



Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ISSN: 0120-3886

ISSN: 2390-0016

Universidad Pontificia Bolivariana

Mora-Carvajal, David Alejandro

Aproximación positivista a la unidad y la coherencia de un derecho internacional fragmentado

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,

vol. 49, núm. 130, 2019, Enero-Junio, pp. 81-101

Universidad Pontificia Bolivariana

DOI: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v49n130.a04>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151462828004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Aproximación positivista a la unidad y la coherencia de un derecho internacional fragmentado

Positivist approach to the unity and coherence of a fragmented International Law

Abordagem positivista da unidade e coêrência de um direito internacional fragmentado

Approche positiviste de l'unité et de la cohérence d'un droit international fragmenté

David Alejandro Mora-Carvajal 

Abogado

Miembro del grupo de investigación Estudios Internacionales: Derecho, Economía, Política y Relaciones Internacionales.

Universidad de Antioquia, Medellín – Colombia.

Correo electrónico: alejandromoracarvajal@gmail.com

Cómo citar este artículo:

Mora-Carvajal, D. A. (2019). Aproximación positivista a la unidad y la coherencia de un derecho internacional fragmentado. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 49(130), pp. 081-101. doi: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v49n130.a04>

Recibido: 16 de agosto de 2018.

Aprobado: 02 de abril de 2019.

Resumen

Este artículo de investigación se dedica a realizar una aproximación positivista de la unidad y la coherencia del derecho internacional a partir de un rastreo documental de las concepciones de Hans Kelsen y Herbert Hart sobre estas dos propiedades del derecho aplicadas al sistema normativo internacional. Asimismo, en tal se caracteriza el desarrollo del derecho internacional como fragmentado, es decir, creado a partir de regímenes cerrados por el contenido cognitivo que en ellos se regula, situación que le hace propenso a la presencia de conflictos entre normas, lo que, precisamente, logra evadirse en un derecho suficientemente unitario y coherente.

Palabras clave

Derecho internacional, unidad y coherencia del derecho, fragmentación jurídica internacional, teoría del derecho positivista, conflicto de normas.

Abstract

This investigation paper attempts to perform a positivist approach to the unity and coherence of international law, based on a documental scrutiny of the conceptions of Hans Kelsen and Herbert Hart on these two properties of law applied to the international normative system. Likewise, this paper characterizes the development of international law as fragmented, that is, created from regimes closed by the cognitive content regulated in them, a situation which makes it susceptible to the presence of conflicts between norms, which, precisely, could be avoided in a sufficiently unitary and coherent law.

Keywords

International law; Unity and coherence of law; International law fragmentation; Positive law theory; Conflict of norms.

Resumo

Este artigo de pesquisa propõe uma abordagem positivista da unidade e coerência do direito internacional, a partir de uma pesquisa documental das conceções de Hans Kelsen e Herbert Hart sobre estas duas propriedades do direito aplicadas ao sistema normativo internacional. Igualmente, caracteriza-se o desenvolvimento do direito internacional como fragmentado, isto é, como produto de regimes fechados por causa do conteúdo cognitivo que neles se regula. Esta situação ocasiona a presença de conflitos entre normas no direito internacional, o que se evita justamente com um direito adequadamente unitário e coerente.

Palavras-Chaves

Direito internacional, unidade e coerência do direito, fragmentação jurídica internacional, teoria positivista do direito, conflito de normas.

Résumé

Cet article de recherche est consacré à une approche positiviste de l'unité et de la cohérence du droit international, basée sur un suivi documentaire des conceptions de Hans Kelsen et Herbert Hart sur ces deux propriétés du droit, appliquées au système normatif international. De même, le développement du droit international se caractérise par une fragmentation, c'est-à-dire créée à partir de régimes fermés par le contenu cognitif qui y est réglementé, ce qui le rend vulnérable à la présence de conflits de normes qui, précisément, parvient à s'échapper dans un droit suffisamment unitaire et cohérent.

Mots-clés

Droit international, unité et cohérence du droit, fragmentation juridique internationale, théorie du droit positiviste, conflit de règles.

Introducción

El derecho internacional se presenta a la luz de la teorización positivista del derecho como un orden jurídico con especiales condiciones estructurales que, hasta cierto punto, cuestionan las categorías teóricas en las cuales se funda su entramado teórico. Haciendo tal derecho parte de una lógica algo distante a la del derecho de los Estados, sufre una suerte de particularización cognitiva ascendente, en tanto parece no desarrollarse como una unidad plena sino más bien como un conjunto de regímenes jurídicos especiales, lo que no deja de ser problemático desde la perspectiva de su aplicación coherente.

Son, pues, la unidad y la coherencia dos atributos que la teoría positiva del derecho predica de los órdenes jurídicos, y que se relacionan con el ingreso de una norma dentro de una entidad jurídica determinada o derecho, así como con la interacción armónica entre las disposiciones jurídicas que contiene esa entidad, de cara a su aplicación ordenada y unívoca a los supuestos de hecho que la realidad disponga.

Resulta interesante el conocimiento de la modulación de estas categorías (unidad y coherencia del derecho) a la luz del sustrato fáctico de un derecho internacional con un desarrollo estructuralmente fragmentado. Se eligen a Hans Kelsen y a Herbert Hart como dos autores de corte positivista para realizar una sucinta aproximación de su visión de la unidad y la coherencia del derecho.

Después, este artículo se dedica a explicar el desarrollo fragmentado del derecho internacional, y lo hila hacia su problema central: la presencia de antinomias. Seguidamente, se realiza una aproximación sobre la unidad y la coherencia de esta disciplina a la luz de los dos teóricos elegidos (Hans Kelsen y Herbert Hart), para exponer, finalmente, algunas conclusiones sobre la indagación realizada.

