

EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL COMO SUBDISCIPLINA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN LA ‘ERA GLOBAL’

Zlata Drnas de Clément*

Introducción

En esta breve presentación -y atento a que la convocatoria del encuentro tiene como eje sustantivo la reflexión sobre el *estado de las ciencias normativas*-, consideraremos dos aspectos interrelacionados: el *status* del Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA) frente al Derecho Internacional Público (DIP) (I) y la percepción de ambos complejos normativos en la denominada ‘era global’ (II).

La Comisión de Derecho Internacional Público (CDI), en los para. 481, correspondientes a “Conclusiones Generales” de su Informe sobre el proyecto en materia de *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*¹, ha señalado:

481. *Un aspecto de la mundialización es la aparición de redes de cooperación técnicamente especializadas de alcance mundial: el comercio, el medio ambiente, los derechos humanos, la diplomacia (...), es decir, ámbitos de la vida y de la cooperación de expertos que trascienden las fronteras nacionales y son difíciles de regular por medio del derecho internacional tradicional. Los derechos nacionales parecen insuficientes debido al carácter transnacional de las redes y el derecho internacional(...), sólo tiene en cuenta de forma insuficiente sus objetivos y necesidades especializados.*

Como es observable estos párrafos hacen un enlace similar al que nos proponemos: por un lado, la especialidad del DIMA con relación al DIP y, por el otro, ese complejo internacional y transnacional en la era planetaria, denominada por algunos ‘tiempo de la cosmópolis’², ‘tiempo de la sociedad mundo’³.

I.- El *status* del DIMA frente al DIP

El mismo Informe al que no refiriéramos precedentemente ha señalado que, “(a) menudo se habla de ‘principios del derecho ambiental internacional’ o de ‘principios internacionales de derechos humanos’, en el entendimiento de que, de alguna manera, esos principios difieren de los que el derecho internacional general establece para situaciones análogas⁴. Asimismo, hace referencia a la cuestión de si el DIMA (al que denomina -a nuestro criterio, erróneamente- “Derecho ambiental internacional”) designa a una rama especial del Derecho internacional dentro de la cual se aplican principios de interpretación distintos de los generales, o simplemente a un conjunto de normas convencionales y consuetudinarias relativas al medio ambiente. A poco de desarrollar

¹ A/CN.4/L.682 13 de abril de 2006. *Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional*, elaborado por Martti Koskenniemi.

² ZOLO, D. *Cosmópolis. Perspectiva y riesgo de un gobierno mundial*, 1ª edición. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2000.

³ MORIN, E. “¿Sociedad mundo o Imperio mundo? Más allá de la globalización y el desarrollo”, *Gaceta de Antropología*, 19, 2003, Art. 01.

⁴ P. 76.

sus comentarios, la CDI desestima la cuestión por “demasiado abstracta”⁵, si bien, más adelante hace referencia a la noción más amplia que abarca toda una esfera de especialización funcional u orientación teleológica a escala universal: por ejemplo, las leyes aplicables a los conflictos armados, que la Corte Internacional de Justicia identificó como *leges speciales* en el caso de la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, o el derecho ambiental, al que a menudo se considera acompañado de principios especiales, que tratan de orientar la gestión de los asuntos ambientales⁶.

No deja de reconocer que el DIMA constituye un “régimen autónomo” amplio⁷, si bien, lo hace desde una percepción predominantemente principialista.

Todd S. Aagaardt, en un reciente trabajo en la *Cornell Law Review*⁸, observa que el Derecho ambiental posee un conjunto de principios y valores propios que conllevan *patrones particulares de interpretación normativa*, que tornan al sistema coherente y comprensible en sí mismo, unitario, exclusivo. Asimismo, remarca la necesidad de tener en cuenta ciertas dimensiones del propio campo, vg. el contexto en el que el campo especial surge, las políticas de complementación con otros campos, la aplicación de valores e intereses, la doctrina jurídica. Ha entendido el citado autor que esos aspectos no permiten considerar al Derecho Ambiental un mero derecho “adjetivador” de otras ramas del derecho.

Antonio Cassese, desde el Derecho Internacional, ha señalado que el DIMA no es la simple aplicación del DIP a problemas ambientales, en tanto los Estados han ido construyendo una innovativa y particular “ingeniería legal” en materia ambiental internacional⁹.

Por ejemplo, David A. Westbrook, Profesor de Derecho Internacional Público y de Finanzas y Comercio en distintas universidades (entre ellas la State University of New York), en su trabajo “Liberal Environmental Jurisprudence”¹⁰ -trabajo seleccionado por tribunal como uno de los mejores trabajos del año sobre derecho ambiental- indagó sobre la organización del Derecho Ambiental como un “todo coherente” y la posibilidad de declararlo una legítima disciplina jurídica. Así, sostuvo que el Derecho Ambiental es aún una ‘lucha jurídica’ para proteger los valores ambientales, los que trascienden el bienestar del ser humano, lucha que ha alcanzado en nuestros tiempos a los mercados, permitiéndoles comportamientos conducentes al logro de objetivos ambientales, a diferencia de la etapa arcaica en que sus problemas se resolvían a través del derecho civil o penal de responsabilidad individual y de la etapa clásica centrada en la acción administrativa y burocrática.

Por nuestra parte, sabemos que la autonomía del DIMA y del Derecho Ambiental en general sigue siendo una cuestión controvertida. En este breve trabajo nos limitaremos a considerar la relación entre el DIMA y el DIP, deteniéndonos en ciertas particularidades del DIMA en lo que hace a la *naturaleza de sus fuentes*, a la *formación*

⁵ Pp. 78-79.

⁶ P. 81.

⁷ P. 104.

⁸ “Environmental Law as a Legal Field: An Inquiry in Legal Taxonomy”, *Cornell Law Review*, Vol. 95 (2009-2010), pp. 221-282.

⁹ CASSESE, A. *International Law*, Oxford University press, Oxford, 2005, p. 188 y ss.

¹⁰ WESTBROOK, D.A. “Liberal Environmental Jurisprudence” *U.C. Davis L. Rev.* Vol. 27 (1994), p. 619 y ss.; reprinted in *Land Use & Environmental Law Review*, Vol. 26 (1995), p. 267 y ss.

de sus normas, a los mecanismos de solución de controversias; a más de ciertos principios propios que permiten una interpretación unitaria, coherente, autoexplicativa del complejo normativo como un todo particular.

Naturaleza de las fuentes del DIMA

Tal como lo señaláramos en un trabajo reciente¹¹, en el DIP, al hacerse referencia a los tipos de fuentes normativas, se suele señalar que los *tratados* internacionales - citados en primer término en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia- constituyen la fuente más concreta entre las enunciadas, la que con mayor claridad y precisión refiere las obligaciones de las partes. Sin embargo, tal afirmación queda diluida en el DIMA, ámbito en el que prevalecen los acuerdos multilaterales débiles, de *soft law* (*derecho blando, derecho en agraz, droit doux, droit vert, lege ferenda*), que no constituyen fuente normativa ejecutable *per se*, poseyendo potencia jurídica similar a la de las declaraciones o las resoluciones recomendatorias de organizaciones internacionales, con más fuerza estimulativa que legal. Sin embargo, ello no impide que estos actos enuncien o devengan *hard law* (*droit dur, droit mur, derecho en sentido estricto, derecho compulsorio, lege lata*)¹². Quienes ven positivamente a la dinámica jurídico-ambiental del *soft law* destacan que esas manifestaciones normativas débiles¹³ facilitan el acuerdo inicial en ciertas materias de difícil aceptación, flexibilizan la apertura de los Estados a aceptar cambios, dinamizan la comprensión científica, promueven la cooperación y facilitan el desarrollo posterior del *hard law* en determinada materia ambiental internacional, norma dura que, de haberse intentado alcanzar desde un inicio, no se hubiese logrado.

La doctrina suele asignar significado especial a la repetición del *soft law* en distintos instrumentos internacionales, entendiendo que la reiteración puede dar lugar a que, independientemente de la fuente formal en la que se expresa, pasen a tener valor de norma consuetudinaria. Tal sería el caso, por ejemplo, de la obligación de información y consulta antes de iniciar una actividad o proyecto que pueda causar daño transfronterizo, que se encuentra en recomendaciones, resoluciones, actos unilaterales,

¹¹ “Fuentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente” (Cap. 2), en SÍNDICO, F. - FERNÁNDEZ EGEA, R. – BORRÀS PETINAT, S. *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una Visión desde Iberoamérica*, Cameron May International Law and Policy, Londres, 2010. Seguimos mayormente este trabajo en la redacción de la primera parte de esta comunicación.

¹² Debe recordarse que, con relación a la Res. 2625 (XX) (Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de la Naciones Unidas) de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986, en el as. de las *Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua/Estados Unidos de América)*, ha manifestado que la misma debe ser entendida no como una mera reiteración de los contenidos de la Carta sino como la aceptación de una serie de normas consuetudinarias declaradas en la propia resolución (CIJ, *Recueil 1986*, p. 99-101). Similar pronunciamiento se ha dado en el ámbito jurisdiccional con relación a ciertos principios de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992).

