

EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA COMUNIDAD

Paul W. Kahn

Imagínese que un seminario como este ocurre en la primera década del siglo XX. Nadie hubiera podido imaginar los eventos políticos de los próximos 100 años. Esta primera década fue un tiempo de esperanza sustancial para la élite jurídica global. Europa estaba en paz, habiendo alcanzado una cierta estabilidad política entre los poderes en contienda. El derecho internacional parecía emerger como una fuerza vital para la resolución pacífica de las disputas. La Corte Permanente de Arbitramento había sido establecida en la Haya en 1899. La Conferencia de Paz de la Haya en 1899, seguida por la realizada en 1907, había establecido un cuerpo de derecho humanitario para la regulación del comportamiento en la guerra. El control de armas a través de la regulación jurídica había sido establecido como un principio en la Convención de San Petesburgo de 1868, seguido por otras prohibiciones de armas específicas en las Declaraciones de 1899. El resto del mundo estaba entrando en la órbita de los valores europeos y por tanto del liderazgo europeo. El comercio mundial estaba en su mas alto nivel en todos los tiempos y constituía un porcentaje creciente de las economías, aún de las de los países desarrollados. El colonialismo procedía a extender hacia el resto del mundo los valores europeos del derecho, el cristianismo y la eventual independencia política. El mundo se estaba volviendo seguro para la globalización en tanto el proyecto imperial había tenido tanto éxito.

Unase todo esto a una revolución en las comunicaciones y el transporte, así como a los movimientos de derecho nacional en busca de una reforma política basados en principios de igualdad y responsabilidad democrática y tenemos el escenario para la confianza suprema en la visión ilustrada de progreso. Los elementos que caracterizaban a este punto de vista eran la fé en la

academia, en las ciencias (tanto las naturales como las sociales), la fé en la política democrática, y la fé en el derecho como un mecanismo para la articulación de las normas y para la coordinación social tanto a nivel nacional como internacional.¹ Estos no eran tres conjuntos de creencias separados, sino una sola visión del mundo expresada en diferentes áreas. Una estructura política madura era aquella que había adoptado las perspectivas de la ciencia política y les había dado expresión positiva en el orden formal del derecho. Un pueblo maduro era aquel educado hasta el punto en que pudiera regirse a sí mismo bajo la égida de la ciencia y la ciencia del derecho.

Mirando 100 años atrás, es fácil ver como esta visión creada desde arriba correspondió poco con la realidad que había de hacer del siglo un desastre político, moral y físico para millones de personas. No importa como evaluemos hoy los logros del estado moderno, estos estuvieron acompañados de una destrucción y un dolor inimaginables. En el mundo en vías de desarrollo la historia de progreso a lo largo del siglo también estuvo acompañada por una historia de colapso y destrucción. Los logros del siglo incluyen el perfeccionamiento de las técnicas para la guerra total y el genocidio tanto en el mundo desarrollado como en el mundo en vías de desarrollo. El progreso ha significado la ruptura de formas

¹Este conjunto de creencias está bien expresado por Elihu Root en el artículo inaugural del *American Journal of International Law* (1907). Root empezó con un reconocimiento de que la democracia es progreso y conectó esto con el derecho: “El crecimiento del control popular sobre la conducta nacional que marca el desarrollo político de nuestro tiempo, hace que éste se vea como mas importante que el que en cada país el grueso de la población tenga una concepción justa de sus derechos y deberes internacionales.” De todos modos, el derecho permaneció una ciencia que había de ser elaborada por expertos: “no se puede esperar que todo el pueblo estudie derecho internacional.” La democracia y el derecho fueron conectados a través de la fé en el poder de los expertos, v.g. los académicos, para dar forma a la opinión pública.

tradicionales y de patrones de vida, dejando a cientos de millones desplazados, empobrecidos y con pocas esperanzas en el futuro.