1. La unidad y la coherencia del derecho

La unidad y la coherencia del derecho son conceptos nucleares de la teoría de esta disciplina, sobre todo de corte positivista, los cuales, en último término, se dirigen a desentrañar los criterios de verificación, usualmente expresados en normas, que permiten definir lo siguiente: para la unidad, qué hace parte o no de un sistema normativo determinado y cómo ese contenido unitario puede sistematizarse; y para la coherencia, qué disposición prevalece ante un caso de conflicto normativo y cómo, a través de esos criterios de verificación mencionados para el concepto de unidad, el juez u otra autoridad de adjudicación no ha de encontrar diferentes opciones aplicativas del derecho¹ (Bobbio, 1993).

Existiendo múltiples concepciones teórico-jurídicas sobre la unidad y la coherencia del derecho, se eligen a Hans Kelsen y a Herbert Hart como autores que permiten una aproximación clásica y positiva a tales conceptos.

Hans Kelsen ha tenido una importante influencia en la lectura dogmática de los órdenes jurídicos modernos continentales, pese a esto, debe tenerse en cuenta que la superestructura teórica bajo la cual este autor comprendió al derecho se vio sujeta a profundos cambios y revisiones por su parte, entonces,

1 Frente a lo que se dice, Norberto Bobbio indica que: "El positivismo jurídico afirma la teoría de la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico: la característica de la coherencia excluye que en un mismo ordenamiento jurídico puedan coexistir simultáneamente dos normas antinómicas (contradicторias o contrarias), porque se considera implícito, en él, el principio según el cual una de las dos normas, o ambas, no son válidas..." (1993, p. 142). También expresa el autor: "Entendemos por sistema una totalidad ordenada, o sea un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden. Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí" (2007, p. 180).

esta no es propiamente estática, pero viene bien al propósito de esbozo de este artículo².

Igualmente, la referencia a la lectura de Herbert Hart, situado bajo el marco de un sistema jurídico anglosajón y la práctica de inspiración positivista de la jurisprudencia analítica, enriquece la conceptualización de la unidad y la coherencia del derecho a través de la inclusión de las reglas primarias y secundarias; de ahí que pueda decirse que su posición se ubica “...a medio camino entre la teoría kelseniana de la ‘norma fundamental’, y el sociologismo y el empirismo de los realistas” (García, 2010, p. 1).

1.1 Hans Kelsen

Sobre las nociones en examen, la teoría kelseniana les otorga a las normas con calidad jurídica el carácter de enunciados declarativos que pueden mandar, autorizar y permitir conductas, cuyo respaldo último se encuentra en la posibilidad de exigencia coactiva (medio de garantización de cumplimiento del enunciado), lo que se relaciona con la nota coercitiva preponderante pero no exclusiva del derecho (Kelsen, 1982). Por otra parte, para dar respuesta a la cuestión frente a cuál es el elemento ordenador del sistema jurídico, Hans Kelsen encuentra como fundamento de validez formal y material del orden normativo al presupuesto lógico trascendental de la *Grundnorm* y a la comprensión jerárquica estática o dinámica de ese orden (Rodríguez, 2017).

La comprensión jerárquica del orden jurídico se basa en que el espíritu sistemático de tal se da por un ejercicio de validez escalonada, donde las normas de una categoría superior otorgan validez a las de categorías inferiores: “...Las normas de un sistema están relacionadas entre sí mediante relaciones de validación, y varias normas forman un sistema si tienen una fuente común de validez [Grundnorm]” (Rodilla, 2009, p. 272); de ahí que Kelsen distinga a los órdenes jurídicos como dinámicos y estáticos (Rodríguez, 2017).

2 El profesor de la Universidad de Salamanca, Miguel Rodilla, realiza una exposición sucinta, pero excepcional de las variaciones conceptuales del ejercicio académico del autor austriaco en lo relativo a la comprensión de la coherencia y la unidad del sistema jurídico, diciendo que “...en las oscilaciones de opinión que experimenta [Hans] Kelsen en relación con el tema de los conflictos entre normas y la coherencia del sistema jurídico, se revela una tensión subterránea que atraviesa de punta a cabo la teoría del derecho: la tensión existente entre una concepción positivista de la ciencia del derecho y una visión constructivista del conocimiento jurídico. Y creo que en esa tensión se refleja una peculiaridad de la teoría del derecho kelseniana: una teoría positivista elaborada en la estela del neokantismo” (2009, p. 306).

Los órdenes estáticos tienen en sus normas un contenido del cual se infiere solo la validez formal de normas derivadas, es decir, únicamente la referida a los criterios frente a cómo deben producirse estas, sin estipular los lineamientos sustanciales frente al contenido particular de los enunciados derivados. Por el contrario, los órdenes nomodinámicos imprimen en sus regulaciones criterios de validez sustancial, que se remiten a la conservación o replicación de cierto sistema moral o de subordinación entre valores (Bonfante, 2016).