¹³ Frecuentemente, los términos empleados reflejan compromisos febles. Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, al igual que muchos otros tratados usa verbos en potencial [Art. 3.1: “Las Partes deberían proteger el sistema climático (...)”]; el Convenio sobre Diversidad Biológica debilita enunciados condicionando el compromiso [Art. 5 Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, cooperará (...) (el resaltado nos pertenece)].

tratados, dictámenes arbitrales y judiciales, entre otros ámbitos de manifestación normativa¹⁴.

A los fines de dar dinamismo a los convenios con enunciados de *soft law*, numerosos acuerdos multilaterales en materia ambiental se configuran como acuerdos-marco, en tanto fijan los objetivos funcionales más generales, los que sólo pueden alcanzarse por medio de decisiones políticas a adoptar. En los acuerdos-marco suele incluirse el compromiso de los miembros de incorporar normas y adoptar políticas nacionales para el logro de los objetivos internacionales del acuerdo. El *Convenio de Ramsar* relativo a los *Humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas* de 1971, sólo cuenta con doce artículos, sin embargo, tuvo importante desarrollo a través de directrices y resoluciones, cubriendo a enero de 2011 1.919 sitios Ramsar con un total de 186.948.620 hectáreas. En el caso de este Convenio, una vez designado un humedal “Sitio Ramsar”, el área “debe” ser protegida bajo el derecho nacional por su valor para la comunidad internacional. En caso de no hacer el Estado un uso sabio (sostenible) del sitio, se hará pasible de sanciones, inclusive, la baja de la lista como “Sitio Ramsar” (*Montreux Record*). Ese tipo de normas internacionales que imponen obligaciones normativas a los Estados para completar sus objetivos hace que el derecho interno de los Estados importe normas *tertium genus*, de modo tal que no se aplica ellas el principio de derecho internacional “el derecho interno es un mero hecho para el derecho internacional”. En el caso de Convenio de Ramsar, al igual que en otros, como la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres* (CITES), entre otros, el Estado al dictar normas nacionales debe responder a los requerimientos de la normativa internacional y, además, la norma internacional, sustancialmente, sólo puede ser realizada a través del instrumento estratégico-instrumental de la norma nacional, la que viene a configurar el estándar nacional internacionalmente exigible. La CITES (de modo similar al Convenio de Ramsar) depende de la implementación nacional, debiendo cada Parte establecer al menos una Autoridad Administrativa y una Autoridad Científica, las que deben cumplir la normativa internacional establecida en el acuerdo. La Secretaría de la Convención es responsable de monitorear las operaciones en su conjunto y velar por el logro de los fines de la CITES. Es de observar que este tratado no admite reservas generales.

En el caso de serias discrepancias impeditivas de la entrada en vigor de un tratado, se ha contemplado en las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados –aplicado varias veces en materia ambiental– la *implementación provisional* de los acuerdos. Tal el caso, *ia* del *Acuerdo Interpretativo sobre la Parte XI de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, la resolución de las Partes en la *Convención sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza de Largo Alcance*, el *Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de consentimiento fundado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional*.

Es frecuente también, el recurso a la *aceptación tácita de enmiendas* (acuerdos “interpretativos”, anexos, protocolos, etc.), las que se consideran aceptadas por las partes automáticamente, salvo que la interesada manifieste expresamente que no desea quedar vinculada a la enmienda. Tal el caso del *Acuerdo Relativo a la Aplicación de la*

¹⁴ DUPUY, P.M. “Soft Law and the International Law of the Environment”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12 (1990-1991), pp. 420-435.

Parte XI de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, el Convenio para Prevenir la contaminación por buques/MARPOL y la Convención para la Protección del Medioambiente en el NE Atlántico/OSPAR, entre otras.

Una de las características del DIMA en materia de tratados es la *no reciprocidad de cumplimiento de las obligaciones asumidas* por las partes. Si un sujeto internacional ha violado una obligación esencial de un tratado, no se aplican las disposiciones generales de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 y 1986. No se admite la terminación o suspensión del tratado en caso de violación de una obligación esencial por una de las partes mediante la aplicación del principio *inadimplenti non est adimplendum* (art. 60 CVDT). La creciente convicción de que la preservación del ambiente concierne a toda la humanidad, desdibuja las relaciones de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados.

En el ámbito de algunos tratados ambientales (en particular, los relativos a residuos) ha ido surgiendo la percepción de que “*lo que no está expresamente permitido está prohibido*”, principio inverso al del derecho general. Tal el caso de la *Convención OSPAR* de 1992, que recoge la *Convención de París sobre la Prevención de la contaminación marina por fuentes terrestres* de 1974.

Si bien, ha solido minimizarse la importancia de la *costumbre* en el DIMA, no debe olvidarse que sobre la base de la costumbre y los principios generales del derecho se han ido construyendo los *principios generales del DIMA*, uno de los pilares básicos de esta rama normativa, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

La formación de las normas del DIMA

Los tratados en materia ambiental, generalmente, son adoptados por *consenso* (sin votación o sin voto en contra).

El *Protocolo de Montreal relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono* de 1987, en el artículo 2 (9) (c) deja de lado la regla de consenso cuando el acuerdo no ha sido posible alcanzar, disponiendo la adopción de la enmienda por una mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes que representen al menos el 50% del consumo total por las Partes de las sustancias controladas. Al igual que el Protocolo de Montreal, varios acuerdos multilaterales en materia ambiental se basan en el consenso. En algunos pactos -a más del indicado-, especialmente los que establecen órganos rectores con capacidad de adoptar decisiones vinculantes, aun cuando se ha señalado la conveniencia de alcanzar el consenso, en caso de no ser ello posible, se ha contemplado la adopción de decisiones por mayoría simple o calificada. Tal el caso de la *Comisión Internacional de la Pesca de Ballenas* de conformidad al art. III de la Convención de 1946.

Es de observar la no utilidad de un acuerdo general en materia de medio ambiente por consenso, particularmente por su imposibilidad de alcanzar los objetivos esperados cuando los mecanismos de aplicación se enfrentan a disímiles Estados de desarrollo. Las diferencias entre Estados desarrollados y los en desarrollo pueden hacer que un mismo tratado deba dar lugar a distintos tipos de exigencia en el cumplimiento de sus normas, a distintos plazos para el logro de los objetivos, a distintas vías de

financiación, etc. Además, los Estados en desarrollo presentan cuestiones condicionantes de la protección ambiental en distintos sectores en base a alegaciones de pobreza, crecimiento poblacional, peso de sus deudas externas, dificultades para desarrollarse, riquezas naturales aún no explotadas que hacen a su desarrollo y que los Estados desarrollados pretenden regular internacionalmente como recursos naturales de la humanidad, tras haber explotado y agotado los propios en interés particular. Para comprometer la demora de su industrialización y limitación de emisiones, pretenden compensaciones o incentivos. Si bien el preámbulo de la *Convención sobre Diversidad Biológica* reconoce que “el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son prioridades básicas y fundamentales de los países en desarrollo”, que “es necesario adoptar disposiciones especiales para atender a las necesidades de los países en desarrollo, incluidos el suministro de recursos financieros nuevos y adicionales y el debido acceso a las tecnologías pertinentes”, en los hechos, desde la entrada en vigor de la Convención poco cambio efectivo se ha observado y aspectos sensibles para Estados en desarrollo, como son las patentes de propiedad de recursos y conocimientos de pueblos originarios aún siguen sin precisión satisfactoria. Todos ellos aspectos que hacen a las virtualidades de los acuerdos ambientales alcanzados.

Es común que los acuerdos ambientales sean negociados a modo de *package deal* (negociación en paquete, conjunto de compromisos indivisibles, obligaciones no estabilizadas hasta completar el conjunto a negociar). Diversos convenios se han concertado en base al *package deal* y al *consenso*, entre ellos, acuerdos relativos a contaminación atmosférica, protección del medioambiente marino, cambio climático, diversidad biológica, etc.), lo que muchas veces se ha ponderado positivamente por lograr entendimientos base en áreas de difícil concertación, pero otras, se ha criticado, atento a que suelen implicar compromisos de *soft law*, que no justifican los esfuerzos invertidos en concertar los débiles y a veces erráticos entendimientos.

Suele destacarse como una particularidad del DIMA la interconectividad funcional de los grandes convenios ambientales multilaterales (vg.: capa de ozono, cambio climático, biodiversidad, desertificación, humedales, etc.) y la necesidad de fortalecer los instrumentos de funcionamiento coordinado e incluso conjunto, que simplifiquen y descompriman la innecesaria y costosa densidad organizacional.