Mas al inicio del nuevo siglo las cosas se ven perturbadoramente similares para la élite jurídica global. Una vez más estamos hablando de un estado de derecho global, estableciendo tribunales internacionales y extendiendo un orden Occidental de valores (morales y políticos) al resto del mundo. Claro, no hablamos más de expandir el cristianismo, pero los valores de los derechos humanos internacionales no esconden sus orígenes cristianos. No estamos en busca de un orden colonial explícito, pero hemos reemplazado las obligaciones del colonialismo por un nuevo régimen de dependencia a través de la ayuda extranjera multilateral y unilateral. El comercio global está otra vez creciendo y fijamos muchas de nuestras esperanzas en las consecuencias económicas de esta interdependencia, y más ampliamente, en las consecuencias que pueda tener el estado de derecho. Un mundo conectado a través del comercio será, pensamos, un mundo ligado a valores fundamentales a través del derecho. De todos modos, la división entre las naciones ricas y pobres es tan profunda como nunca antes había sido y al interior de muchos estados las desigualdades en la distribución de la riqueza se han vuelto más extremas.

Aún más, la globalización no es todavía global. Mientras nos concentramos en las nuevas redes transnacionales, para muchos estados en la última década la realidad ha sido el conflicto interno, la secesión y el aislamiento. Para muchos, el espacio público relevante se ha vuelto mas local antes que global. Nuestro optimismo sobre la globalización frecuentemente encubre diferencias tan profundas como las

similitudes en las que hace énfasis. ¿Es verdad que las comunicaciones y los regímenes de comercio están acercando a las naciones musulmanas y cristianas? ¿Entenderemos el futuro de China a través de su deseo de entrar a la OMC o en el juzgamiento de los seguidores de Falun Gong?

El hecho más importante que nuestros predecesores dejaron de ver 100 años antes fué la forma y el poder de un nacionalismo en ascenso. Mas diréctamente, fallaron en comprender el poder de la política como una fuente de preocupación fundamental en la vida de las personas. Con razón, pusieron sus esperanzas en el derecho, mas sería la pasión de la política la que determinaría la forma del siglo. El derecho, como ellos lo entendían, tratataba sobre derechos y contratos y sobre las instituciones que podrían expresar y aplicar estos valores. Pensaron que había un movimiento natural e inevitable que iba desde el logro de un orden nacional de gobierno sometido al derecho hasta un orden jurídico internacional. Creyeron que estaban viviendo la realidad que Kant había teorizado 100 años antes: la ampliación progresiva del dominio del derecho desde el orden interno de los estados liberales hasta un orden internacional entre los estados liberales. Sustituyeron un cosmopolitanismo prematuro por la realidad del estado - nación.

En los conflictos que emergieron, empezando con la Gran Guerra, el derecho se presentó como una fuerza muy débil.² Algo mucho mas elemental dió fuerza a estos conflictos: un reconocimiento de que la nación podía llamar a los ciudadanos para su sacrificio, que algo de valor fundamental estaba en juego

²Es argumentable que el siglo XX empieza antes con la carnicería de la Guerra Civil de los Estados Unidos. Allí vemos por primera vez la yuxtaposición del estado de derecho y del nacionalismo y aprendimos que un país democrático puede que no conozca los límites en su deseo de sacrificarse por la preservación del estado de derecho.

y que era apropiado que pueblos enteros se dedicaran a la empresa de matar y morir. A pesar de todos los logros técnicos de la modernidad, sobre las guerras del siglo pendía la sensación de que otra vez estábamos viviendo las guerras religiosas del siglo XVII: una furia elemental basada en la fé. Aunque esta vez, se trataba de una fé política que se presentaba a sí misma a través de diversas formas de conflicto nacional, étnico e ideológico.

Es por esto que no es sorpresivo que los genocidios que marcan el final del siglo hayan sido llevados a cabo con las armas mas primitivas que existen, como cuando los tutsis asesinaban a los hutus y los serbios atacaban a sus vecinos musulmanes y croatas. Pero las mas simples herramientas de destrucción no representan un retorno a un cierto primitivismo pre-moderno. Mientras asesinaban, ellos tenían conciencia de que estaban siguiendo el patrón europeo de mitad del siglo para alcanzar una "solución final." El concepto mismo de genocidio es una invención europea moderna. Esta invención ha extendido las posibilidades de la imaginación de la política moderna desde Cambodia hasta Irak, Indonesia y Ruanda. Hemos visto aún más directamente la vida continúa de la maldad europea moderna en el conflicto de los balcanes en la última década (otra vez campos, limpieza étnica, asesinatos y desaparecimientos).