Ahora, la *Grundnorm* se encarga de cerrar el orden escalonado de validez, encontrándose como presupuesto hipotético fuera del orden jurídico (usualmente criticado por su artificiosidad), al ser la validez misma que recae en la norma constitucional, que es la primera disposición propiamente normativa del orden, y que establece los criterios sustanciales de forma y de materia sobre las normas de segundo y de tercer nivel jerárquico (dependiendo del carácter estático o dinámico del sistema); así

Al fundamentar la validez de una primera norma positiva, la norma fundamental dota de autoridad a un primer poder normativo [constitucional], el cual, por su parte, puede delegar la potestad de crear normas en otros poderes inferiores. De este modo, la norma fundamental pone en marcha un proceso de producción normativa. (Rodilla, 2009, p. 272)

Por último, respecto a la coherencia del derecho, Kelsen admite la posibilidad de que en tal sistema las normas del mismo y de diferentes niveles jerárquicos presenten colisiones de contenido o procedimentales³, que deberán solucionarse en tanto: "...Un conflicto normativo plantea, como una contradicción lógica, algo sin sentido" (Kelsen, 1982, p. 215). Ante ello, cuando exista un conflicto normativo en diferentes niveles o grados, deberá prevalecer el contenido de la norma de jerarquía superior, en aplicación de la comprensión de dependencia jurídica del autor, siendo deber de la autoridad competente la derogación definitiva de la norma inferior contraventora.

3 La teoría de Hans Kelsen no plantea la cuestión de los conflictos normativos de un modo simple. El autor no solo comprende la existencia de conflictos normativos determinados por la cuestión de grado de las normas, sino que su clasificación atiende a otros dos criterios, el temporal (diacrónico o sincrónico) y el de alcance (total o parcial); así, llega a la definición de varias tipologías de conflictos normativos: conflicto diacrónico entre normas del mismo grado (solucionado por el criterio de *lex posterior derogat priori*), conflicto sincrónico y total-parcial entre normas del mismo grado (solucionado por el criterio de *lex especialis derogat generali*), conflicto sincrónico y total-total entre normas del mismo grado (solucionado por la fusión disyuntiva y el principio de no contradicción) y conflicto entre normas de distinto grado, sea total, parcial, sincrónico o diacrónico (solucionado por la derogación y la cláusula alternativa tácita) (Aguiló, 1991).

Por el contrario, cuando el conflicto normativo se dé entre normas jerárquicamente equivalentes, deberán aplicarse ciertos criterios jurídicos. Para enunciados emitidos en tiempos distintos, deberá implementarse el criterio lógico-jurídico de *lex posterior derogat priori*; mientras que para normas proferidas en el mismo tiempo, procederá el de *lex specialis derogat generali*.

Ahora, de ser simultánea la emisión de las normas y de tener un alcance equivalente, deberá recurrirse a la aplicación del principio de la no contradicción, donde se elegirá a una de las normas bajo el entendido de la no anulación recíproca sino de la armonización de su coexistencia (Kelsen, 1995); esto responde al proceso de fusión disyuntiva, que más que un criterio de resolución de conflictos normativos, constituye uno judicial de individualización de la norma aplicable, en el que “...no hay modificación alguna del dominio de validez de ninguna norma” (Aguiló, 1991, p. 241).

De este modo, la unidad y la coherencia del orden normativo se explican en la teoría kelseniana a través de la existencia de un fundamento último de validez formal o mixto (material y formal), que parte de una sistematicidad de validez a través de la jerarquía de normas, lo que permite entender al derecho de la siguiente manera:

Primero, como una unidad, en tanto las normas que le componen respetan los criterios formales y materiales de validez de normas superiores, que se remiten en último término a una norma constitucional, cuya eficacia viene dada por un presupuesto lógico necesario e hipotético: la *Grundnorm*.

Segundo, como una unidad coherente, porque las antinomias pueden solucionarse por la sistematicidad del orden, y en caso de colisión de enunciados jurídicos, deberá excluirse aquel que contravenga uno de nivel superior. Asimismo, dentro de las relaciones de validación, valdrán el principio cronológico, de especialidad y de no contradicción, cuando se den choques de normas de igual nivel jerárquico o grado.

1.2 Herbert Hart

Por otro lado, Herbert Hart parte de una definición normativa jurídica dual, que se fundamenta en la clasificación de dos tipos de reglas: primarias y secundarias, así se aleja de la distinción singular de norma jurídica en Hans Kelsen. Las reglas primarias serían aquellas que prescriben comportamientos

o prohibiciones y que tienen un carácter último sancionador (muy al hilo de la definición kelseniana); mientras que las reglas secundarias lo son en virtud de que dependen o se refieren a normas primarias (Hart, 1980).

Dentro de las normas secundarias, el autor diferencia tres subtipos: las reglas de reconocimiento, que especifican las condiciones de validez que deben tener las normas primarias, y que resultan esenciales para definir qué estipulación hace parte o no del orden jurídico (unidad); las reglas de cambio, cuyo contenido material concierta las condiciones para que una regla sea modificada y derogada dentro del orden jurídico; y las reglas de adjudicación o aplicación, que confieren poderes y competencias a quienes aplican y garantizan el cumplimiento de las reglas primarias (Hart, 1980).

Además, el fundamento de la unidad del orden jurídico es para el autor una de tantas reglas de reconocimiento, cuya validez no presupone sino que se verifica en la realidad, es decir, no recurre a criterios hipotéticos de validación como lo hace Hans Kelsen con la *Grundnorm*, sino que se basa en estándares de reconocimiento fáctico o empírico: jueces o autoridades que aplican cierto derecho porque lo reconocen como parte del sistema. De este modo, la norma que fundamenta la constitución es el reconocimiento de tal como subsumible por parte de las autoridades (García, 2010), siendo así "...una práctica compleja, pero normalmente concordante de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios" (Hart, 1980, p. 137).

