y del principio de integración sistémica, así como de los riesgos reales para la coherencia e integridad del ordenamiento internacional<sup>130</sup>. Al menos en parte, este asunto se ha erigido en icono de la *judicial comity*, por más que quepa encontrar otros asuntos que apunten a relaciones menos corteses<sup>131</sup>.

---

«International Legal Pluralism», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 963-979; DUPUY, P.-M., «Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional (CEBDI)*, vol. 4, 1999, pp. 259-284; CHARNEY, J. I., «The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals», *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 31, núm. 4, 1999, pp. 697-708..

<sup>127</sup> Es un lugar común, por demás no cuestionable en sus bases, afirmar esta colaboración entre doctrina y jurisprudencia en el esfuerzo de sistematización y construcción dogmática del Derecho (sirvan las observaciones del antiguo presidente del TIJ, BEDJAOU, M., «Conclusions générales. Multiplication de tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit de gens», en Société française de droit international, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, París, Pedone, 2003, p. 531. Puede consultarse también un interesante cuestionamiento de este papel en los comentarios a la original ponencia de A. Carty hechos por FORCADA BARONA, I., «Commentaire», en Huesa Vinaixa, R., Wellens, K. (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruselas, Bruylant, 2006, pp. 263-269.

<sup>128</sup> Es muy reveladora últimamente la aportación de DUPUY, P.-M. «Unité d'application du droit international à l'échelle globale et responsabilité des juges», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 1-27, disponible en <http://www.ejls.eu>.

<sup>129</sup> Este autor analiza la práctica jurisprudencial de una vasta gama de tribunales internacionales concerniente a la prueba, la adopción de medidas cautelares, la revisión e interpretación de sus propias sentencias y las consecuencias del incumplimiento (*remedies*), alumbrando una desigual homogeneidad y dispar sujeción al instrumento constitutivo. El autor aventura que dicha tendencia podría y debería producirse en la afirmación del poder de inadmisión *in limine litis*, de suspensión del procedimiento y de proscripción para las partes de incoación de procedimientos paralelos como instrumentos útiles, aunque no suficientes *per se*, para afrontar la proliferación y garantizar la naturaleza sistémica del orden internacional y su estructura judicial (BROWN, CH., *A Common Law of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2007, especialmente pp. 225-262).

<sup>130</sup> Sobre esta controversia, puede consultarse LAVRANOS, N., «Protecting its Exclusive Jurisdiction: the MOX Plant-Judgement of the ECJ», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, 2006, pp. 479-493; CHURCHILL, R., SCOTT, J., «The MOX Plant Litigation: the First Half-life», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, pp. 643-676; RÖBEN, V., «The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant at Sellafield: How Much Jurisdictional Subsidiarity?», *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, 2004, pp. 223-245; SHANY, Y., «The First MOX Plant Award: the Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Disputes Settlement Procedures», *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, pp. 815-827.

<sup>131</sup> La práctica totalidad de los trabajos generales sobre fragmentación y multiplicación de jurisdicciones mencionados, así como los dedicados a ámbitos concretos (Derecho de la OMC, derechos huma-

En este sentido, nos parece difícil quedar persuadidos por esta teoría, cuando menos, por las tres razones siguientes. Cabe cuestionar, como punto de partida, las bases de la propia posición. En efecto, la creencia de que los diversos tribunales internacionales, por una suerte de ósmosis y por la fuerza seductora del sistema, eliminarán educadamente las contradicciones del Derecho internacional puede parecer, cuando menos, piadosa y, cuando más, desprovista de legitimidad. La ascensión, en un contexto de pluralismo jurídico, del proceso dialógico como una solución, más que como una eventual descripción de la realidad, desconoce, a nuestro modo de ver, que el diálogo resulta una fuente de legitimación procedimental, no sustantiva; de manera que no puede desentenderse de la legitimación sustantiva para transigir que poseen los participantes en dicho proceso<sup>132</sup>, lo que en definitiva nos reenvía a la mencionada lógica subyacente a la distinción entre controversia y contencioso internacional, a los sujetos legitimados para transigir sobre derechos y obligaciones internacionales o, como mínimo, a la función «creadora de Derecho» del juez, en este caso, internacional<sup>133</sup>.