Nuestro optimismo al inicio del siglo XXI está fundado en el final de la confrontación de ideologías de la Guerra Fría. Occidente ha ganado la batalla sobre la naturaleza de la razón en la política: la visión democrática liberal de la razón a través del derecho ha vencido a las visiones de la razón en la sociedad inspiradas en el marxismo. Pero sería un diagnóstico errado del siglo pasado creer que sus conflictos fueron engendrados en una disputa sobre las formas de la razón. Nadie realmente anticipaba el que hubiera que

sacrificarse personalmente por la pregunta sobre quien debía ser el propietario de los medios de producción. En contra de la razón, en todas sus pretendidas formas, estaba organizada la fuerza de la política como nacionalismo. Si esto es así, la pregunta hoy es si el estado - nación se está despolitizando. ¿Se está volviendo mas dócil frente al discurso de la razón?

Una forma de medir la despolitización, el alejamiento del nacionalismo, podría ser la presencia y fortaleza de las instituciones internacionales contemporáneas que fueron establecidas por el derecho internacional y que se encargan de su aplicación. Es por ello que hoy los académicos escriben sobre el declive de la soberanía estatal y sobre el desplazamiento de las funciones tradicionales del estado hacia instituciones internacionales. ¿Pero que tan fuertes son estas instituciones, especialmente cuando de manera creciente los conflictos contemporáneos se vuelven locales pero no menos mortíferos? En muchas partes del mundo hemos visto un resurgimiento de la pasión nacionalista que está dirigida a la separación de las comunidades. Los conflictos violentos continúan, frecuentemente en lugares mas allá del horizonte común de los medios de comunicación de Occidente. En muchos casos, el mayor beneficio generado por las instituciones internacionales ha sido una especie de otorgamiento de legitimidad internacional a regímenes que no tienen legitimidad nacional. El reconocimiento internacional dió una base de legitimidad al régimen de Suharto en Indonesia, al régimen de Mobutu en Zaire, y aún al Khmer Rouge. En este hemisferio, el reconocimiento internacional dió legitimidad a los regímenes de Duvalier, Somoza y Pinochet. Esta fuente externa de legitimidad (en contraste con la legitimidad democrática) puede de hecho exacerbar el conflicto interno, dando lugar a una respuesta nacionalista popular.

No tenemos que mirar muy atentamente para encontrar que la carnicería en nombre de una u otra forma de política nacionalista continúa. ¿Podemos decir que nuestras instituciones internacionales son más fuertes, teniendo en cuenta su fracaso en la prevención de los conflictos nacionalistas y étnicos en la antigua Yugoslavia, Turquía, Kashmir, Congo, Sudán o Timor del Este? ¿Podemos ver el conflicto interno en Chechenia e Irak, u oír las amenazas de China hacia Taiwan y todavía creer que hemos dejado atrás la era de los estados - nación en la que la política y la guerra forman una combinación inseparable?

No tenemos excusa para una fé ingenua en el derecho. La experiencia del último siglo debería habernos enseñado que el derecho sin la política de la comunidad es una fuerza demasiado débil como para tener fé en él; también debería habernos enseñado que el derecho sólo no puede construir una comunidad. Pero todavía, muy frecuentemente, nuestra fé sigue siendo ingenua. Caemos dentro de un triunfalismo jurídico: creemos que el derecho es un producto de nuestros esfuerzos deliberados, pensamos en el derecho como aquél medio a través del cual podemos controlar el orden político y el fin hacia el cual tal control debería dirigirse.