Mecanismos de solución de controversias

La mayoría de los tratados en materia ambiental prevén mecanismos de supervisión y prevención más que sistemas duros de solución de controversias en caso de violación de los tratados, como generalmente lo hacen otros convenios de Derecho internacional. Por ejemplo, el art. 10 de la *Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático* (CMNUCC) establece un órgano subsidiario de ejecución encargado de ayudar a la Conferencia de las Partes en la evaluación y el examen del cumplimiento efectivo de la Convención, órgano que bajo la dirección de la Conferencia de las Partes, examina, *i.a.* los informes de las partes. Por su parte, el artículo 27 de la *Convención sobre Diversidad Biológica* -de modo similar al CMNUCC y a otros acuerdos multilaterales ambientales- establece que si se suscita una controversia entre Partes Contratantes en relación con la interpretación o aplicación del Convenio, las Partes interesadas tratarán de resolverla mediante negociación. De no llegar a un acuerdo por esa vía, *podrán* solicitar conjuntamente los buenos oficios o la mediación

de una tercera parte. Al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado o en cualquier momento posterior, los Estados “pueden declarar” que aceptan someterse obligatoriamente a alguno de los medios de solución de controversias que el Convenio cita: a) Arbitraje de conformidad con el procedimiento establecido en la parte 1 del anexo II; b) Presentación de la controversia a la Corte Internacional de Justicia. Para el caso de que las partes no hayan aceptado solución compulsiva alguna, ni acordado otro modo de solución de la contienda, el Convenio prevé el sometimiento a conciliación de conformidad con la parte 2 del Anexo II. Bien sabemos que la conciliación es uno de los medios de solución en los que el pronunciamiento de los conciliadores no es vinculante para las partes, con lo que la diferencia puede quedar sin resolución. Ese sistema de solución se aplica a los protocolos, a menos que las partes dispongan otra cosa.

La Corte Internacional de Justicia en pocos casos ha tratado cuestiones ambientales. Los más destacados han sido los relativos al Proyecto *Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia, sentencia de 25 de septiembre de 1997) y a las *Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay* (Argentina vs. Uruguay, sentencia de 20 de abril de 2010). El primero de los casos -tal como lo recuerda Ponte Iglesias citando a Cervell Hortal¹⁵- “constituyó, *a priori* una ocasión única para que el TIJ se pronunciara no sólo sobre cuestiones medioambientales de carácter general, sino también sobre la gestión y utilización conjunta del río que los dos Estados comparten. Las conclusiones de la CIJ fueron, sin embargo, para decepción de muchos, tremendamente parcas, inclinándose el Tribunal, como es sabido, por dirimir la controversia en el marco del Derecho de los tratados y de la responsabilidad internacional”. En el segundo caso citado, tal como el voto en disidencia de los Jueces Al-Kasawneh y Simma lo expresa con relación a los aspectos sustantivos ambientales del diferendo, “la Corte ha perdido una oportunidad de oro para demostrar su habilidad para acercarse a complejos conflictos científicos de una manera acorde a los tiempos”¹⁶⁻¹⁷. Es decir, en ambos casos, la Corte ha evitado pronunciarse en materia de DIMA.

¹⁵ PONTE IGLESIAS, M.T. “El asunto de la construcción de las plantas de celulosa en las proximidades del Río Uruguay a la luz de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 2010”, en *Revista de la Facultad, Nueva Serie II*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 1, Nº 1, 2010, p. 36.

¹⁶ Opinión Disidente de los Jueces Al-Kasawneh y Simma: “*Introduction: (...) (T)he Court has missed a golden opportunity to demonstrate its ability to approach scientifically complex disputes in a state-of-the-art manner*”. “2. *While we agree with the Judgment’s finding of a breach by Uruguay of its procedural obligations, we cannot endorse operative paragraph 2 of the Judgment of the Court, and have accordingly voted against it. As we will explain in the following dissent, the Court has evaluated the scientific evidence brought before it by the Parties in ways that we consider flawed methodologically: the Court has not followed the path it ought to have pursued with regard to disputed scientific facts; it has omitted to resort to the possibilities provided by its Statute and thus simply has not done what would have been necessary in order to arrive at a basis for the application of the law to the facts as scientifically certain as is possible in a judicial proceeding. Therefore, faced with the results of a deficient method of scientific fact-finding, we are not in a position to agree “that the Eastern Republic of Uruguay has not breached its substantive obligations under Articles 35, 36 and 41 of the 1975 Statute of the River Uruguay”. The evidence submitted by Uruguay to establish this result has not been treated *lege artis* by the Court; the same is valid for the evidence submitted by Argentina in order for the Court to arrive at the opposite conclusion. Consequently, and logically, we have no other possibility than to dissent*”.

¹⁷ El Juez Yusuf, en Declaración separada entendió la Corte debió recurrir al asesoramiento especializado, para una mejor comprensión de las intrincadas pruebas científicas y técnicas de las partes (particularmente, en lo que hace al impacto posible de las descargas de efluentes de Botnia en los recursos vivos, en la calidad del agua y en el equilibrio ecológico del río Uruguay). Concluyó el referido Magistrado que, en su opinión, había motivos para preocuparse cuando en un caso tan complejo fáctica y científicamente como el de autos, la Corte no había hecho uso de su facultad para alcanzar un verdadero conocimiento de la situación, y que los errores en la apreciación o la determinación de hechos podían

Es de recordar que la CIJ había creado en 1993 la Sala de Medio Ambiente., sin embargo, nunca diligenció caso alguno. A pesar de ello informó a la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la Sala hasta 2006, fecha a partir de la cual dejó de hacerlo.

Principios generales del DIMA

Se ha señalado que los “principios” a diferencia de las “reglas jurídicas” están enunciados en términos generales, por lo que no dan lugar a la adopción de cursos concretos de acción para su cumplimiento, careciendo por ello de especificidad ejecutoria¹⁸. Por nuestra parte, creemos que ello no es aplicable a los principios generales del DIMA, que no son principios generales del derecho sino normas consuetudinarias, que en el caso particular, han ido surgiendo de la práctica de los Estados o de la labor de las Organizaciones Internacionales. El que la formulación sea “principalista” no significa que sea una enunciación abstracta o inconcreta. Los principios generales del DIMA son de contenido sustantivo complejo y están imbricados uno en el otro de modo que no pueden ser interpretados aisladamente. Son de estructura compuesta en tanto se integran por una serie de obligaciones concretas de comportamiento, exigibles en virtud de su carácter normativo. Esos principios generales del DIMA son la base sobre la que descansa en su integridad la construcción del sistema jurídico de protección internacional del medio ambiente, llegando a designarse como “Principios Constitucionales del DIMA”¹⁹, base del “Nuevo Orden Internacional Ecológico”²⁰, siendo esos principios patrón de interpretación del derecho especial del DIMA. Entre esos principios podemos citar: -“limitación de los derechos soberanos en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos”; “prevención frente al riesgo cierto al medio ambiente”; “precaución frente al riesgo incierto” (especialmente en caso de temores de eventual daño grave, irreversible o catastrófico); “principio de desarrollo sustentable”; “principio de solidaridad interestatal – responsabilidades comunes pero diferenciadas en el establecimiento de la salud e integralidad del ecosistema de la Tierra”.

Limitación de los derechos soberanos en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos

El Principio 2 de la *Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo* expresa:

“Los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que están fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

socavar sustancialmente la credibilidad de la Corte, y desalentar a partes en disputas de recurrir a la Corte sobre cuestiones jurídicas con sustento en datos científicos y tecnológicos (para. 13). V. nuestro trabajo “Algunas consideraciones en torno al fallo de la CIJ sobre las pasteras uruguayas (sentencia de 20/04/2010)”, *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2010 (obtenible en www.acaderc.org.ar).

¹⁸ MARONG, A.B.M. (2003-2004), “Form Rio to Johannesburg: Reflections on the Role of International Legal Norms in Sustainable Development”, *Geo. Int'l Envr'tl. L. Rev.*, 16, pp. 21-76.

¹⁹ CASSESE, A. *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 188.

²⁰ SAND, P.H. “International Environmental Law after Rio”, *EJIL* (1993), Vol. 4-1, p. 377.

Este principio ha sido reiterado en numerosos instrumentos internacionales, incorporando con ello al principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

La opinión consultiva de la CIJ en el as. relativo a la *Legalidad del Uso de las Armas Nucleares en un Conflicto Armado* (8 de julio de 1996) expresó:

*“La existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción o control respeten el medioambiente de otros Estados o de las áreas fuera de la jurisdicción nacional es en la actualidad parte del corpus del derecho internacional relativo al medio ambiente”*²¹.

Este principio está en la antípoda de la “Doctrina de la soberanía absoluta”, señorío de los Estados sin limitación alguna sobre bienes bajo su jurisdicción y sus aprovechamientos, sostenida en 1895 por el Procurador General de los EE.UU. Harmon (*Doctrina Harmon*), principio que ni siquiera los EE.UU. han podido sostener, abandonándolo ya en 1906 en el *Tratado del Río Grande*, entre EE.UU. y México, el que previó la “distribución equitativa de las aguas” entre los dos países²².