En segundo lugar, es posible que el principio de integración sistémica, amplificado por la distinción entre competencia y derecho aplicable<sup>134</sup>, pueda a largo plazo surtir ciertos efectos, pero parece bastante endeble si no se cuenta con la actividad descentralizada de creación normativa que, como la propia CDI reconoce en su Informe, está inspirada por otros criterios, por demás legítimos<sup>135</sup>. En este punto conviene detenerse un instante en la sentencia del TIJ de 2007 en el asunto de la *aplicación de la Convención contra el Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia)*, fondo. Como decíamos, el principio de integración sistémica es posible gracias a la distinción entre competencia y derecho aplicable: un tribunal puede interpretar todo el derecho aplicable, aunque su competencia para fallar (su jurisdicción) sí se encuentre limitada por su instrumento creador. Esa distinción es realmente la piedra angular donde se apoya la armonización sistémica<sup>136</sup>. Sin embargo, la forma en que el TIJ ha afrontado el asunto parece torpedear el mismo centro de gravedad del principio, ya que, frente a

---

nos, etc.), contiene un repaso de convergencias y divergencias entre los pronunciamientos de los distintos tribunales internacionales, véase *ad ex.* por su interesante presentación, RUDOLF, B., «Unity and Diversity of International Law in the Settlement of International Disputes», en ZIMMERMANN, A., HOFMANN, R. (eds.), *Unity and Diversity in International Law*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006, pp. 389-418.

<sup>132</sup> La traslación *tout court* de la legitimación que surge del diálogo entre poderes legislativos (cuya legitimidad procede directamente de la representatividad que ostentan y que precisamente fundamenta un margen de libertad de decisión) al diálogo entre tribunales, a una suerte de transacción entre jurisdicciones, no parece de recibo. Exige, al menos, alguna fundamentación política y jurídica sustantiva. Debe retenerse que las teorías discursivas dialógicas de raíz alemana o anglosajona (de Habermas o Apel a Rawls) surgen en el seno del liberalismo político, el cual se sustenta sobre el postulado de la igualdad, no sólo moral, de todos los seres humanos (*vid.* SAAVEDRA LOPEZ, M. *El Diálogo y la Conversación como Fundamento de la Moralidad*, conferencia dictada el 23 de enero de 2003, con ocasión de la festividad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Granada, 2003, pp. 11-17).

<sup>133</sup> *Vid.*, con la excelencia que le es habitual, la aportación de JOUANNET, E., «La notion de jurisprudence internationale en question», en Société française de droit international, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, París, Pedone, 2003, pp. 343-391.

<sup>134</sup> *In extenso* y, en concreto sobre el Derecho de la OMC de donde procede esta distinción, *vid.* FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 111-193. En relación con cláusulas compromisorias, *vid.* CANNIZZARO E., BONAFÉ, B., «Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ on the *Oil Platforms Case*», *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, pp. 481-497.

<sup>135</sup> CDI, «Fragmentación del Derecho internacional...», *loc. cit.*, *passim*, ad ex., § 152, p. 92.

<sup>136</sup> CDI, «Fragmentación del Derecho internacional...», *loc. cit.*, *passim*, §§ 45, 460, pp. 30-31, 267.

otros aspectos de sus pronunciamientos, no reconoce pertinencia alguna al razonamiento del TPI para la ex Yugoslavia relativo al control general o global (frente al efectivo) *por no estar dentro de su jurisdicción, ni ser necesario para la solución que debía dar al caso:*

«La Cour, bien qu'ayant attentivement examiné les arguments développés par la Chambre d'appel au soutien de la conclusion qui précède, n'est pas en mesure d'adhérer à cette doctrine. Tout d'abord, elle observe que le TPIY n'était pas appelé dans l'affaire *Tadić*, et qu'il n'est pas appelé en règle générale, à se prononcer sur des questions de responsabilité internationale des États, sa juridiction étant de nature pénale et ne s'exerçant qu'à l'égard des individus. *Le Tribunal s'est donc, dans l'arrêt précité, intéressé à une question dont l'examen n'était pas nécessaire pour l'exercice de sa juridiction.* Ainsi qu'il a été dit plus haut, la Cour attache la plus haute importance aux constatations de fait et aux qualifications juridiques auxquelles procède le TPIY afin de statuer sur la responsabilité pénale des accusés qui lui sont déférés et, dans la présente affaire, tient le plus grand compte des jugements et arrêts du TPIY se rapportant aux événements qui forment la trame du différend. *La situation n'est pas la même en ce qui concerne les positions adoptées par le TPIY sur des questions de droit international général qui n'entrent pas dans son domaine spécifique de compétence, et dont la résolution n'est d'ailleurs pas toujours nécessaire au jugement des affaires pénales qui lui sont soumises*»<sup>137</sup>.