La presencia del derecho en la imaginación contemporánea de la élite de Occidente es tan poderosa debido al carácter amplio que tiene la concepción del estado de derecho. Por un lado, el derecho es entendido como la expresión de la razón en la política. Hoy, la razón significa el delineamiento de derechos y la administración de la sociedad civil. La razón del derecho se nutre igualmente de la teoría moral y de la economía, de Habermas y de Posner. Acá encontramos la fuente de la incesante fé en que el estado de derecho es un todo particular, de manera que la extensión de un régimen racional de

contratación inevitablemente conducirá a un régimen de derechos humanos, y el mantenimiento de un orden jurídico nacional inevitablemente conducirá a un orden jurídico internacional.³ Por el otro lado, el estado de derecho señala a la legitimidad popular como su fundamento. Los regímenes democráticos respetan el derecho; los regímenes autoritarios no lo hacen. La institucionalización de la democracia significa la creación de instituciones representativas que simultáneamente son gobernadas por el derecho y son la fuente del derecho. Los regímenes democráticos contemporáneos expresan esta conexión entre el derecho y la soberanía popular en una corte constitucional. Hablando en nombre de la constitución, tales cortes representan la encarnación institucional de una soberanía popular “permanente.”

Este es un punto de vista particularmente estadounidense sobre la relación entre el estado de derecho y la razón y la voluntad, mas este es un punto de vista que es cada vez más global. Ha sido impulsado por el desarrollo de una jurisprudencia constitucional aún en lugares que tradicionalmente mantenían un sistema de soberanía parlamentaria, v.g. Inglaterra e Israel. Este punto de vista sobre el derecho es exportado al mundo en vías de desarrollo a través de la educación Occidental de sus líderes y a través de la presión institucional generada por la política internacional de Occidente. “Democracia a través del derecho” es el producto de exportación ideológico de las naciones desarrolladas. De manera creciente, hay un discurso cosmopolita sobre el derecho compartido por jueces de cortes constitucionales, académicos del derecho y abogados internacionalistas. Todos estos miembros de la élite jurídica

³¿No ha sido esta la historia de la integración de Europa? Es por esto que la Corte Europea de Justicia decidió incorporar un régimen de derecho de los derechos humanos a pesar de la ausencia de apoyo en su texto fundacional, el cual está prioritariamente dedicado a la integración económica. Véase J. Weiller, “Eurocracy and Distrust,” 61 Wash. L. Rev. 1103, 1105 (1986).

internacional piensan que esta es la era del derecho; todos creen que el derecho puede mantener unidas a la política, la ciencia y la democracia. Estos siguen siendo los puntos triangulares de las creencias cosmopolitas contemporáneas: el derecho, la razón y una estructura política democrática. El orden formal del derecho hablará el lenguaje de los derechos humanos, el de los mercados manejados por expertos y el de la democracia. Los miembros de esta élite se han vuelto muy buenos en hablarse, y aún en citarse, unos a otros. Está lejos de ser claro si cuando adelantan este discurso cosmopolita hablan en representación de alguna comunidad política real.

Hay una diferencia fundamental entre los órdenes jurídicos nacional e internacional. Una corte constitucional puede contar con la legitimidad popular del derecho para justificar sus decisiones, las que de otra forma podrían no pasar el examen de la razón. De manera recíproca, puede contar con la razón para justificar decisiones que están en conflicto con exigencias políticas populares. El orden jurídico nacional funciona no a través de la resolución de esta inconmensurabilidad entre las exigencias de la razón y el *ethos* popular, sino a través de su uso para mantener tanto la estabilidad como un tosco consenso. Este es exactamente el punto de las sentencias judiciales, las cuales nunca son totalmente satisfactorias como un trabajo de teoría política o como una expresión de la opinión pública. En cambio, son su propio género de expresión, uno que media la razón a través de la voluntad popular y la voluntad popular a través de la razón. Una corte constitucional ocupa un espacio político así como también un espacio teórico.

El orden jurídico internacional puede pararse sólo en una de estas piernas: la razón. No puede argumentar que representa la soberanía popular o la voluntad de alguna comunidad particular. El

procesamiento español de Pinochet, por ejemplo, puede haber sido justificado completamente como una cuestión de razón, como una expresión de los fundamentos morales del derecho internacional, más para muchos esto resultó problemático en tanto no representaba la expresión de la voluntad de ninguna comunidad política. Las personas pueden sentir simpatía por la posición moral representada por la corte española pero de todos modos preguntarse por el carácter jurídico de su argumento. El derecho internacional, aún cuando es moralmente obligatorio, es un derecho desnudado de la capacidad de representar una comunidad política frente a sus miembros.