El principio *sic utere tuo*, en su naturaleza, es complementario del principio de soberanía en tanto implica el deber respetar idéntico derecho de soberanía de otros Estados en su integralidad, que comprende los derechos de los Estados sobre bienes de su propio territorio o los que se hallan bajo su jurisdicción, como también los que tiene sobre bienes de los espacios *res nullius*, *res communis usus* y bienes que constituyen patrimonio común de la humanidad en tanto parte del colectivo.

Prevención frente al riesgo cierto al medio ambiente

Este principio está asentado en la idea de “diligencia debida” de los sujetos de Derecho internacional, es decir, en la *obligación* de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios transfronterizos (a nuestro criterio, obligación de resultado)²³. Atento a la obligación general de los Estados y otros sujetos internacionales de prevenir, prohibir o reprimir ciertos actos que causen o puedan causar perjuicios a otros Estados o sujetos internacionales, la falta de diligencia transforma a la tolerancia de tales actividades en acto ilícito atribuible al omitente²⁴. La diligencia debida está constituida por el conjunto de “estándares mínimos” de comportamiento exigibles internacionalmente (diligencia suficiente). Esta diligencia, es el mínimo constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales (“derecho interno internacionalmente indispensable”)²⁵. El que

²¹ ICJ, *Reports 1996*, pp. 241-242, par. 29 (“*The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*”). Párrafo reiterado en el as. *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria/Eslavaquia)*, ICJ, *Reports 1997*, p. 78, para. 140).

²² SAUSER-HALL, G., “L’utilisation industrielle des fleuves internationaux”, *Recueil des Cours de L’Académie de Droit International de L’Haye*, 1953-2, p. 511.

²³ El principio de prevención basado en los principios generales del derecho de buena fe, no abuso del derecho y responsabilidad, como también en el principio general del DIMA señalado en el punto anterior.

²⁴ V. el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos (2001), art. 11.

²⁵ V. al respecto los dictámenes de la CPJI en los ass. *Trato de los Nacionales Polacos* (1932) y *Zonas Francas* (1932). V. asimismo las labores de la CDI en los proyectos sobre Prevención del daño

hablemos de “comportamiento”, no implica que se trate de una obligación de comportamiento, ya que cada violación de esos estándares internacionales mínimos (acción u omisión) implica un ilícito internacional.

Precaución frente al riesgo dudoso

Antiguo principio establecido frente a la incertidumbre sobre el riesgo, si bien, de joven aplicación en el DIMA. Tiene su origen en un antiguo canon del comportamiento humano, correspondiéndose a una visión renovada de la ancestral concepción de “prudencia” ante lo desconocido. En la “prudencia” se enlazan la “conjetura” basada en la “memoria”, la “inteligencia” con su razonamiento inductivo-deductivo (analogía con lo conocido) y la “providencia” (vigilancia, disposición anticipada para evitar o minimizar los daños o males supuestos y temidos). Implica una actitud de reserva y previsión. Cuando los potenciales efectos que se sospechan puedan surgir de una actividad permiten suponer el riesgo de daño grave, irreversible, catastrófico, el ente decisor “debe” adoptar medidas de previsión cautelar, para que un potencial riesgo de esa naturaleza no tenga posibilidades de producirse (por idénticas razones que las señaladas con relación al principio de prevención). Esas medidas de “diligencia debida”, en algunos casos, deben ser igual o más estrictas que en la aplicación del principio de prevención atento a la falta de posibilidad de adoptar recaudos satisfactorios por la incertidumbre en torno al gravísimo riesgo sospechado y la consecuente falta de posibilidades de minimizar los efectos atento el carácter catastrófico temido. En cambio, cuando los temidos potenciales efectos adversos sólo señalan que las actividades pueden afectar la conservación y utilización sostenible de la naturaleza, el Estado u otro sujeto según el caso, debe adoptar medidas de prudente previsión (buen gobierno) frente a los riesgos supuestos y la eventual minimización de sus efectos en caso de que las relaciones costo-beneficio hayan aconsejado autorizar la actividad (evaluación de impacto ambiental, licencias, seguros, etc.). La provisionalidad de las autorizaciones o denegatorias de autorización constituyen una nota característica del principio de precaución, atento a que siempre se halla abierta la posibilidad de modificar la decisión conforme avancen los conocimientos científicos y técnicos en torno al riesgo.

Principio de desarrollo sustentable

Un importante número de acuerdos internacionales multilaterales en materia ambiental han incorporado al derecho sustentable²⁶. Incluso, el Acuerdo de Marrakech que crea la Organización Mundial del Comercio y algunos acuerdos del sistema de comercio multilateral conexos han contemplado al desarrollo sustentable. A pesar de ello, no cabe considerar al principio de derecho sustentable una norma consuetudinaria esclarecida en su contenido, en tanto, al igual que el principio general de cooperación,

transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de las pérdidas en caso de producirse dicho daño, Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, Responsabilidad de las Organizaciones internacionales.

²⁶ *I.a.*: la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (1992) y su *Protocolo de Kyoto* (1997); el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (1992) y su *Protocolo de Cartagena* (2000); la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación* (1994); el *Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de consentimiento fundado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional* (1998); la *Convención de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes* (2001).

constituye a nuestro criterio, más que una norma intersticial, es expresión unitaria de un contenido plural de obligaciones vinculantes en permanente desarrollo.

Los contenidos normativos más importantes del principio-objetivo de desarrollo sostenible (vinculados a otros principios del DIMA) son: -el uso equitativo y razonable de los recursos naturales; -la protección del medio ambiente debe entenderse parte integrante del proceso de desarrollo y no puede considerarse en forma aislada; - toda actividad potencialmente dañosa debe ser sujeta a estudio y evaluación de impacto ambiental como medida necesaria de prevención y precaución para asegurar el desarrollo sostenible; - los Estados deben reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles; - los Estados deben cooperar en el desarrollo del conocimiento científico mediante el intercambio de información, la difusión, la transferencia de tecnología²⁷.

Principio de solidaridad interestatal – responsabilidades comunes pero diferenciadas en el establecimiento de la salud e integralidad del ecosistema de la Tierra

El principio 7 de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992) ha establecido:

“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”²⁸.

Las más visibles aplicaciones del principio se dan en el marco de la *Convención sobre Cambio Climático*²⁹ y el *Protocolo de Kyoto*. El Anexo del Protocolo que cuantifica la reducción de emisiones se refiere sólo a Estados desarrollados o con economías en transición. Además, tanto el Convenio como el Protocolo contemplan la cooperación para el desarrollo; la transferencia de tecnología, como también prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero en distintos sectores; la asistencia financiera.

Consideraciones parciales

²⁷ Si bien, con relación al desarrollo sustentable, al igual que con otros objetivos ambientales, no cabe un acercamiento puramente estatal o interestatal atento a la multiplicidad de los actores involucrados (de los que decisivamente depende el logro de los objetivos), dado que estamos efectuando un análisis de las fuentes normativas del DIMA, nos referimos sólo al principal sujeto del Derecho Internacional, el Estado, el que ha generado y asumido en forma directa las obligaciones en materia de protección internacional del medio ambiente.

²⁸ Los principios 6 y 11 también se relacionan al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. El primero, al hacer referencia a la prioridad que debe darse a la situación especial y las necesidades de los Estados en desarrollo, en particular, los menos desarrollados. El segundo, al señalar que ciertos estándares pueden resultar inapropiados para los Estados en desarrollo.

²⁹ La Convención sobre cambio Climático tanto en el preámbulo como en el art. 3.1 hace referencia al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, haciendo hincapié en el liderazgo que les cabe a los países desarrollados en la protección del sistema climático.

Para poder hablar de “autonomía” (o no) del DIMA con relación al DIP se torna necesario precisar lenguaje, ya que no es lo mismo considerar bajo esa expresión la condición de “lex specialis” o la de “régimen autónomo”.

La primera de las expresiones considera al DIMA sector especializado del DIP, en condición similar a la del Derecho Internacional Humanitario, a la del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a la del Derecho del Mar, a la del Derecho Internacional Comercial, etc. Es decir, enraizado en el DIP como derecho de base y cuerpo general en el que asienta su teoría, constituyendo una “parcela” con particularidades propias pero no enteramente separada de la disciplina madre, como lo señalan Patricia Birnie, Alan Boyle y Cathrine Redgwell³⁰.

La segunda expresión (“régimen autónomo”) tiene distintos alcances según sea empleada por relativistas, criticistas o constructivistas, yendo su significado desde una disciplina con “independencia normativa” a una “narrativa no dispositiva”, aspecto que consideraremos en el tópico siguiente.