Pese a que la teoría hartiana parece no mencionar la coherencia como una propiedad del derecho, esto sí es deducible, en tanto las reglas primarias siempre deberán respetar los criterios de validez que se fijan en las reglas secundarias. En el sentido anterior, se expresa Ana Bonfante diciendo:

...aun cuando Hart no es explícito en mencionar la coherencia como un atributo del sistema jurídico ni referirse a los conflictos normativos de manera específica, en cierta medida por el carácter no escrito del derecho anglosajón, se puede derivar de su planteamiento teórico la consideración de la coherencia en el sentido de la compatibilidad expresada por Kelsen. (2016, p.25)

Entonces, la unidad del orden jurídico para Herbert Hart se fundamenta en la presencia de reglas secundarias efectivamente aplicadas en tal, el cual también ha de adquirir coherencia como sistema en tanto las reglas primarias

deben respetar los criterios de validez procedural, de contenido y de adjudicación preceptuados por las reglas secundarias.

2. El desarrollo fragmentario del derecho internacional

Una lectura del desarrollo del derecho internacional actual lleva a detectar en él la agrupación de conjuntos preceptivos que le otorgan un estado de creciente especialización, los cuales han sido denominados como “régimenes autónomos” o *self-contained regimes*⁴ (Simma, 1985). Francesco Capotorti indica sobre esta situación que el derecho internacional parece “...fraccionado en secciones, cada una de las cuales corresponde a un círculo más o menos estrecho de sujetos, y las relaciones intersubjetivas entre ellos están reguladas por normas de contenido diferente”⁵ (1994, p. 27).

Así, dada su lógica de producción y las situaciones materiales que le originan, el derecho internacional encierra en su unidad a una cantidad diversa de régimenes normativos que abarcan temas como la protección del medio ambiente, la evasión de la impunidad y la protección de bienes jurídicos globales, las relaciones comerciales interestatales, las inversiones, los espacios comunes y la regulación de la guerra, incluso, los aspectos de la misma creación formal y material de ese derecho, a través de lo que podría denominarse como derecho de los tratados e *ius cogens* o derecho imperativo, respectivamente (Garibian & Puppo, 2012).

4 El término fue adoptado por la Corte Internacional de Justicia en su decisión sobre el caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, que fue retenido durante el cambio de régimen político en Irán. El país islámico, aunque no compareció ante la Corte, alegaba que la detención de los diplomáticos se sustentaba en el incumplimiento de Estados Unidos de sus obligaciones internacionales, por ejemplo, la de no intervención en asuntos internos de otro Estado o la de violación sucesiva de derechos humanos. Al respecto, el tribunal indicó que las disposiciones jurídicas internacionales sobre la diplomacia constituyían un “régimen autónomo”, que en él mismo se establecían contramedidas viables, verbigracia, la declaración de persona non grata a los miembros consulares norteamericanos, su expulsión del país, o simplemente, el rompimiento de relaciones diplomáticas con el Estado. De lo anterior y en virtud del criterio de *lex specialis*, tales contramedidas eran prevalentes ante la detención de responsabilidad internacional por parte de Estados Unidos; por lo que se declara responsable internacionalmente a Irán por la retención indebida de ciudadanos estadounidenses al interior de sus fronteras, al no usar los medios prevalentes que el régimen le otorgaba, eligiendo la retención como vía de hecho (Negro, 2002).

5 Traducción libre del autor. Cita original: “...*Fractionné en plusieurs sections, chacune desquelles correspond à un cercle plus ou moins étroit de sujets voit les relations intersubjectives réglées par des normes de contenu différent*”.

Estos regímenes de derecho internacional contienen, a menudo, reglas primarias y secundarias (conforme a la teoría de Herbert Hart, véase 1.2), lo que realza su carácter relativamente autónomo. Asimismo, resulta usual en ellos la remisión a otros regímenes dentro de su cuerpo normativo, a modo de construcción de puentes jurídicos o vasos comunicantes interregímenes. Tales conjuntos preceptivos internacionales pueden configurarse por una cantidad amplia de tratados, que tienen una agrupación material o cognitiva, y que, no pocas veces, poseen una representación institucional concretada en organizaciones internacionales, comisiones, foros o tribunales⁶ (Rodiles, 2009).

Este fenómeno de multiplicación de regímenes del derecho internacional representa una preocupación jurídica de vanguardia, pues concreta problemas en la consideración unitaria y coherente del orden jurídico internacional, como pueden serlo las antinomias, es decir, conflictos normativos en la aplicación de enunciados jurídicos, y en las competencias de adjudicación de ese derecho a autoridades internacionales (Pauwelyn, 2003).

De este modo, con la fragmentación del derecho internacional se tiende a poner en riesgo la aplicación unitaria y coherente de ese derecho: ¿hay un derecho internacional propiamente dicho o hay regímenes autónomos de este? (algo así como derechos internacionales que deban aplicarse al margen de los otros), ¿cómo saber que una norma pertenece al derecho internacional?, ¿cómo se relacionan los regímenes preceptivos de ese derecho entre sí?, ¿hay normas más importantes que otras en tal orden?, ¿qué hacer cuando dos normas jurídicas internacionales son, en abstracto y en concreto, incompatibles?, ¿qué hacer cuando se tienen decisiones judiciales internacionales contradictorias?, ¿qué hacer cuando se tienen normas de adjudicación simultáneas para la aplicación de diferentes regímenes de derecho internacional a un mismo supuesto de hecho?

6 Según José Burgos, "el derecho internacional contemporáneo ha venido fortaleciendo, no sin dificultad, distintos espacios para enfrentar y resolver las controversias entre algunos de los sujetos reconocidos por él mismo [...] Lo anterior es particularmente notable si tenemos en cuenta que antes de 1990 existían solo seis cortes internacionales permanentes: la Corte Internacional de Justicia, la Corte de las Comunidades Europeas [que desde diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pasó a denominarse como Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Martínez, 2012)], el Tribunal de la Comunidad Andina, la Corte de Justicia del Benelux y las dos cortes de derechos humanos americana y europea... Hoy a este grupo se unen, entre otros, el Tribunal Internacional del Mar, la Corte Penal Internacional y el Órgano de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio" (2011, p. 15).