En breve, el derecho internacional sufre de un incurable déficit “democrático.” Tal y como lo han aprendido los europeos, este déficit no se sobrepasa al apuntar al consentimiento del estado como el fundamento del derecho transnacional. No hay relación necesaria entre el consentimiento funcional en el derecho internacional y el proceso político democrático nacional. Los gobiernos, satisfagan o no un estándar de legitimidad democrática, tienen el poder de otorgar o negar el consentimiento bajo el derecho internacional. El argumento en favor del consentimiento del estado es interno al sistema de relaciones estado a estado; no es un argumento en favor de la legitimidad democrática. En verdad, este sistema ha preferido concentrarse tradicionalmente en el poder de hecho, ¿el gobierno tenía *de facto* el poder?, antes que en la calidad del régimen, evaluación de la que se pensaba era un interferencia externa ilegítima.

Por un siglo, el problema del derecho internacional ha sido la presuposición de que la razón puede gobernar a pesar de la tumultuosidad y frecuente irracionalidad de la política nacional. Muy frecuentemente, nadie estaba oyendo mientras los abogados internacionalistas hablaban sobre un orden

global creado por el derecho. ¿Hay alguna razón para creer que ahora alguien está oyendo? ¿Existen comunidades mejor preparadas para abandonar la política de los estados - nación en la que han permanecido por los últimos 100 años?

El que haya o pueda haber una relación problemática entre el derecho internacional y la voluntad de la comunidad nacional es en sí misma una idea reciente, generada por un cambio sísmico en la comprensión de los fundamentos del derecho internacional. Si comparamos el derecho internacional de hoy con aquel de hace un siglo, la diferencia fundamental no es cuantitativa, aunque claramente hay mucho más derecho. Mucho más importante es el cambio cualitativo: el concepto de derechos humanos ha desplazado al del estado soberano como el fundamento normativo de este sistema jurídico. Este no es un argumento descriptivo sobre la importancia de los derechos humanos en la práctica actual de los estados. Sin embargo, sí describe la aproximación dominante hacia el derecho internacional. El propósito del derecho internacional no es mas la armonización de la interacción entre estados soberanos; es la protección de los derechos humanos. El discurso del derecho internacional es crecientemente modelado por el paradigma de los derechos humanos. Las normas del derecho internacional son en sí mismas evaluadas a través de este fin totalizador que es la protección de los derechos humanos. El derecho internacional está en sí mismo amenazado en tanto el concepto mismo de estado soberano se evalúa a través de la mencionada norma. Comprender este cambio de paradigmas es crítico para la comprensión del futuro conceptual, si no el político, del estado - nación.

El derecho internacional fue tradicionalmente gobernado por una imagen espacial: era el derecho que regulaba los espacios entre los estados. En cierto sentido, esto era literalmente cierto: los orígenes de mucho de nuestro derecho internacional yacen en el derecho del mar. Los estados aparecieron como islas en este océano, y el derecho internacional era aquello a lo que cada cual se enfrentaba cuando se internaba mar adentro. El derecho internacional gobernaba el espacio en donde no había ninguna comunidad. El derecho internacional regulaba las áreas comunes globales. En parte hacía esto al regular las fronteras, v.g. al delinear los límites de la propiedad de cada nación. Con respecto al orden de la vida en la isla, la disposición de la propiedad nacional, el derecho internacional no decía nada.