II.- DIMA y DIP como conjunto normativo en el era global

Consideraciones preliminares

El tema de la fragmentación del DIP como objeto de estudio ya se puede observar en trabajos de la década del '50. Así, Wilfred C. Jenks señalaba: “*This is an understandable reaction to a complex body of detailed rules, many of them dealing with matters of a highly technical character, which do not afford the same scope of the common law for the development of legal principle by argument from precedent*”. Destacaba cómo los internacionalistas se han visto llamados a afrontar el complejo económico social y tecnológico de su tiempo, si bien, han tendido a resolverlo por antiguas técnicas, a pesar de que la evolución requería herramientas diferentes de las tradicionales. Recordó en la obra referida que el conflicto entre tratados ya había sido observado por Grocio, Pufendorf y Vattel, si bien sus propuestas ya no resultaban suficientes para los requerimientos del nuevo tiempo de especialización y cooperación. Como cierre de su trabajo enunció axiomas para enfrentar la nueva realidad jurídica, entre los que incluyó una serie de principios jerárquicos útiles como *lex prior*, *lex posterior*, *lex specialis*, *autonomous operation*, “*pith and substance*”, *intención legislativa*, si bien destacó que su prevalencia y combinación debía ser sopesada y reconciliada conforme las circunstancias y la creciente experiencia³¹, visión aún actual tras casi sesenta años de presentada y que se condice con la posición central del proyecto de la CDI.

Tal como lo señaláramos en la Introducción, la CDI en su Proyecto sobre *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, hizo referencia a aspectos de la globalización/mundialización emergentes de las transnacionalización de las relaciones de diversos ámbitos de la vida, que involucran a diferentes actores.

³⁰ BIRNIE, P. –BOYLE, A.-REDGWELL, C. *International Law and Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2009. pp. 23 y ss. V. Asimismo, EVANS, M. (Ed.) *International Law* (2da. Edición), Oxford University Press, 2006, p. 657.

³¹ JENKS, W.C. “Conflict of Law-Making Treaties”, BYIL, 30, pp. 401, 402, 451, 453.

En un reciente trabajo hemos hecho referencia a ese tipo de relaciones y sus consecuencias jurídicas³². Así, nos hemos preguntado si el Derecho internacional sigue siendo el que enunciara, Verdross en su *DIP*: “un orden de paz de la comunidad internacional. Derecho positivo con un subsuelo sociológico; un fundamento normativo anclado en la naturaleza social y teleológica del hombre”³³; si sigue siendo el que enunciara Diez de Velasco en sus *Instituciones de Derecho Internacional*: “sistema de normas y principios (conjunto-proceso) que forman el ordenamiento jurídico (distinto de la moral y de la cortesía) de la sociedad internacional contemporánea (historicidad)”³⁴. Nos preguntamos si la “era global”, la de la “Globalización” (término centrado en las interacciones y flujos transnacionales de tipo comercial, económico, financiero, tecnológico, científico, comunicacional, entre otros), la de la “Mundialización / Planetarización” (término preferido por los franceses para referirse a la globalización, pero poniendo el acento en los efectos culturales y sociales de los flujos transfronterizos) se maneja anárquicamente, se rige por un “derecho” propio o requiere la construcción de un “derecho” que la regule a escala planetaria (ámbito en el que opera).

El proceso de globalización no posee actores definidos, internacionalmente responsables³⁵; carece de tratados internacionales formales; no cuenta con un sistema orgánico de funcionamiento; se centra en interacciones entre individuos y sociedades de variado tipo de distintas partes del mundo; elude la conformación de instituciones observadoras de sus movimientos transfronterizos, ordenadoras o controladoras; traspasa las fronteras de los Estados con su solo poderío económico, financiero, de comunicaciones, de información, de transportes sin normas a las cuales sujetarse, vaciando o debilitando la autoridad de los Estados en numerosos ámbitos de gobierno, generando dependencias difíciles de superar³⁶. Aún más, se habla de una nueva sociedad posestatal, de ciudadanía multicultural o transnacional³⁷.

³²“Procesos de integración latinoamericanos en el contexto de la globalización”, en *Cuaderno IV Realidad y perspectivas de los procesos de integración* del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina (obtenible en www.acaderc.org.ar).

³³ VERDROSS, A. *Derecho Internacional Público* (Trad. A. Truyol y Serra), Madrid, 1984. Cap. I.

³⁴ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2009, Cap. I.

³⁵ Sus principales actores son las corporaciones transnacionales, “entidades económicas o un conjunto de entidades económicas que opera en más de un país, cualquiera sea su forma jurídica, su país de origen o el país de la sede; ya sea se considere su actividad individual o colectivamente, tal como las define el Proyecto de normas sobre la responsabilidad en materia de derechos humanos de las sociedades transnacionales y otras empresas comerciales. Directrices y Recomendaciones para la aplicación a las STN, a “otras empresas” y a sus proveedores, subcontratistas y licenciatarios de las normas vigentes en materia de derechos humanos (2003) del Grupo de trabajo sobre las sociedades transnacionales (Subcomisión de Derechos Humanos y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas). Se trata de personas jurídicas de derecho privado con implantación territorial múltiple pero con un centro único para las decisiones estratégicas. La tendencia actual es sólo atribuirles responsabilidad social autogestionada.

³⁶ En la década de los '70 se iniciaron las primeras tentativas de establecer algún control sobre las sociedades transnacionales. En 1972 el Secretario General de Naciones Unidas conformó un Grupo de expertos para estudiar la temática y su resultado fue un informe en el que se consideraba la necesidad de constituir organismos de investigación y observación de entidades transnacionales. En 1974, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas creó la *Comisión de Sociedades Transnacionales* [Resolución 1913 (LVII)]. La Comisión se compuso por 48 Estados Miembros con el objeto de investigar las actividades de las sociedades transnacionales y elaborar un Código de Conducta para ese tipo de entidades, el que no logró concretarse. Tras la *Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, atento a que la Declaración aparentemente cubría distintas vías por las que era factible controlar

Rosalyn Higgins, ha percibido a la globalización como un “*fatum*”, “una realidad que vivimos cuando las paredes de la soberanía no constituyen protección frente a los movimientos de capital, trabajo, información e ideas, realidad que no ofrece protección efectiva frente a riesgos y peligros que vienen del exterior”³⁸.

Nuevas modalidades de producción, de trabajo, de movimientos de capital, comercio, turismo, sindicatos, grupos criminales o delictivos (vg. terroristas, mercenarios, narcotráfico, tráfico de armas ilegales, tráfico de órganos humanos o servicios sexuales), etc. se configuran a escala planetaria. Al mismo tiempo, los gobiernos van perdiendo posibilidades de control y dirección sobre las sociedades e individuos, incluso dentro de su propio su espacio territorial.

Este tipo de a-estructura internacional está lejos del Constitucionalismo planetario de Verdross³⁹, comunidad internacional regulada por un documento constitucional en sentido formal (Carta de la ONU), que abarca prácticamente a todos los Estados del planeta, establece un sistema normativo (art. 38 Estatuto de la CIJ), que pretende con ello mantener y consolidar la paz y seguridad internacionales; que ha establecido un poder supranacional para garantizar ese objetivo básico. Así, ha dotado al Consejo de Seguridad (CdeS) de facultades supranacionales para el logro de su objetivo primordial: mantener la paz y seguridad internacionales⁴⁰.

Constitucionalismo vs. Pluralismo

Dunoff⁴¹ recuerda que hace un siglo no existían las organizaciones internacionales, ni las Cortes permanentes, ni un sistema jurídico universal. En la actualidad el Derecho internacional está organizado en regímenes funcionales (comunicaciones, espacios, navegación, trabajo, etc.). Esos distintos conjuntos normativos funcionales han respondido a las necesidades del desarrollo económico y social de nuestro tiempo. La densidad, cantidad, complejidad de las normas se ha intensificado, llevando a colisiones y conflictos entre regímenes o conjuntos normativos especiales con el sistema general, lo que ha dado en llamarse el “desorden global del ordenamiento normativo internacional”⁴². Ese crecimiento ha llevado a que el cambio en el DI y en la gobernanza mundial sean notables. Incluso, ha deformalizado el

actividades dañosas de corporaciones transnacionales, se eliminó en 1993 la Comisión de Sociedades Transnacionales. Similares funciones se asignaron pero sólo en materia de inversiones a una Subcomisión de la UNCTAD en 1994. V. nuestro trabajo *Responsabilidad de las Corporaciones Transnacionales* (www.acaderc.org.ar).

³⁷ PARRA, F. “Transmigraciones denizens: exclusión política y migración internacional”, *Circunstancia (Investigaciones en Curso)*, Año IV, Número 10, mayo 2006 (http://www.ortegaygasset.edu/contenidos.asp?id_d=319).

³⁸ HIGGINS, R. "International Law in a Changing International System", en *The Cambridge Law Journal*, Vol 58, marzo 1999, p. 82.

³⁹ Al igual que de la idea de ordenamiento jurídico de Díez de Velasco.

⁴⁰ Téngase presente que el CdeS, con sólo 9 votos (4,68 % del total de Miembros), puede decidir la adopción de medidas económicas o militares colectivas para responder a una amenaza a paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión.