Dentro de las antinomias derivadas de la fragmentación del derecho internacional, un primer tipo se refiere a la colisión sustantiva de normas internacionales, es decir, cuando hay una incompatibilidad sobre el contenido material de las normas de este para la aplicación a un supuesto de hecho que debe ser tratado o sobre el que se espera determinada actuación por parte de un sujeto o actor internacional (Hafner, 2000).

Las soluciones a las antinomias sustantivas se basan, principalmente, en el filtrado de las normas en conflicto por los regímenes de derecho que bien pueden considerarse como los criterios de validez formal y material del derecho internacional, derecho de los tratados e *iustitia cogens*, de modo respectivo (Pauwelyn, 2003), (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2006).

Puesto que la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados* entre Estados data de 1969, el tratado insignia en esta materia, a veces denominada como la base constitucional formal de la comunidad internacional (Gómez-Robledo, 1999), esta puede ser aplicada a las normas convencionales entre Estados que se encuentren en colisión, dado que incorpora elementos con los cuales puede desplegarse un ejercicio de lógica jurídica para dar preponderancia a la aplicación de una de las disposiciones enfrentadas. Pese a lo anterior, tal Convención solo se refiere a la génesis convencional entre Estados, sin ser aplicable directamente a pactos positivos que se den por parte de otros sujetos de derecho internacional, ni al derecho internacional de fuente consuetudinaria.

Por su parte, el *iustitia cogens* (introducido por los artículos 53 y 64 de la misma Convención) aguarda criterios de validez jurídica sustanciales, y se convierte en un límite a la voluntad soberana de los Estados y otros sujetos internacionales en la creación del derecho internacional (Quispe, 2012). Pese a su importante función, su problema esencial radica en su carácter no positivo, o lo que es lo mismo, su contenido es predominantemente indeterminado y debe extraerse de las fuentes del derecho internacional bajo un razonamiento judicial *ex post facto* (Garibian & Puppo, 2012). Entonces, se le asiste razón a Hans Kelsen (1996) cuando afirmaba que los criterios de validez material del derecho internacional se mueven en la dificultad natural de su determinación.

Un segundo tipo de antinomias que trae la fragmentación del derecho internacional tiene como hecho base la proliferación de instancias de adjudicación frente a la aplicación de normas transnacionales, sumada a la

multiplicación de sujetos con legitimación activa y pasiva para increparlas (Reyes, 2013). De forma usual, cada régimen jurídico se adjudica una autoridad para aplicar su propio derecho sustancial; ahora, esa multiplicación foral no cuenta con una organización general de prevalencia: "...El sistema de solución de controversias internacionales es descentralizado, no existe una asignación coordinada entre instancias ni jerarquía entre las mismas" (Rodríguez, 2014, p. 40).

Esta clase de conflictos normativos pueden basarse en tres supuestos específicos: primero, la existencia de varias autoridades con capacidad de decisión para una misma lid; segundo, la presencia de procesos simultáneos y con base en supuestos de hecho y pretensiones idénticos; tercero, el conocimiento sucesivo de una misma situación de hecho por parte de jueces o autoridades distintas que no deciden de forma congruente (Reyes, 2013).

Para este tipo de conflictos, la doctrina suele proponer soluciones de *lege ferenda* y de *lege data*. Las primeras rodean la idea de la reforma del derecho internacional en aspectos como la coordinación interjudicial, la unicidad jurisdiccional obligatoria, la implementación de cláusulas de conflicto de competencia, la incorporación jurídica de la *res iudicata* y el *stare decisis* internacional, y el estímulo de métodos no jurisdiccionales de resolución de controversias (Petersmann, 2004), (Salas, 2008), (Fernández, 2007).

Las segundas se fundamentan en la declinación de la competencia por alguno de los foros requeridos, en aplicación del principio de *Kompetenz-Kompetenz*, y bajo criterios jurídicos, máximas o principios como: *forum non conveniens*, *lis alibi pendens*, *lex especialis derogat generali*, *lex posterior derogat priori*, *venire contra factum proprium non valet* y el abuso del derecho (Marceau, 2001), (Pauwelyn, 2003).

Ahora bien, la fragmentación jurídica internacional no ha sido desatendida por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la cual, teniendo como coordinador al profesor Martti Koskenniemi (Rodiles, 2009), designó en el año 2002 a un grupo de estudio para que la analizara. Este decidió analizar el problema de la fragmentación orientándolo al estudio de la *Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados* entre Estados, teniendo por propósito: "...Lograr un resultado concreto y de utilidad práctica, especialmente para los juristas del servicio exterior del Estado y de las organizaciones internacionales" (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2006, p. 192).

Así, este grupo emitió una memoria sintética que establece pautas funcionales y reflexiones para abordar las antinomias en el derecho internacional, cuya importancia debe destacarse, pues muestra que la fragmentación no es solo un fenómeno teórico sino que de él se derivan importantes consecuencias prácticas relacionadas con la aplicación del orden jurídico internacional.