Desde este punto de vista tradicional, el derecho internacional no hablaba de la relación entre el gobierno y sus ciudadanos. En verdad, el derecho internacional no podía siquiera reconocer a los individuos como sujetos de derechos. Cuando los individuos aparecían, lo hacían solo como representantes de los reclamos jurídicos de los estados. Eran agentes del estado (v.g. embajadores, consejeros, soldados) o su conducta ofendía un deber de un estado frente a otro, algo así como un deber de respetar la propiedad del otro. Los estados podían obligarse solo a través de su propio consentimiento, mas solo los estados “civilizados” estaban calificados para expresar un consentimiento que mereciera respeto. “Civilizado” no se refería al carácter del gobierno, si podía o no reclamar legitimidad democrática, sino al “nivel” de desarrollo del pueblo. Los no civilizados podían literalmente desaparecer de la vista, como cuando comunidades enteras eran arrasadas fundándose en la concepción *terra nullius*, tierra abierta al descubrimiento y a la adquisición europea. Los “no civilizados” que fueran avistados tendrían

de todos modos que ser gobernados, por su bien, hasta que llegaran al plano de la razón. Lo que los civilizados podían ver era una especie de analogía global de la explicación Hobbesiana de los orígenes del estado. Un estado civilizado era aquel que estaba convencido de que estar de acuerdo con la regulación de las áreas comunes globales era para su beneficio.

Aunque era antidemocrática, esta concepción clásica del derecho internacional tenía un carácter simbólico: para los occidentales representaba el carácter civilizado de sus estados; para los demás, representaba la voluntad colonizadora del poder. Estos puntos de vista no eran tan diferentes, en tanto ser “civilizado” significaba tener la capacidad para colonizar. Mas lo que el colonizador veía como totalmente razonable era visto por el colonizado como un mera afirmación de poder. Así como en muchas otras áreas, el ataque a la globalización occidental en el periodo de post-guerra tendría que incluir un ataque al argumento de la razón en sí misma.

Esta mezcla de presunciones, hasta muy recientemente, fué la concepción dominante sobre el derecho internacional. No solo definió ampliamente el orden jurídico que entraba a la segunda guerra mundial; era todavía el punto de vista dominante cuando la Carta de las Naciones Unidas fué redactada. La Carta misma continuaba la distinción entre los estados civilizados listos para participar en el gobierno razonable del orden internacional y los no civilizados que habían de ser gobernados a través de algún tipo de arreglo fiduciario. Fundamentalmente, la Carta trataba sobre la protección de las fronteras y la regulación de las áreas comunes globales. Cada estado aceptó no cruzar este espacio para invadir a otro; cada uno recibió a su turno la promesa de respeto por su jurisdicción nacional. La apelación de la Carta

al derecho era poco mas que un esfuerzo por proteger la misma concepción del estado – nación que había sido el fundamento de la política occidental por dos siglos. No es una coincidencia que los principales beneficiarios de esta concepción determinada por las fronteras fueran frecuentemente los regímenes autoritarios y no las comunidades políticas en sí mismas.

De manera mas importante, la Carta preservó un derecho residual en cabeza del estado para usar la fuerza cuando el centro fallara: reconoció el derecho a la defensa propia “hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz internacional.” Claro, la defensa propia era el argumento que los estados siempre habían presentado para justificar actos de fuerza. Durante el periodo de post-guerra, la excepción de la defensa propia absorbió la regla del no uso de la fuerza. Bajo el argumento de la defensa propia el mundo estuvo suspendido al borde del apocalipsis cuando cada super-poder amenazaba al otro con la segura destrucción mutua, y cuando los dos adelantaban, como apoderados, guerras alrededor del mundo. Aún el movimiento de descolonización adoptó el lenguaje de la defensa propia en la lucha por el auto-reconocimiento nacional.

Pasando a la estructura institucional de la Carta, encontramos la misma ausencia de valores democráticos. Esta estructura se apoyaba en la visión tradicional del orden global como el producto de estados independientes que persiguen sus intereses nacionales pero que aceptan la regulación de las áreas comunes globales. La democracia simplemente no era un valor en la estructura de las instituciones internacionales, por mucho que fuera un valor en los regímenes nacionales de algunos estados. Las diferencias en poder del estado, no de la población, fueron acogidos por el pináculo mismo de la estructura

institucional de la post-guerra: el Consejo de Seguridad. La participación de los estados en la Asamblea General era igualmente antidemocrática, pero ahora en la dirección contraria, con micro - estados que poseían un voto igual al del estado mas grande. Los regímenes democráticos eran difícilmente la norma internacional y no había institucionalización transnacional del proceso democrático. La política que explicaba los orígenes del derecho internacional no era en ningún nivel una política democrática.