En tercer y último lugar, la multiplicidad de foros judiciales genera una situación en la que la profundización en los instrumentos e instituciones procesales de distribución y relación entre tribunales se ha convertido en un imperativo. La cuestión es más que preocupante, pues los incipientes estudios sobre litispendencia, cosa juzgada, jerarquía y *electa una via*, muestran lo aparatosamente que funcionan estas, por demás escasas, figuras entre tribunales autónomos que carecen de un *reparto* objetivo imperativo<sup>138</sup>. Vedadas las vías formales, buena parte de los estudios abogan por un reconocimiento (oficioso) de la superioridad de la Corte Internacional de Justicia: autoridad *de facto*, persuasión *de iure*<sup>139</sup>...

<sup>137</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, arrêt, C. I. J. Recueil 2007, § 403, cursiva añadida.* Sobre esta sentencia, vid. SOREL, J. M., «Les multiples lectures d'un arrêt: entre sentiment d'impunité et sentiment de cohérence, une décision a relativiser», *Revue générale de droit international public*, vol. 111, núm. 2, 2007, pp. 258-272; GAETA, P., «Génocide d'État et responsabilité pénale individuelle», *Revue générale de droit international public*, vol. 111, núm. 2, 2007, pp. 273-284; ASCENSIO, H., «La responsabilité selon la Cour internationale de justice dans l'affaire du génocide bosniaque», *Revue générale de droit international public*, vol. 111, núm. 2, 2007, pp. 285-304.

<sup>138</sup> Este es el camino emprendido, acertadamente a mi juicio, por GATTINI, A., «Un regard procédural sur la fragmentation du droit international», *Revue générale de droit international public*, vol. 110, 2006, pp. 303-336, o la dimensión analizada por SHANY, Y., *op. cit.*, pp. 128 ss. En sentido parecido, C. Santulli plantea la coordinación entre las autónomas jurisdicciones internacionales acudiendo al escaso lugar que posee litispendencia y jerarquía (SANTULLI, C., *Droit du contentieux international*, París, Montchrestien, 2005, pp. 91-101). Así lo reconoce Dupuy que se ve obligado a derivar la consecución de la unidad de interpretación sustancialmente a la estructura mental de los propios jueces internacionales (DUPUY, P.-M., «Unité d'application...», *loc. cit.*, pp. 10 ss).

<sup>139</sup> Muchos autores apuntan a esta necesaria autoridad reforzada que fundamentan de muy diversa manera (*ad ex.*, DUPUY, P.-M., «The Danger of Fragmentation...», *loc. cit.*, pp. 801 ss.; WECKEL, Ph., «La CIJ et la fragmentation du droit international», en HUESA VINAIXA, R., WELLENS, K. (eds.), *L'influence*

En esta dirección apuntaría una de las lecturas posibles de la citada sentencia en el asunto *aplicación de la Convención contra el genocidio (Bosnia c. Serbia, fondo)*, en la que el TIJ, cierto que no abiertamente, sino de manera indirecta y no poco cuestionable, se coloca por encima de otros Tribunales internacionales, determinando el alcance de la jurisdicción de éstos y enjuiciando, en consonancia, el valor de su jurisprudencia<sup>140</sup>. Si el asunto *plataformas petrolíferas* rescató la integridad sistémica, obligando a los «tribunales especiales» a retener el Derecho internacional general, este asunto de la *aplicación de la Convención sobre el genocidio* reclamaría para la Corte la competencia última de determinar la interpretación de tales normas generales. No deja de ser aventurado extraer esta teoría de este más que complejo pronunciamiento, pero, en cualquier caso, ni ésta ni otras aproximaciones de indiscutible perspicacia como la normativa avanzada por Enzo Cannizzaro<sup>141</sup>, son concluyentes.

El problema radica, a nuestro juicio, en que no basta con estos elementos para asegurar los caracteres sistemáticos de coherencia e integridad del Derecho internacional y reconocer en ellos la posición de la jurisdicción internacional como su garante principal. Cuando se niega la existencia de un verdadero sistema judicial internacional no se alude a un cliché, a una plantilla arbitraria, sino que su existencia viene definida por la posibilidad de determinar siempre el órgano competente para pronunciarse con autoridad en un caso dado frente a cualquier otro y por la existencia de instrumentos que preservan la interpretación de las normas llevada a cabo por el tribunal competente (v.g. el recurso de casación)<sup>142</sup>. No basta la previsión de requerimientos o acciones (según sean activadas por el juez o las partes) inhibitorias o declinato-

---

*des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruselas, Bruylant, 2006, pp. 167-185; FERNÁNDEZ LIESA, C., «Sobre la unidad del Derecho Internacional», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial*, Madrid, Trotta, 2002, p. 297; CHARNEY, J. I., «The Impact...», *loc. cit.*, pp. 704 ss.) Ch. Leathley explora el concepto de valor persuasivo *de iure* (LEATHLEY, Ch., *loc. cit.*, pp. 271-276).