Pese a lo anterior, tal documento parece evadir la cuestión de si el derecho internacional posee una jerarquía jurídica interna que facilite salidas a las antinomias por medio de la derogación por incompatibilidad. Sobre esto, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas parece no hallar soluciones estrictas a los conflictos normativos en regímenes como el *ius cogens* o el de la primaria jerarquización del derecho de las Naciones Unidas (que en el Artículo 103 de su carta estipula cierta subordinación entre las normas del derecho internacional, al hacer prevalecer sus disposiciones sobre cualquier otro convenio internacional suscrito por sus Estados miembro) (Rodiles, 2009).

Así, las cuestiones ineludibles de graduación y establecimiento de niveles de prevalencia entre normas internacionales que traen ciertos de los conjuntos preceptivos del derecho internacional, son referenciados en la memoria referida en términos de relaciones de importancia, no como ejemplos de la existencia de una jerarquía jurídica real; relaciones estas que, en todo caso, parecen verse superadas funcionalmente por criterios jurídico-lógicos como la *lex specialis derogat generali* y la *lex posterior derogat priori* (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2006).

3. La unidad y la coherencia del derecho internacional

Certo sabor a derecho doméstico es predictable del ejercicio de aproximación positivista a la unidad y la coherencia de esta disciplina desde Herbert Hart y Hans Kelsen, ya que sus teorías parecen creadas en el marco del derecho de un Estado. Pese a lo anterior, una visión ampliada y que atienda a la teleología científica del ejercicio dogmático, entenderá que tales atributos del derecho pueden adaptarse a cualquier orden jurídico, dado que remiten a cuestiones de la esencia o de la naturaleza de lo que es el derecho. Por ejemplo, expresa Josef Kunz frente al alcance del engranaje dogmático kelseniano:

La teoría pura [del derecho de Hans Kelsen] es una teoría general del derecho, de todo derecho positivo posible [...] Por esta razón, esta teoría es la fundamentación de cada disciplina jurídica, desde el derecho privado hasta el derecho constitucional; debe, pues, incluir también el derecho internacional. (1946, p. 242)

Así, la unidad y la coherencia de un ordenamiento jurídico son propiedades que, producto de la comprensión científica del derecho, deberían tener, *prima facie*, aplicación en todos los sistemas normativos, independientemente de su alcance en un marco político concreto.

Ahora, es reincidente dentro de la dogmática de los citados teóricos del derecho una preocupación por el estado del orden jurídico internacional en tanto este se les presenta como un “derecho a medio hacer”, o mejor, como uno con una naturaleza que simplemente desafía las categorías que proponen para leer, con un alcance general, los órdenes normativos.

Lo anterior justifica el intento descriptivo de indagación por la lectura de un orden jurídico complejo, como lo es el derecho internacional, a la luz de una visión positiva de la unidad y la coherencia, sin duda propiamente normativa, formal y deontológica; tras tal elección se haya un objetivo de contraste entre un dato fáctico (desarrollo fragmentario del derecho internacional) y una teoría jurídica con ciertos rasgos estatistas (teoría positivista de la unidad y la coherencia del derecho).

3.1 Hans Kelsen

Hans Kelsen (2012) en su *Teoría del derecho internacional consuetudinario* realizó una deducción precisa al determinar que el problema de la unidad y la coherencia en el derecho internacional es equivalente al meollo de la constitucionalización de la comunidad internacional, y todo ello, pese a que su teoría, en principio, no reconociera un cerco sustancial o axiológico como propiamente jurídico; entonces, es precisamente en esta cuestión del derecho internacional donde parece hallarse la frontera entre el ejercicio dogmático y el político propositivo.

Hans Kelsen se movió, durante su vida académica, dentro una interpretación monista internacionalista moderada y radical, al validar dos opciones teóricas

sobre la *Grundnorm*⁷: como presupuesto lógico e hipotético en el espectro del derecho internacional, o bien, como una entidad inmediatamente anterior a la constitución política de un Estado:

...la concepción normativista de [Hans] Kelsen [acepta que] todas las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria hasta llegar a la norma fundamental o *Grundnorm*. [En] 1926 sostuvo [...] que la norma fundamental podía ser colocada, bien en el derecho interno, bien en el derecho internacional, dependiendo ello de factores éticos o políticos; posteriormente, entendió que se debía de insertar en el derecho internacional. (Pastor, 1992, p. 192)

Según el jurista, la *Grundnorm* del derecho internacional debe ser el *pacta sunt servanda*, lo que refuerza la concepción eminentemente nomoestática del derecho internacional, en tanto lo pactado obliga al margen de su contenido (Urueña-Sánchez, 2017). Ahora, la aplicación de su teoría pura del derecho al derecho internacional está dotada de puntos importantes, pese a esto, el autor parece "...quedar[se] en los límites de la teoría pura y en su filosofía relativista" (Kunz, 1946, p. 245). Exáltense los tres siguientes puntos en relación con la unidad y la coherencia del derecho:

El primero, la preocupación creciente de su ejercicio por el análisis científico de problemas jurídicos internacionales como los delitos de Estado, que acercan a la cuestión de los bienes jurídicos universales como presupuestos de validez material del orden internacional, lo que choca, en últimas, con el relativismo del autor frente al concepto de justicia internacional (Kunz, 1946).

El segundo, su noción de la comunidad internacional como una colectividad jurídica primitiva (similar a la de los pueblos aborígenes), con criterios de producción jurídica basados exclusivamente en la costumbre, tanto en forma como en materia (Kelsen, 2012). Según Josef Kunz, para el teórico austriaco "...los tratados no son obligatorios porque las voluntades de las partes contratantes coinciden, sino porque el derecho internacional prescribe que tal coincidencia de voluntades hace a los tratados obligatorios" (1946, p. 257).