Mas desde el inicio mismo del régimen de la Carta un nuevo elemento estuvo presente: el derecho internacional de los derechos humanos. Los derechos humanos reflejan una idea diferente de la naturaleza de la comunidad internacional sometida al derecho. En esta perspectiva los elementos constituyentes fundamentales de la comunidad internacional son los individuos, no los estados. Los derechos humanos proveyeron un fundamento alternativo sobre el cual construir el caracter de la razón en el orden internacional. La razón de los derechos individuales podría ahora desafiar a la razón de estado.

Si el derecho internacional protege los derechos humanos, los individuos, entonces, pueden presentar reclamos en derecho en contra de sus propios gobiernos. Desde la perspectiva de los derechos humanos, los gobiernos alcanzan poderes legítimos solo en tanto actúen como agentes de estos individuos. De esta forma, las tareas del gobierno son mínimamente la satisfacción de las necesidades de los individuos y la protección de sus derechos. Por ello, el lenguaje de los derechos humanos proveyó un medio para hablar de la “legitimidad” de los regímenes gubernamentales que no había existido antes en el derecho internacional. La razón del derecho internacional empieza a dirigirse hacia una concepción nacional de la

soberanía popular.⁴ Debido a este cambio fundamental en el carácter de la razón en el nivel internacional, un punto de contacto entre el derecho internacional y la voluntad de la comunidad es ahora imaginable.

Las posibilidades de este nuevo discurso de la razón basado en los derechos contaban por muy poco cuando la mayoría de los países del mundo, incluyendo algunos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, carecían de esta legitimidad. El nuevo derecho de los derechos humanos tuvo poco efecto en los gobiernos nacionales o en las decisiones de las instituciones de la Carta, las cuales hasta 1976 no tenían siquiera la capacidad de reconocer las quejas individuales.⁵ Los regímenes legítimos proliferaron, adelantando políticas de asesinato, tortura y desaparición.

En su aceptación simultánea de la soberanía estatal y los derechos humanos la Carta estaba en guerra consigo misma. En vez de un orden constitucional nacional que uniera sustantiva e institucionalmente a la razón y a la voluntad (son la razón y la voluntad de la misma comunidad) el orden internacional simplemente se dividía a lo largo de estas líneas. De manera creciente el nuevo derecho de los derechos humanos reclamaba la autoridad de la razón, en gran parte porque pocos estados estaban dispuestos a atacar explícitamente la retórica de los derechos. Sin embargo, los estados continuaron localizando la voluntad políticamente relevante en sus propias comunidades nacionales. Los esfuerzos académicos por argumentar la unidad, por ejemplo, para encontrar la fuente de los derechos humanos en el consentimiento

⁴Véase v.g., T. Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance," 86 Am. J. Int'l L. 46 (1992).

⁵El protocolo para la Convención Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles fue adoptada en 1966, pero no se aplicó sino hasta 1976.

de los estados, parecieron completamente artificiales. Estos esfuerzos contribuyeron a la baja reputación del derecho internacional y de los académicos del derecho en el periodo de post-guerra.

En tanto que desde la perspectiva del estado - nación muy poco cambió en el derecho internacional, a la razón de los derechos se le dió via libre para el desarrollo de sus propias normas. Era un área perfecta para los profesores de derecho, quienes podían soñar con un triunfo global de la razón. En una especie de parodia de la autopoiesis luhmaniana, el derecho de los derechos humanos se desarrolló de acuerdo con su propia logica interna: los derechos económicos y sociales junto con los derechos civiles y políticos, los derechos de las víctimas de la guerra, del racismo, o de cualquier otra forma de trato degradante, así como los derechos de las mujeres, los niños y las minorías étnicas. Cada forma de opresión que se identificaba en la conciencia cosmopolita contemporánea podría y debería juntarse con un argumento de derecho. Al derecho internacional podía permitirsele adelantar su curso de desarrollo formal sin que de hecho se nos dijera nada sobre las diversas comunidades del mundo, ni siquiera sobre aquellas cuyos gobiernos habían ratificado los acuerdos. Seguramente no había relación entre la ratificación de estos acuerdos sobre derechos humanos y el carácter de los gobiernos de los estados. Los Estados Unidos no han ratificado la Convención sobre los Derechos del niño; Sierra Leona y El Congo lo han hecho. ¿Donde están mejor protegidos los niños?