⁴¹ DUNOFF, J.L. “International Law in Perplexing Times”, *Maryland Journal of Internacional Law*, Vol. 25 (2010), pp. 11-36.

⁴² WALTER, N. “Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative orders”, *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 308.

contenido de las normas jurídicas, transfiriendo el poder jurídico a expertos funcionales encargados del manejo de ciertos regímenes y con ello de su contenido.

Las respuestas a esa “complejidad”, básicamente, se han intentado por distintas vías⁴³: 1) Constitucionalismo internacional; 2) Derecho global administrativo; 3) Pluralismo jurídico global.

En lo que hace al *Constitucionalismo*⁴⁴, con origen próximo en Verdross, emparentado al *Federalismo* de Lauterpacht⁴⁵, confía en un orden universal de la sociedad internacional basado en un orden de paz y justicia. Esta visión es denostada actualmente por la debilidad y falta de efectividad cabal del modelo para alcanzar sus propósitos (paz y orden a nivel planetario)⁴⁶.

Tras el fin de la Guerra Fría (Caída del Muro de Berlín para muchos) da inicio la Globalización en el contexto contemporáneo. La propuesta de Nuevo Orden Internacional (sostenida enfáticamente por Gorbachov, Mitterrand y Bush⁴⁷), de base constitucionalista, preveía un incremento de poder de las Naciones Unidas para que pudieran actuar como institución política, con capacidad propia de coacción y represión, sobre la base de un mandato colectivo, normas establecidas por consenso, ejército propio. Respondía a la idea de las Naciones Unidas como gobierno mundial.

La vía del *Derecho Administrativo Global* ha buscado un orden flexible basado en pequeñas instituciones, redes transnacionales, procedimientos administrativos locales, oscilando entre lo público y lo privado. Las bases de sus interacciones son: transparencia, consulta, participación, racionalidad, revisabilidad perpetua.

El *Pluralismo*, en su manifestación más dura, es la antítesis del Derecho en tanto se basa en el pluralismo interpretativo y la falta de reconocimiento de una pirámide jerárquica normativa. El Derecho más que una pirámide, es una red de permanente diálogo y acomodamiento, que reemplaza la determinación autoritativa⁴⁸. No hay meta-

⁴³ El Informe de la CDI sobre

⁴⁴ WET, E. DE “The Constitutional international order”, *Int’L & Comp. L. Q.*, Vol. 55 (2006), p. 51.

⁴⁵ KOSKENNIEMI, M. “El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política”, *Revista de Derecho Público*, N° 24 (marzo de 2010), Universidad de los Andes (Traducción de la obra “The Fate of International Public Law: Between Technique and Politics”, *The Modern Law Review*, vol 70 2007, pp 1-30). El autor expresa que la edición de Lauterpacht de 1992 y su visión federativa cosmopolita queda reducida a la nostalgia de la dominación europea y su misión sagrada de civilización. Koskeniemmi opina que la reforma de la Carta de Naciones Unidas a estas alturas está desprovista de significado político, ya que el mundo ha girado hacia un modelo no dispositivo en los que predominan regulaciones no vinculantes, particularistas, relativistas, a consensuar cooperativamente, carentes de absolutismos, multidimensional, característica que observamos se va instalando en los proyectos de la CDI y en los fallos de la CIJ y otros tribunales internacionales.

⁴⁶ DUNOFF, J.L.- TRACHTMANN, J.P. “A Functional Approach to International Constitutionalization”, in DUNOFF-TRACHTMANN (Eds.) *Ruling the World? Constitutionalism, IL, and Global Governance*, 2009, pp. 3-36.

⁴⁷ V. Declaración de 1990 de George Bush padre, Declaración de París de 1991 de F. Mitterrand, mensaje de Gorbachov de 1993: “No intentes hacerlo solo Bill” (con referencia a Bill Clinton al asumir como presidente de los EE.UU.).

⁴⁸ V. SIMMA, B. “Fragmentation in a Positive Light”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, (2003-2004), pp 945 y ss.); SIMMA, B. - PULKOWSKI, D. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *EJIL* 17 (2006), pp. 483-529; KOSKENNIEMI, M. *The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?*, Chorley Lecture 2006 (7 June 2006), London School of Economics; KOSKENNIEMI, M. - LEINO, P. ‘Fragmentation of International

racionalidad en los intercambios, ni objetivos superiores. Los sostenedores del pluralismo niegan que el denominado “desorden” sea tal o sea problemático; entienden que la presunta anarquía que “aparentemente” genera no es estructural, ya que permite que actores marginados emerjan frente al poder clasista del constitucionalismo, cambiando a la sociedad⁴⁹.

Percepción de la CDI

La CDI en su proyecto sobre “Fragmentación del DIP” (citado precedentemente), si bien, daba la impresión de estar dispuesta a ingresar en la “nueva” etapa a-jurídica⁵⁰, no alcanzó a profundizar en la temática y se limitó a un estudio de la

Law? Postmodern Anxieties’, *LJIL* (2002) 15, p. 553; FISCHER-LESCANO A. - TEUBNER, G. ‘Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law’, *Mich. JIL* (2004); PAULUS, A. ‘Commentary to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner: The Legitimacy of International Law and the Role of the State’, *Mich J Int’l L* (2004); PAULUS, A. ‘*Jus cogens* Between Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal’, 74 *Nordic J Int’l L* (2005) 297 y ss.

⁴⁹ Un caso que suele tomarse como punto de inflexión son los casos acumulados *Kadi, Yassin Abdullah* (nacional de Arabia Saudita⁴⁹ y *Al Barakaat* International Foundation (entidad establecida en Suecia). La Comunidad Europea había impuesto sanciones contra ellos por supuestos lazos con Al Qaeda (congelamiento de sus bienes y activos). Los acusados acudieron al Tribunal de Primera instancia, rechazaron realizar actividades o tener lazos con terroristas e invocaron violaciones de derechos fundamentales. El Consejo y la Comisión respondieron que, como miembros de las Naciones Unidas, las resol. del CdeS le eran obligatorias, (entre ellas, la nómina consolidada de presuntos terroristas). Más tarde, la medida de congelamiento de bienes y activos fue anulada en base a la autonomía del Derecho europeo, con lo que el Tribunal de Justicia cambió la percepción jerárquica por la horizontal y segregada del Derecho (V. <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/constitucional-y-comunitario/sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-las-comunidades-europeas-gran-sala-de-3-septiembre-2008>).

⁵⁰ En 2000, la Comisión, después de un estudio de viabilidad (HAFNER, G. "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/55/10)*, anexo), decidió incluir el tema "Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional", en su programa de trabajo a largo plazo. En 2002 incluyó el tema en su programa de trabajo y conformó un Grupo de estudio sobre el tema, si bien cambió el título por el de "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional". Aprobó una serie de recomendaciones, incluida la realización de estudios, comenzando por el que había de preparar el Presidente del Grupo de Estudio, titulado "La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos"". En 2003 formó un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el tema y nombró Presidente a Martti Koskenniemi en sustitución de Bruno Simma, quien había dejado de ser miembro de la Comisión al haber sido elegido Magistrado de la Corte Internacional de Justicia. La Comisión decidió (de acuerdo con lo indicado por la Sexta Comisión de la AG UN) que no debía tratar por el momento las cuestiones relativas a la creación de instituciones judiciales internacionales o a la relación entre ellas y que la Comisión no debía actuar de árbitro en las relaciones entre instituciones. Se señaló que, al abordar los aspectos sustantivos, sería necesario tener presente que había por lo menos tres modalidades diferentes de interpretación o conflicto que guardaban relación con la cuestión de la fragmentación, pero que había que considerar por separado: -a) El conflicto entre diferentes concepciones o interpretaciones del derecho general, como el que se suscitó en el *asunto Tadic (The Prosecutor v. Duško Tadic*, sentencia, asunto N° IT-94-1-A, A. Ch., 15 de julio de 1999, paras. 115 a 145). La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se desvió en su sentencia del principio del "control efectivo" aplicado por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto concerniente a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Fondo, *I.C.J. Reports*, 1986, pág. 14, en paras. 109 a 116. La Corte señaló en este asunto que debía haber un "control efectivo de las operaciones militares y paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones [de los derechos humanos y el derecho humanitario]"; para. 115. La Corte no aplicó el mismo criterio del "control efectivo" con respecto a las otras pretensiones aducidas por Nicaragua) como criterio jurídico para determinar cuándo, en un conflicto armado presuntamente interno, se podía considerar que un grupo

fragmentación del DIP, moviéndose en el marco de las estructuras clásicas del análisis jurídico (con muy leves excepciones-contradicciones), centrandó sus labores en:

a) La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "régimenes autónomos (*self-contained regimes*)";

b) la interpretación de los tratados a la luz de "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional;