7 "La norma básica del derecho internacional es [según Hans Kelsen], pues, la última razón jurídica de validez de todos los órdenes jurídicos nacionales. Lo que en las primeras obras de [Hans] Kelsen fue la norma básica e hipotética del derecho de un Estado, vuelve a ser una norma positiva del derecho internacional. El orden jurídico internacional determina no solamente la esfera de la validez, sino también la razón de validez de los órdenes jurídicos nacionales, y la determina según el principio de la efectividad" (Kunz, 1946, p. 260).

El tercero, la aceptación de jerarquías en el derecho internacional determinadas por la diferenciación entre derecho imperativo y dispositivo; ello deriva en una estética descentralizada basada en criterios formales de producción normativa no positivos y consuetudinarios (Kelsen, 2012), y una incipiente dinámica, cuyos fundamentos materiales de validez son escasos e indeterminados, con concretización e individualización continuas y futuras, y que, para la fecha de su producción académica, acercaban a los Estados a una competencia de creación *ratione materiae* prácticamente ilimitada (Urueña-Sánchez, 2017), (Kunz, 1946).

3.2 Herbert Hart

Ahora bien, la teoría de Hart también se preocupa por la unidad y la coherencia del derecho internacional, lo que resulta no muy alejado de los meollo que le inquietaron a Hans Kelsen. El autor determina que este derecho carece de un número suficiente de reglas secundarias, lo que significa que: primero, no existen en él disposiciones que lo agrupen plenamente como unidad, por lo que difícilmente podría diferenciarse de otros órdenes normativos como la moral (defecto de incertidumbre); segundo, tampoco posee suficientes normas que le permitan su modificación, lo que le otorga un carácter marcadamente estático o inamovible (defecto estático); tercero, tiene un déficit de proposiciones normativas que otorguen competencias de exigibilidad jurídica, lo que lo hace ineficaz (defecto de ineficacia) (Green, 2011). Véase lo anterior como la ausencia respectiva de reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación.

Resulta característico del trabajo del autor inglés el que prescinda de delimitar una regla de reconocimiento fundante del derecho internacional (Hart, 1980), como sí lo hace Hans Kelsen con el *pacta sunt servanda*. Esto es una señal de que este no es un presupuesto esencial para la existencia de normas jurídicas, aunque sí para la agrupación de estas en una unidad coherente:

[Herbert] Hart [...] afirma que la regla de reconocimiento no es condición necesaria para la existencia de reglas de obligación, lo que exime al derecho internacional de contener una regla básica o norma fundamental. Así, a diferencia de [Hans] Kelsen y su tesis de unidad del sistema, [Herbert] Hart reconoce la existencia de distintas formas de estructura social. (Urueña-Sánchez, 2017, p. 200)

Con todo, el teórico admite la posibilidad de que la regla de reconocimiento pueda crearse mediante una práctica consuetudinaria extendida⁸ (Hart, 1980). Así, la presencia de una regla secundaria de reconocimiento no es presupuesto de existencia del derecho internacional, pero sí se convierte en un factor de graduación sobre su desarrollo: "...Para [Herbert] Hart el derecho internacional es una forma compleja de derecho, pero es derecho al fin, aunque no tenga estructura sistemática; no es, por ende, pura moralidad" (Lariguet, 2015, p. 87).

Finalmente, Herbert Hart contradice a Hans Kelsen en tanto especifica que la regla de reconocimiento no puede ser el *pacta sunt servanda*, pues los Estados no solo se obligan mediante los tratados o pactos mutuos, además, no todas las obligaciones internacionales son dispositivas, y exalta la presencia de un derecho internacional imperativo dado más allá de su representación como un pacto implícito entre sujetos internacionales (Green, 2011).

4. Conclusiones

La fragmentación del derecho internacional es un hecho sobre el desarrollo actual de ese orden normativo que parece cuestionar ciertos dogmas clásicos de la teoría del derecho positivista sobre la unidad y la coherencia de un sistema jurídico, debido a una relación de proporcionalidad inversa entre sus regímenes jurídicos y estas dos propiedades: mientras más se incrementa la particularización prescriptiva en regímenes internacionales, el sistema jurídico pierde chances para identificar la pertenencia de sus normas a un único orden, así como el sostenimiento de relaciones lógicas de compatibilidad entre sus disposiciones.

El ejercicio de aproximación positivista a la unidad y a la coherencia del derecho internacional ha permitido ver cómo Herbert Hart y Hans Kelsen problematizan la estructura de este campo como un caso especial, bajo la idea del análisis de un orden jurídico en cierres, primitivo o carente de un elemento importante para su entendimiento a la luz de sus categorías teóricas.

8 Expressa Herbert Hart en su libro *El concepto del derecho*: "En un sistema legal desarrollado, las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; [en los sistemas legales menos desarrollados] en lugar de identificar reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, estos lo hacen por referencia a alguna característica general que poseen las reglas primarias. Esto puede ser el hecho de que hayan sido promulgados por un organismo específico, o por su larga práctica consuetudinaria, o su relación con decisiones judiciales" (1980, pp. 92 y 93).

Tal aproximación indica que, para Hans Kelsen, el derecho internacional, aunque posee una jerarquía determinada por el derecho imperativo y dispositivo, no tiene criterios positivos de validez formal y material, los cuales terminan por deducirse de la costumbre. Asimismo, ubica a la *Grundnorm* del derecho, bajo una concepción monista, en el derecho internacional (*pacta sunt servanda*).

Por su parte, y muy en la línea, Herbert Hart identifica que los problemas de unidad y coherencia del derecho internacional se dan por la ausencia de suficientes reglas secundarias en tal, lo que le convierte en un orden jurídico ineficiente, incierto y pétreo. Prescinde, además, de la determinación de una regla de reconocimiento general para el derecho internacional, aunque considera que, producto de una práctica consuetudinaria, esto se puede identificar a futuro.