<sup>140</sup> Vid. DUPUY, P.-M., «Crime sans chatiment ou *mission accomplie*?», *Revue générale de droit international public*, vol. 111, núm. 2, 2007, pp. 251-254 y, con extraordinaria firmeza, WECKEL, Ph., «L'arrêt sur le génocide: le souffle de l'avis de 1951 na pas transporté la Cour», *Revue générale de droit international public*, vol. 111, núm. 2, 2007, pp. 320-322.

<sup>141</sup> Con el fin de encontrar sentido al más que misterioso pronunciamiento, E. Cannizzaro sugiere que el TIJ puede estar avanzando una teoría normativa como método para la prevención (no tanto la solución) de los conflictos de jurisdicción. Esta teoría se inclina por considerar los pronunciamientos de otras jurisdicciones internacionales no tanto como actos jurisdiccionales en sentido procesal (dotados de autoridad de cosa juzgada), sino como actos normativos vinculantes entre las partes y, por tanto, relevantes en la resolución de la controversia que se suscite ante un tribunal (CANNIZZARO, E., «Metodi di Soluzioni di Conflitti fra Giurisdizioni Internazionali: Il Contributo della Sentenza della CIG sul Caso del Genocidio (Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro)», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 1, 2007, pp. 1-21, disponible en <http://www.ejls.eu>).

<sup>142</sup> Debe retenerse que, en el ordenamiento interno, hallamos un sistema de garantía de la coherencia mediante recursos, que efectivamente otorgan al juez una posición central en la determinación de la interpretación de las normas en consonancia con la concepción de la jurisdicción resultante de la codificación (como manifestación principal de la ley derogatoria de otras manifestaciones jurídicas) y la separación de poderes [vid. SAAVEDRA LÓPEZ, M., «Jurisdicción», en GARZÓN VALDÉS, E., LAPORTA, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2.ª ed., 2000, pp. 221-230]. Obsérvese que no existe dificultad en reconocer a las resoluciones judiciales concretas el mero efecto de cosa juzgada relativa (entre partes, referida exclusivamente al dispositivo de la sentencia y operante cuando concurren las tres identidades –partes, objeto y *causa petendi*), siempre que el sistema judicial posea un mecanismo de garantía de la coherencia, señaladamente cuando el recurso es admisible y estimable contra una resolución por violación de la jurisprudencia.

rias, figuras que, sólo con muchas dificultades, podrían canalizarse parcialmente a través de la *judicial comity* internacional<sup>143</sup>. Al Derecho internacional prácticamente le son ajenos los mecanismos de prejudicialidad y, sobre todo, los procedimientos para resolver conflictos positivos y negativos de competencia y, particularmente, de jurisdicción. Esta ajениdad resulta por demás poco superable por dos razones básicas: la naturaleza mayoritariamente voluntaria y no exclusiva de la jurisdicción internacional y, casi como corolario, el principio básico de que el tribunal es el juez de su propia competencia<sup>144</sup>. Esta afirmación, que a alguno podría recordar las palabras del TPIY en el asunto *Tadic*<sup>145</sup>, no puede ser cuestionada en sus bases, como lo prueba la prudencia que el propio TIJ ha tenido en el asunto citado, a la hora de admitir *sensu contrario* que un tribunal sí puede ser competente para interpretar el derecho internacional general y que incluso pueden existir interpretaciones diversas de la misma norma general en contextos jurídicamente distintos<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> Puede consultarse con provecho el informe sobre los instrumentos de desarrollo de la jurisprudencia, así como de los factores que lo limitan a cargo de KOVACS, P., «Developpements et limites de la jurisprudence en droit international», en Société française de droit international, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, París, Pedone, 2003, pp. 269-341.

<sup>144</sup> Lo que resulta en un sistema, como a menudo ha señalado el TPIY, en cada tribunal internacional es un *órgano judicial autónomo*. Si en el asunto *Tadic* fue claro, el Tribunal lo deja aún más, incluso a expensas de la coherencia internacional en *Celebici*: «The Appeals Chamber agrees that “so far as international law is concerned, the operation of the desiderata of consistency, stability, and predictability does not stop at the frontiers of the Tribunal. [...] The Appeals Chamber cannot behave as if the general state of the law in the international community whose interests it serves is none of its concern”. However, this Tribunal is an autonomous international judicial body, and although the ICJ is the “principal judicial organ” within the United Nations system to which the Tribunal belongs, there is no hierarchical relationship between the two courts. Although the Appeals Chamber will necessarily take into consideration other decisions of international courts, it may, after careful consideration, come to a different conclusion» (*Prosecutor c. Delalic*, Case IT-96-21-A, Judgment 20 February 2001, § 24, disponible en <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/cel-aj010220.pdf>).