armado militar o paramilitar ejercía "control general". En ese asunto, el Tribunal examinó la jurisprudencia de la Corte y de otros tribunales y decidió apartarse del razonamiento expuesto en la sentencia de la Corte. - b) El conflicto que surge cuando un órgano especial se desvía del derecho general, no a consecuencia de un desacuerdo en cuanto al contenido de ese derecho, sino en razón de la aplicabilidad de un derecho especial. No se considera modificar el derecho general, sino que el órgano especial afirma que, en ese caso es aplicable un derecho especial. Este supuesto ha surgido en los órganos de derechos humanos al aplicar los instrumentos de derechos humanos en relación con el derecho general de los tratados, especialmente en los casos relativos a los efectos de las reservas. En el *asunto Belilos (Belilos v. Switzerland, Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 29 de abril de 1988, 1988 ECHR (Ser. A), N° 132, para. 60)*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos revocó una declaración interpretativa calificándola de reserva inadmisibles y negándose a tenerla en cuenta, al mismo tiempo que afirmaba que el Estado declarante estaba obligado por el Convenio. -c) El conflicto que surge cuando ramas especializadas del derecho parecen estar en oposición entre sí. Puede haber conflicto, por ejemplo, entre el derecho mercantil internacional y el derecho internacional del medio ambiente. Las soluciones aportadas a este respecto por la doctrina jurídica no parecen concordar. El Grupo Especial para la solución de diferencias del GATT, en el informe emitido en 1994 en las *Diferencias relativas a la cuestión del atún y el delfín (Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún, 33 ILM (1994) 839*). Véase también *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún, 30 ILM (1991) 1594*. El Grupo Especial de 1994 señaló además que la relación entre las medidas ambientales y comerciales se examinaría en el marco de los acuerdos de la OMC, sin embargo, en el caso *Diferencias relativas a la cuestión del camarón y la tortuga: Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, AB-1998-4, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R*, el Órgano reconoció la importancia de proteger y preservar el medio ambiente, en particular de adoptar medidas eficaces para proteger las especies amenazadas, y de que los miembros actuaran conjuntamente en forma bilateral o multilateral, en el marco de la OMC o en otros foros internacionales, para proteger tales especies. No obstante, subrayó que esas medidas debían aplicarse de forma que no constituyese una discriminación arbitraria e injustificable entre miembros de la OMC ni una restricción encubierta al comercio internacional (paras. 184 a 186). Para las referencias a diversos tratados sobre el medio ambiente, si bien admitió que el objetivo del desarrollo sostenible había sido reconocido generalmente por las Partes Contratantes en el Acuerdo General, observó que la práctica a tenor de los tratados bilaterales y multilaterales relativos al medio ambiente no podía considerarse como práctica a tenor de la normativa aplicada de conformidad con el régimen del Acuerdo General y que, por lo tanto, no podía afectar a su interpretación. En el *Asunto de las hormonas de la carne de bovino (Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), AB-1997-4, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, paras. 120 a 125)*, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio concluyó que el "principio precautorio", fuera cual fuese su valor jurídico en derecho del medio ambiente, no había llegado a ser jurídicamente vinculante para la OMC, al igual que, a su juicio, no había llegado a ser vinculante como norma consuetudinaria de derecho internacional (V. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2003/2003report.htm>). En 2006 la CDI, tomó nota de las conclusiones del Grupo de Estudio y las señaló a la atención de la Asamblea, dispuso su publicación en el sitio web de la Comisión y, además, en su Anuario (<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>), si bien se manifestó partidaria de la recepción de la denominada fragmentación positiva (especialización conforme requerimientos de la realidad, interpretada en el contexto del sistema del DIP y no de la negativa (disgregante de la unidad del DIP y sus subdisciplinas).

c) la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados);

d) la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados), y

e) la jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto.

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

Koskenniemi observó que la expresión "régimenes autónomos" se ha utilizado en sentidos diferentes. Señaló que el punto de partida de su análisis ha sido el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado elaborado por la Comisión, que daba dos ejemplos a este respecto: la sentencia dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del *Vapor "Wimbledon"* (*Case of the SS "Wimbledon"*, *P.C.I.J. Series A, N° 1* (1923) pp. 23 y 24) y la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los *Rehenes* (*Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, *I.C.J. Reports 1980*, p. 41 (párr. 86). El primero (sentido amplio) se refería a una serie de disposiciones convencionales que versaban sobre una misma cuestión (concretamente las disposiciones del Tratado de Versalles relativas a la navegación en el canal de Kiel). El segundo (sentido restringido) hacía referencia a un conjunto especial de normas secundarias (concretamente las normas de derecho diplomático) cuya primacía se invocaba con respecto a las normas generales sobre la responsabilidad del Estado relativas a las consecuencias de un hecho ilícito. El sentido más amplio designaba un conjunto especial de normas y principios relativos a la gestión de un problema determinado; el sentido restringido concernía a un régimen especial *-lex specialis-* de la responsabilidad del Estado. Koskenniemi recordó que la expresión “régimenes autónomos” se empleaba a veces en los comentarios y la práctica académicos para describir esferas de especialización funcional u orientación teleológica en el sentido de estimar que se aplicaban normas y técnicas especiales de interpretación y administración (por ejemplo, una rama especial del derecho internacional con sus propios principios, instituciones y teleología, tal como la "normativa de los Derechos humanos", el "Derecho de la OMC", el “Derecho humanitario”, etc.). Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia recurrió a esas distinciones en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (*Legality of the threat or use of nuclear weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, paras. 24, 27, 34, 37 y 51). El Presidente afirmó que los distintos sentidos de "régimen autónomo" no siempre se distinguían claramente uno de otro. Sin embargo no dejó de observar que, algunos doctrinarios se han referido a “régimenes autónomos” para indicar “circuitos jurídicos cerrados”, cuyas normas especiales estarían totalmente aisladas del derecho

internacional general⁵¹. En los paras 323 y 324 del mismo Informe, Koskenniemi afirmó que la conclusión principal de su estudio era que la utilización actual del principio de la *lex specialis* o la aparición de regímenes convencionales especiales no había menoscabado “gravemente” la seguridad y la previsibilidad jurídicas, ni la igualdad de los sujetos de derecho, por lo que el sistema no estaba en crisis. Asimismo señaló que era forzoso reconocer que no existía ningún sistema homogéneo y jerárquico que permitiera superar los problemas derivados del conflicto de normas o de regímenes jurídicos (téngase presente que Koskenniemi manifestó su escasa confianza en la capacidad aglutinadora del sistema jurídico a través del *jus cogens*, las normas *erga omnes* o el art. 103 de la Carta de Naciones Unidas), con lo que la exigencia de coherencia (constitucionalismo) y de un pluralismo (relativismo) seguirían apuntando en direcciones diferentes.

Por nuestra parte, creemos que la inclinación de las tensiones hacia el pluralismo, necesariamente ha de llevar a una crisis del “sistema”, la que primero se manifiesta a través de la inflación normativa -frecuentemente teñida de contraposición de valores⁵²- y sus consabidos corolarios: la anomia y el activismo judicial.

En idéntico sentido, Martineau recuerda la distinción entre el “saludable pluralismo” (diversificación) de la “peligrosa fragmentación” (regímenes autónomos, independientes, cerrados). El primero responde a la idea de sistema jurídico integrado y da respuesta al conflicto entre normas, jurisdicciones o dictámenes a través de la interpretación sistemática, integral, jerárquica, piramidal; en tanto el segundo responde a la idea de desintegración del DIP⁵³ y, más aún, a la desaparición del derecho como complejo normativo, atento a la negación del relativismo, criticismo y constructivismo de la capacidad racional del ser humano para discernir y concertar normas generales válidas para todos.

El mismo autor señala distintas etapas históricas en el proceso de fragmentación del DIP: *1914-25: Confusión, elaboración de herramientas para la unidad mundial (Kelsen; Scelle, Kaufmann, Alvarez); *1925-1939 Consolidación: neutralización de la fragmentación por medio de aproximaciones sistémicas (Strupp, Le Fur, Rousseau; Basdevant); *1939-1960: Fragmentación como espejo del mundo dividido (Reuter, De Visser; Quince Wrigth); *1960-1989: Confianza: fragmentación como elemento de la construcción del “derecho común de la humanidad” (R.-J. Dupuy, Brownlie, Dubouis); *1989 a la actualidad: Confusión: Fragmentación como desencanto (pluralismo del fenómeno jurídico-fenómeno social multidimensional).

El Derecho Internacional como “fenómeno social”

El *factum* de la Globalización es acompañado por una numerosa doctrina con tendencia a-jurídica, que entiende –desde el modelo “jurídico” multidimensional de la complejidad indivisa- que el “derecho” es sólo una práctica social, un “hecho social”, desconociendo desde el agnosticismo y escepticismo las capacidades en las que el racionalismo confiaba para generar normas generales, válidas, reguladoras de la

⁵¹ V. paras. 317 y 318 del Informe 2004 (<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/2004report.htm>)

⁵² La mayor parte de los doctrinarios de postmodernismo niega la existencia de valores abstractos generales, universales. V. nota 50.