Lo anterior representa, primero, que, en efecto, el derecho internacional carece de los requerimientos de las teorías de los autores: de suficientes criterios ciertos de validez sustancial y formal, así como de reglas secundarias; pero, segundo, que esa teoría positiva del derecho parece estar especialmente direccionada a la comprensión sistemática de los derechos nacionales, y que la idea de su neutralidad o aplicabilidad universal como conocimiento científico sobre una realidad social, no es tan cierta. Esto se traduce en una tensión entre la teoría del derecho elaborada a partir de un sustrato fáctico esencialmente del derecho del Estado, y una realidad jurídica posnacional, abierta y construida, principalmente, entre Estados y otros sujetos internacionales, como lo es la del derecho internacional.

Referencias

- Aguiló, J. (1991). La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10 (10), pp. 223-258.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico* (de Asís, R. & Greppi, A., Trads.). Madrid: Debate.
- _____. (2007). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Bonfante, A. (2016). *Coherencia en el ordenamiento jurídico y control de constitucionalidad: criterios para analizar la exequibilidad de los actos legislativos desde la Constitución Política de 1991*. Tesis para optar al título de magíster en Derecho. Universidad del Norte, Barranquilla.

- Burgos, J. (2011). El derecho internacional en el contexto de la globalización: conflictos y transformaciones. *Revista Estudios de Derecho*, 68(152), pp. 15-30.
- Capotorti, F. (1994). *Cours général de droit international public*. Dordrchet: Martinus Nijhoff Publishers.
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2006). *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. En Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, volumen 2, capítulo 12. Recuperado de: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf> [consultado el 6 de enero de 2018].
- Fernández, D. (2007). *Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vista de su reglamentación interamericana*. En XXXIII Curso de Derecho Internacional. El Derecho Internacional de las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano. Rio de Janeiro: Comité Jurídico Interamericano.
- García, R. (2010). La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart. *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, 8, pp. 1-28.
- Garibian, S. & Puppo, A. (2012). Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista. *Isonomía*, (36), pp. 7-47.
- Gómez-Robledo, A. (1999). *Temas selectos de derecho internacional*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/122/1.pdf> [consultado el 6 de enero de 2018].
- Green, S. (2011). El derecho internacional actual, ¿un derecho primitivo?: una reflexión a 50 años de The Concept of Law. *Universidades*, 51, p. 17-28.
- Hafner, G. (2000). *Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional*. Recuperado de: http://www.iri.edu.ar/publicaciones_irí/anuario/cd%20anuario%202007/dip/cdi/cdi%20acn%2041%20682.pdf [consultado el 8 de enero de 2018].
- Hart, H. (1980). *El concepto del derecho* (Cardó, G., Trad.). Ciudad de México: Editorial Nacional.
- Kelsen, H. (1966). *Principles of International Law*. Nueva York: Rinehart and Winston.
- _____. (1982). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- _____. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado* (García, E., Trad.). Ciudad de México: Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- _____. (2012). *Teoría del derecho internacional consuetudinario*. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán.

- Kunz, J. (1946). El derecho internacional en la teoría kelseniana. *Revista de la Universidad Nacional* (1944-1992), 5, pp. 241-265.
- Larquet, G. (2015). El estatus del derecho internacional según Herbert Hart. En Selme, H. (Dir.). *Instituciones públicas o moralidad política*. Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad.
- Marceau, G. (2001). Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions. Relationship between the W.T.O. Agreement and M.E.A. and other Treaties. *Journal of World Trade*, 35 (6), pp. 1081-1131.
- Martínez, F. (2012). *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea y el modelo de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembro*. Tesis para optar al título de doctor en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.
- Negro, D. (2002). El caso de los rehenes estadounidenses en Teherán y el proyecto de artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. *Agenda Internacional*, 7 (16), pp. 161-177.
- Pastor, J. (1996). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Pauwelyn, J. (2003). *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO relates to other rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Petersmann, E. (2004). La proliferación y fragmentación de los mecanismos de solución de controversias en el comercio internacional: los procesos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio y los mecanismos alternativos de solución alternativa de controversias. En Lacarte, J. & Granados, J. (Eds.). *Solución de controversias comerciales intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*. Buenos Aires: BID-INTAL.
- Quispe, F. (2010). Ius cogens en el sistema interamericano: su relación con el debido proceso. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, 34, pp. 42-78.
- Reyes, C. (2013). Derecho internacional comercial. Un derecho fragmentado. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 63 (259), pp. 285-305.
- Rodiles, A. (2009). La fragmentación del derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 9, pp. 373-413.
- Rodilla, M. (2009). ¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen. DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, pp. 255-314.

- Rodríguez, S. (2014). *El peligro de fragmentación de derecho internacional causado por la proliferación de los tribunales internacionales: el caso específico de la delimitación marítima*. Tesis para optar al título de abogada. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima.
- Salas, C. (2008). *Fragmentación del derecho internacional a la luz de la Softwood Lumber Dispute*. Tesis para optar al título de magíster en Derecho Económico. Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- Sands, P. (2000). Turtles and torturers: the transformation of International Law. *New York University Journal of International Law and Politics*, 33, pp. 527-559.
- Simma, B. (1985). Self-contained regimes. *Netherlands Yearbook of International Law*, 16, pp. 111–136.
- Urueña-Sánchez, M. (2017). El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional contemporáneo: una mirada crítica. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 31, pp. 193-220.