<sup>145</sup> Recuérdese que en 1995, el TPIY afirmaba: «A narrow concept of jurisdiction may, perhaps, be warranted in a national context but not in international law. International law, because it lacks a centralized structure, does not provide for an integrated judicial system operating an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects or components of jurisdiction as a power could be centralized or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided)» (*Prosecutor c. Dusko Tadic*, Case IT-94-1, Decision 2 October 1995, § 11, disponible en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>).

<sup>146</sup> Basta con la lectura de los apartados que siguen aquél en que el TIJ se separa del TPIY: «Tel est le cas de la doctrine énoncée dans l'arrêt *Tadić*, précité. Pour autant que le critère du “contrôle global” soit utilisé aux fins de déterminer si un conflit armé présente ou non un caractère international, ce qui était la seule question que la Chambre d'appel avait à résoudre, il se peut parfaitement qu'il soit pertinent et adéquat: la Cour ne croit cependant pas opportun de prendre parti sur ce point dans la présente affaire, puisqu'elle n'est pas dans la nécessité de le trancher pour les besoins du présent arrêt. En revanche, le critère du “contrôle global” a été présenté par le TPIY comme ayant aussi vocation à s'appliquer dans le droit de la responsabilité internationale aux fins de déterminer –ce que la Cour est tenue de faire en l'espèce– dans quels cas un Etat est responsable des actes commis par des unités paramilitaires, forces armées ne faisant pas partie de ses organes officiels. A cet égard, il n'emporte pas la conviction. [...] Il convient d'abord d'observer qu'aucune nécessité logique ne conduit à adopter forcément le même critère pour résoudre les deux questions sus-énoncées, qui sont d'une nature très différente: le degré et la nature de l'implication d'un Etat dans un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un autre Etat, exigé pour que ledit conflit soit qualifié d'international, pourraient fort bien, sans contradiction logique, être différents de ceux qui sont exigés pour que la responsabilité de cet Etat soit engagée à raison de tel acte particulier commis au cours du conflit en cause» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, arrêt, C. I. J. Recueil 2007*, §§ 404-405).

En última instancia, ni principio, ni diálogo, ni deferencia judicial obstan a las tres afirmaciones siguientes con respecto a la coherencia del ordenamiento jurídico internacional:

a) Esta estrategia *no conlleva la existencia de coherencia, sino, a lo sumo, la aspiración normativa de convergencia*. Si esta conclusión no es, *per se*, rechazable, sí es cierto que obliga a replantear la cuestión de la coherencia y de las antinomias en términos estructurales y no técnico-jurídicos, ya que hace de la disparidad el estado habitual o natural. El cambio no es baladí: las implicaciones para la seguridad jurídica, la creación de expectativas normativas o la relevancia jurídica de las resoluciones judiciales son, a todas luces, enormes y, no conviene olvidarlo, obviadas en la rebaja hermenéutica de los riesgos de la fragmentación.

b) No se elimina el principal desafío teórico que el escaso desarrollo de los tribunales internacionales ha permitido eludir hasta ahora: *la necesidad de revisar en profundidad el propio concepto de jurisdicción internacional*<sup>147</sup>. Dicho quizá con crudeza que omite sutilezas seguramente de importancia: el hecho de que se mantuviera un único referente judicial universal en la Corte Internacional de Justicia ha permitido vivir en la ficción de que existe una jurisdicción en Derecho internacional con ciertas particularidades que le son propias (señaladamente, la sumisión voluntaria)<sup>148</sup>, en lugar de reconocer que se trata de un fenómeno más cercano a un arbitraje cualificado y que nos encontramos con un modelo judicial desde luego precontemporáneo (y casi pre-moderno) que condiciona de manera determinante las funciones que el sistema puede asignar a «la jurisdicción»<sup>149</sup>.

c) No ataja (más bien desvía la atención de él) el problema principal que desencadena la expansión de regímenes especiales acompañada de la multiplicación de jurisdicciones o pseudo-jurisdicciones: *la intensificación de la fuerza normativa de ciertos ámbitos o sectores en detrimento de otros*. El principio de integración sistémica no puede servir para ocultar que la descompensación en los dispositivos institucionales desemboca en una mayor presencia y efectividad del sector normativo más sólido, en claro perjuicio de los que permanecen en el régimen jurídico internacional general con una repercusión directa sobre la coherencia material del sistema y la preeminencia de

<sup>147</sup> Véase, ASCENSIO, H., «La notion de juridiction internationale en question», en Société française de droit international, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, París, Pedone, 2003, pp. 163-202. También la mini-serie de SANTULLI, C., «Qu'est-ce qu'une juridiction internationale? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D.», *Annuaire français de droit international*, vol. 46, 2000, pp. 58-81 y «Les juridictions internationales: essai d'identification», *Annuaire français de droit international*, vol. 47, 2001, pp. 45-61.