⁵³ MARTINEAU, A.-Ch. “The Rhetoric of Fragmentation: Fear and Faith in International Law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22 (2009), pp. 1-28, en particular, p. 2.

sociedad, capaces de asegurar la vigencia de un orden de paz y justicia para todos. La “nueva” doctrina⁵⁴ pone el acento en lo interrelacional de los entendimientos, su provisionalidad, particularidad. Los conflictos se solucionan a través de la negociación, los consensos, la resolución de caso por caso. Se desconoce el “derecho” como tal, en su forma de norma dispositiva emanada de autoridad legítima y se promueve el estudio de las manifestaciones regulatorias emergentes de las interacciones de las redes transnacionales (coalición de voluntades descentralizadas, poco sistemáticas y estables; acuerdos informales reguladores de intereses comunes, separados de consideraciones morales). Los únicos “requerimientos” de esa gobernanza global –tal como ya lo señaláramos- son la transparencia, la participación, la racionalidad, la negociación, el auto-gobierno, la auto-responsabilidad y la libertad de obrar de individuos y entidades⁵⁵.

Rodiles⁵⁶ recuerda que algunos doctrinarios, entre ellos Simma, consideran que la fragmentación del DIP es un signo de vitalidad y punto de partida para una mejor discusión doctrinaria. Si la “discusión normativa” ha de darse en el marco del constructivismo, surge el problema de si se dan o no la real participación, la verdadera representatividad, la transparencia en el diálogo, la recta negociación, la participación en un nuevo acuerdo (nuevo pacto social en permanente mutación). Ese nuevo pacto, frecuentemente, suele promover desde su relativismo, un estado de confusión de las sociedades sobre la corrección de ciertos comportamientos sociales o decisiones

⁵⁴ Sus raíces argumentales se hallan en el sofismo griego. Los sofistas (gr: *sofos*=sabio, si bien desde Platón tiene percepción peyorativa) entendieron que: - que no puede haber saber universalmente válido ya que no puede haber saber objetivo de la sustancia (Gorgias de Leontinos: “Nada existe; si algo existiera no sería cognoscible y si fuera cognoscible, sería imposible de comunicar”.); - hay una oposición entre la justicia y la legalidad (nomos): la primera es ley de la naturaleza y mantiene siempre su validez en todo lugar; la segunda es ley humana, variable, engendradora de poder tiránico y arbitrario (Hippias de Élida); -- -toda legalidad, sin importar el tipo de Estado, representa los intereses de los más fuertes (Trasímaco de Calcedonia); el “areté” político, el arte de gobernar, se podía enseñar a todos e, incluso, que no hacía falta estar formado para gobernar (Antifón); -que debía alcanzarse la solución pacífica de los conflictos a ultranza para alcanzar la armonía y la paz, sin reconocer principios generales de justicia (Gorgias); -que en la injusta distribución de la tierra y en la desigualdad estaban las causas de la miseria, del impulso a la criminalidad y de las revoluciones; -los ciudadanos deben ser iguales en dos cosas: la propiedad y la educación (Faleas de Corinto); -las diferencias individuales impiden la uniformidad en el conocimiento de la realidad (Protágoras de Abdera: “el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto son y de las que no son enguanto no son”). (V. PLATÓN, *Diálogos. Obra completa en 9 volúmenes*. Obtenible en forma completa en <http://www.filosofia.org/cla/pla>). En nuestros tiempos, los Postmodernos, *Relativistas*, sostienen similares premisas: -la imposibilidad de alcanzar la verdad; - la imposibilidad de un enfoque de la realidad objetivo y verificable; -la imposibilidad de construir teorías. Los *Criticistas* (Neomarxistas que anclan en la Escuela de Frankfurt, entre ellos, Horkheimer, Adorno, Marcuse, Habermas) sostienen: -la imbricación entre sujeto cognoscente y objeto de conocimiento; -la prevalencia de intereses (particularmente manifestados en las leyes) que consolidan sociedades injustas; - la imposibilidad de hacer ciencia objetiva; -la singularidad de los acontecimientos y la complejidad del mundo real, lo que requiere una visión global del “fenómeno” jurídico. Los *Constructivistas Postmodernos* entienden que: -las instituciones o estructuras surgen de la acción-voluntad de los actores (*i.a.* construcción de normas); -creadas las instituciones o estructuras se reifican; -las comunidades epistémicas son creadoras de creencias intersubjetivas que actúan como vehículos de supuestos teóricos, interpretaciones y significados colectivos que ayudan a “crear” la realidad social; la realidad no existe en tanto es mera narrativa social que varía según el espectador y depende de las comunicaciones.

⁵⁵ Es de observar que los países en que se aplicado el modelo, en su mayoría, no han logrado garantizar cabalmente esos presupuestos, y han hecho un uso político partidario de los beneficios que podía ofrecerles cada requisito de los enunciados, desvirtuando las legítimas causas de sus enunciados.

⁵⁶ RODILES, A. “La Fragmentación del DI. ¿Riesgos u oportunidades para México?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IX (2009) UNAM, pp.373-413.

públicas. Debe tenerse presente que Brownlie⁵⁷, al tratar la autonomía tópica (*topic autonomy*) señaló la posibilidad de poner en juego con ella el *pacta sunt servanda*, principio rector y base del DIP.

Oliver Kozlarek define a la globalización (y su problemática regulatoria) como un proceso de proliferación del problema de los valores, ya sea por la multiculturalización o por una pretendida disolución de los valores⁵⁸. Señala asimismo que para Luhmann existe una imposibilidad de llegar a una integración normativa de la sociedad mundial ya que la codificación de lo binario (bueno/malo; legal/ilegal) no es aplicable a otros sistemas funcionales con códigos valorativos propios. Por ello considera que las expectativas morales deben ser sustituidas por expectativas cognitivas que traten de cambiarse a sí mismas (adaptación cognitiva) y no de cambiar al objeto como se da en las expectativas normativas. Esto nos lleva al problema de cómo teorizar la globalización ya que lo global, es una categoría de análisis, es un nuevo constructo metodológico (que responde a un nuevo constructo social, a una nueva forma de estar en el mundo) a partir del cual las ciencias sociales realizan una aproximación a los fenómenos sociales, económicos, políticos entre otros. Según María de la Luz Casas Pérez⁵⁹ este sistema “inventado”, “construido”, reemplazará la visión lineal de la Historia. El pluralismo internacionalista de Andreas Fischer - Lescano y Gunther Teubner, vinculado a la teoría social de sistemas de Niklas Luhmann sostiene que los sistemas sociales no están conformados por hechos ni acciones sino por comunicaciones. Ello, en base a la idea constructivista⁶⁰ de que el conocimiento no guarda relación con la realidad directa, con la realidad ontológica, sino que es un proceso que se construye. Así, el derecho no existe, es una mera narrativa que varía conforme la posición de espectador ya, quien maneja la comunicación, crea la realidad. Para esta corriente y sus variables el Derecho Internacional de la era global es el conjunto de racionalidades de los múltiples sistemas y regímenes no autónomos no dispositivos del espacio global. Desecha la posibilidad de normas generales, prefiriendo la particularidad a través de la negociación y la responsabilidad social de los distintos actores transnacionales.

Reflexiones finales

Bien señala Pierre-Marie Dupuy al inicio de su Curso en la Academia de La Haya en el año 2000 que la cuestión de la fragmentación constituye por excelencia el debate doctrinal de la era de la globalización, verdadero epifenómeno del proceso de mundialización⁶¹.

⁵⁷ BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 7ma. ed., Oxford, 2008.

⁵⁸ KOZLAREK, O. "La sociedad mundial y la carencia de reflexiones normativas en las teorías de Niklas Luhmann y Norbert Elias", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año XLIV, N° 177-178, septiembre 1999/abril 2000). Tomamos parte de estas reflexiones de un trabajo anterior citado en Nota 11.

⁵⁹ CASAS PÉREZ, M. de la L. "Consideraciones y Consecuencias Metodológicas en torno a la Globalización y la Comunicación", en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año XLIII, Número 171, enero-marzo 1998, p. 31-50.

⁶⁰ V. *supra* Nota 39.

⁶¹ V. asimismo, DUPUY, P.-M. "Un débat à l'ère de la globalisation sur la fragmentation du Droit international», *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, 2007; "A Doctrinal Debate in the Globalisation Era: On the "Fragmentation" of International Law", *European Journal of Legal Studies*,

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

Esta antigua puja doctrinaria entre juristas y sociólogos se reaviva periódicamente, sosteniéndose en milenarias premisas⁶², si bien, un remozado barniz les permite presentarse como “novedosas”. Los constitucionalistas esgrimen la seguridad jurídica y el orden social como bienes más preciados a consolidar; los fragmentaristas a ultranza la necesidad de modificar la estructura social injusta.

Vol. 1 (2007) (<http://www.ejls.eu/1/4UK.pdf>). ‘L’unité de l’ordre juridique international’, 297 *RdC* (2002).

⁶² V. *supra*, en particular, Nota 50.