<sup>148</sup> Vid. las interesantes reflexiones de J. P. Cot sobre la transformación del «pequeño mundo de la justicia internacional» (COT, J. P., «Le monde de la justice internationale», en Société française de droit international, *La juridictionnalisation du droit international. Colloque de Lille*, París, Pedone, 2003, pp. 511-521).

<sup>149</sup> Como señala H. Ascensio, «on ne saurait aisément oublier que *l'imperium* juridictionnel est produit par la structure de l'ordre juridique international, non par des institutions isolées» (ASCENSIO, H., «La notion de juridiction...», *loc. cit.*, p. 194). En absoluto se pretende aquí negar la existencia de «jurisdicción internacional» en cuanto tal, ni de reducirla *tout court* a arbitraje. Mucho de lo dicho hasta ahora en este trabajo muestra hasta qué punto esto no coincide con el Derecho internacional actual; sin embargo, ciertamente se requiere un esfuerzo mayor en la identificación de los rasgos de la jurisdicción internacional, que excedan de matizaciones más o menos sofisticadas frente a la jurisdicción interna, desconociendo el proceso de evolución histórica de esta última.

unos intereses y valores sobre otros<sup>150</sup>. *De facto*, se puede sospechar que en la pretendida coordinación de regímenes que abandera el supuesto diálogo inter-judicial será el menos dialogante o abierto quien imponga sus valores y, por tanto, el menos dispuesto a considerarse parte del presunto sistema internacional<sup>151</sup>.

Entender que esto es una evolución natural del Derecho internacional, que no pone en cuestión sus bases –léase, su naturaleza de sistema– es abandonarlo a las fuerzas existentes renunciando a toda crítica de fondo o sustantiva. Aparece aquí palmariamente la incapacidad del paradigma Derecho-sistema para contestar el *statu quo*, la querencia acomodaticia hacia el estado de fuerzas existente y su reducción a construcción intelectual legitimadora del discurso científico, pero, como hemos visto, también político<sup>152</sup>.

## VI. DE CIERTAS CONCLUSIONES

Cuando se aborda la noción de sistema en el mundo del Derecho, no puede sino recalcar su naturaleza mítica y su notable polivalencia en el seno del discurso jurídico. No obstante esta dimensión mítica que obligaría a relativizar toda argumentación fundada sobre una sistematicidad del Derecho poco contrastada con la realidad, es preciso prevenirse de reducir el sistema a una pura construcción intelectual, a un mero producto del espíritu. Es difícil adherirse a la opinión de que el concepto de sistema jurídico es meramente descriptivo (epistemológico) y que carece de la menor connotación prescriptiva, más aún cuando se pretende que tanto la operación de sistematización como su resultado forman parte del propio sistema jurídico. En realidad, es justamente su naturaleza de mito (esto es, de creencia compartida o de afirmación de su existencia por parte de la comunidad interpretativa concernida) cuyas consecuencias en el plano de la praxis son bien conocidas, lo que impide considerarlo así. Por ello, conviene, primeramente, admitir que en relación con el Derecho, el sistema

<sup>150</sup> DIAS VARELLA, M., «La complexité croissante du système juridique international: certains problèmes de cohérence systémique», *Revue belge de droit international*, vol. 36, 2003, pp. 331-376. Justamente, a la necesidad que experimenta el sistema jurídico internacional de encontrar «normas intersticiales» que regulen la relación entre distintos campos o ramas del ordenamiento se refería tempranamente LOWE, V., «The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?», en Byers, M. (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, OUP, Oxford, 2000, pp. 207-226.

<sup>151</sup> Es seguramente el Derecho comunitario el que ha dado mayores muestras de sordera (si se permite la licencia para describir la clausura) frente al Derecho internacional. Si uno debiera comparar los pronunciamientos de Tribunal de Justicia (entre otros, los asuntos *Racke*, *Mox Plant* o, señaladamente, *Intertanko*) con las posiciones que en foros internacionales se atribuyen al ordenamiento comunitario como parte del internacional, el diálogo sería mejor definido como monólogos cruzados. De hecho, no en vano, la cuestión de diálogo judicial en el marco europeo tiene como referentes a los Tribunales Constitucionales y, en menor grado, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se trata de un tema debatido en extenso que justifica la ausencia de una citación al uso, que adolecería, en cualquier caso, de incompleta y simplificadora.

<sup>152</sup> Véase, más en línea con estas reflexiones a, esta vez el autor, KOSKENNIEMI, M., «International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 1, 2007, pp. 1-18, disponible en <http://www.ejls.eu>.

posee, de todas maneras, un cierto halo ontológico, por más que su acepción dogmática clásica esté francamente en crisis y que, por tanto, el tema parece decantarse por qué tipo de sistema *es* y qué procedimientos lo aseguran.

En efecto, en las concepciones más modernas, las pretensiones más ambiciosas del útil-sistema han sido abandonadas, perdiendo los rasgos tradicionales de plenitud, unidad y coherencia lógica toda pretensión excesivamente apodíctica o categórica a favor de una noción más indulgente, más dinámica o tendencial, si bien al coste de inclinar la noción hacia la estructura formal, donde la unidad y plenitud resultan prácticamente premisas necesarias. Por ello, dentro de esa concepción la coherencia se afirma como la clave de bóveda, en la medida en que parece traducir una exigencia que se impone al Derecho y que no puede venir asegurada *per se* por una mera estructura formal.

Este estado de cosas se encuentra acentuado en relación con el Derecho internacional. Primeramente, la reflexión sobre el concepto de sistema jurídico, bastante débil en general, se muestra aún más magra en la doctrina internacionalista. Adicionalmente, el postulado de la racionalidad del legislador y del aplicador del Derecho sobre el que se soporta la noción de sistema normativo se presenta más debatible en lo concerniente al ordenamiento internacional debido a la creación y aplicación descentralizadas de este Derecho y de la posición, *par trop pénible*, de la jurisdicción y de los tribunales internacionales. Sin embargo, a pesar de todo ello la cualidad sistemática del Derecho internacional no parece resultar gravemente disputada o puesta en duda.

Precisamente el debate sobre la fragmentación del Derecho internacional, incluido aquel desarrollado en el marco de la CDI, se ha mostrado como una verdadera *mise en scène* del mito de la sistematicidad del ordenamiento jurídico internacional, de manera que se asiste a la afirmación de su saludable naturaleza sistémica, aunque los presuntos rasgos estén hoy más contestados que nunca. Ocurre así con su unidad y plenitud, amenazadas desde el exterior por el pluralismo jurídico y desde el interior por los regímenes autónomos o autosuficientes. Igualmente, la coherencia del conjunto, asegurada paradójicamente por la horizontalidad esencial de la que hablaba J. Combacau y por las formidables insuficiencias de la vertiente institucional (la lógica intersubjetiva), se torna más controvertida por la existencia de los regímenes especiales y de decisiones jurisdiccionales contradictorias, cuya gestión carece de instrumentos eficaces en el ordenamiento jurídico internacional.

Los trabajos de la CDI no conducen a otro lugar. Más o menos obviadas unidad y plenitud, el tema se concentra sobre una coherencia del sistema que va de lo estructural a lo técnico y de ahí a lo inmanente. La coherencia, se afirma, no queda severamente cuestionada por los regímenes autónomos (ahora sólo especiales), porque desde el punto de vista estructural no atentan a su esencia y desde el punto de vista técnico dos instrumentos la aseguran: el principio interpretativo de integración sistémica y las técnicas de solución de antinomias *lex specialis*, *lex posterior* y *lex superior*. Se observan ciertas debilidades de entidad en dicha aproximación, como la omisión de la multiplicación de jurisdicciones (en tanto que expresión más perfecta de las repercusiones de las disparidades del *volet* institucional –esencialmente judicial– sobre la intensidad normativa) o el limitado concepto de antinomia jurídica que no cubre las contradicciones entre principios ni resuelve las relaciones entre las distintas ramas del Derecho

internacional. Ello, por no mencionar las debilidades que ha admitido la propia CDI, calificando alguna de ellas, además, de irresolubles. La sistematicidad, esto es, la bondad del sistema jurídico internacional, empero, queda intacta. Conclusión que esconde, al menos, la afirmación no contrastada de que los jueces y las jurisdicciones internacionales, con mayor o menor ayuda de la doctrina, pueden y deben asegurarla, es decir, que disponen de las facultades, los medios y los procedimientos para hacer efectiva esa sistematicidad y que, además, vienen obligados a ello.

Dos conclusiones merecen retenerse de aquello que venimos de ilustrar, ya que la afirmación de la sistematicidad del orden internacional y el recurso al útil sistema no son neutros en términos de política jurídica ni de pensamiento jurídico. De un lado, el sistema, como hemos visto, manifiesta su querencia por la racionalidad técnica, desproveyendo al Derecho de su poder contestatario y, por ende, favoreciendo la conservación del *statu quo* jurídico, como reflejo de la distribución material de valores hecha por el poder político. No deja de ser significativo que el enfoque estructural formal termine por conducir la unidad del orden internacional a una institución como la contramedida. De otro, el hecho de que sin un contenido definido y sin verificación empírica o, aún peor, con claros problemas de falsabilidad en sentido popperiano, la comunidad científica internacionalista se apegue al sistema y lo sostenga, da pruebas de su naturaleza de premisa paradigmática, si es que no de la existencia de un verdadero paradigma más instrumental que sustantivo anclado sobre la noción de sistema, paradigma cuya renovación asegura el debate sobre la fragmentación del Derecho internacional.

#### ABSTRACT

It is submitted here that the theoretical framework on the discussion about the fragmentation of international law should be the concept of a legal system, where it would eventually appear its nature as a paradigmatic premise in the sense given by Th. S. Kuhn. The article considers, thus, some of the main approaches to law as a normative system in jurisprudence and in international law doctrine, pointing up their noteworthy evolution. Next it deals with the ambiguous meaning of a legal system underlying the ILC Report on the Fragmentation of international law issued in 2006, where it comes out a remarkable bias towards the formal structure of the legal system. This bias facilitates the conversion of fragmentation into a hermeneutic question that can be entirely solved by the correct application of the principle of systemic integration laid down in the Vienna Convention and the techniques of *lex specialis*, *lex posterior* and *lex superior*. This shift ends up in the affirmation of coherence as immanent while avoiding the problematic subject of the multiplication of international courts and tribunals. The article contends further that these two topics, namely fragmentation and proliferation of international judicial bodies, are intrinsically linked and, therefore, they can not be solved separately. As most theories show, the safeguard of a legal system's coherence and unity depends on legal procedures that rely mainly on the existence of a proper judicial system. It is submitted that up to day there is no such judicial system in international law and the solutions suggested, such as the dialogue between judicial bodies, the judicial comity, the inherent powers to the judiciary or the unofficial authority of the International Court of Justice, are not fully convincing. Therefore, it seems difficult to ascertain the systemic nature of international law. Hence, the claim thereof shared by the international lawyers' community is better described as a paradigmatic premise.

#### RÉSUMÉ

L'article suggère que la notion de système juridique devrait être le cadre théorique utilisé lors du débat sur la fragmentation du droit international, où s'avèrerait finalement sa nature de prémisse paradig-

matique dans le sens attribué par Th. S. Kuhn. Donc, l'article se penche sur des principales conceptions et théories sur le système normatif présentes dans la science de droit et dans la doctrine internationaliste en mettant en relief leur remarquable évolution. L'article examine, ensuite, l'ambigu concept de système juridique sous-jacent le Rapport de la CDI sur la fragmentation du droit international paru en 2006, où on peut constater un profond biais vers la structure formelle. Ce biais permet de transformer l'enjeu de la fragmentation en une simple question herméneutique que peut être entièrement résolue par la correcte application du principe d'intégration systémique prévu par la convention de Vienne et les techniques de *lex specialis*, *lex posterior* et *lex superior*. Cette démarche finit par affirmer une cohérence immanente au système au temps qu'elle contourne la problématique de la multiplication de juridictions internationales. L'auteur estime que ces deux sujets, c'est-à-dire la fragmentation et la prolifération des cours et tribunaux internationaux sont intrinsèquement liées et ne peuvent pas être résolues séparément. En ce sens, comme la plupart des théories le démontrent, la sauvegarde de la cohérence et de l'unité du système juridique dépend de l'existence de procédures juridiques effectives pesant notamment sur un authentique système judiciaire. On estime qu'aujourd'hui pareil système n'existe pas dans l'ordre international et que les diverses solutions avancées, dont le dialogue entre tribunaux, la *judicial comity*, les pouvoirs inhérents à la juridiction ou une certaine autorité officieuse de la Cour international de justice, n'y comportent pas l'adhésion. Donc, il paraît difficile de pouvoir établir la nature systématique du droit international. Par conséquent, son affirmation partagée par la communauté internationaliste semble plutôt une prémisse paradigmatique.