De varias maneras, esta es una vieja historia. La proliferación de normas jurídicas internacionales ha estado de manera frecuente inversamente relacionada con el comportamiento que es objeto de la prohibición. La violación de las normas no se ha encontrado con su aplicación sino mas bien con la

creación de aún más normas. El fracaso de la Carta de la Liga de las Naciones en prohibir adecuadamente el uso de la fuerza fue seguida por el pacto Kellog-Brand de 1928 que buscaba prevenir otra guerra europea a través de la promulgación de una prohibición jurídica. La prohibición de las armas que “agravaran inútilmente el sufrimiento de los hombres incapacitados o hicieran inevitable su muerte” promulgada en la Declaración de San Petesburgo efectivamente anunció una carrera armamentista global en la que las armas alcanzaron niveles de destructividad nunca antes vistos. De manera similar, al mismo tiempo que vemos el perfeccionamiento de la guerra sin límites vemos que los estados aceptan un derecho humanitario diseñado para limitar la guerra a los combatientes.

Todos estos ejemplos ilustran el fracaso fundamental del derecho internacional en la constitución de un régimen jurídico para una comunidad transnacional real. La razón ha sido despojada de cualquier reclamo sobre alguna comunidad política particular. Las comunidades reales continuaron desarrollandose, dependiendo de las circunstancias, bajo las normas de la soberanía popular, la descolonización, el nacionalismo y la política populista. El centro de la preocupación última siguió siendo la nación y el estado. El argumento de una razón “universal” para expresar un orden jurídico real permaneció una cuestión teórica, o peor aún, una aspiración normativa de los teóricos.

Esta misma dinámica de apelar al derecho en ausencia de la voluntad de la comunidad ha sido visible en el micro-nivel de las disputas. La juridización de las disputas ha sido generalmente un signo del fracaso de la comunidad internacional por dar aplicación efectiva a los estándares jurídicos. Esta fue la temprana lección del litigio de Africa del Sur - Oeste en la Corte Internacional de Justicia y de los casos

del incidente de la aerolínea presentados por los Estados Unidos en los años 50.⁶ Este fué justamente el patrón de la respuesta internacional que culminaría con la creación, por parte del Consejo de Seguridad, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

Este Tribunal fue el producto de la frustración causada por el largo fracaso de la comunidad internacional en intervenir efectivamente, lo que habría significado intervenir militarmente, en Bosnia. Sin la voluntad real para hacer algo, la comunidad internacional acudió al derecho. El Tribunal no fue creado porque las normas jurídicas hubieran asumido de alguna forma una nueva importancia. Justamente lo contrario: los eventos en Bosnia violaban las normas básicas de los derechos humanos del “nuevo” orden internacional. Ningún estado o institución internacional estaba dispuesta a actuar en una forma que prometiera la protección de las víctimas del comportamiento prohibido. Lo mismo era cierto con respecto a la respuesta internacional al genocidio en Ruanda: la apelación al derecho marcó el fracaso de la comunidad internacional en la intervención para detener el genocidio. No es sorprendente que luego de haber permitido cientos de miles de asesinatos y luego la virtual total destrucción de la infraestructura de Timor del Este, la comunidad internacional esté hablando ahora de llevar a juicio a algunos de los militares indonesios.⁷

⁶Considérese también el esfuerzo de los Estados Unidos por dirigir la crisis de los rehenes en Irán hacia la CIJ. La CIJ era donde un estado iba cuando se había dado por vencido en la posibilidad de alcanzar la resolución de una disputa y quería mas bien dirigirse al espacio de lo simbólico.

⁷En verdad, el argumento puede aún extenderse al reciente esfuerzo de juzgar a Pinochet en una corte española por la violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos. La apelación al derecho representa el fracaso de la comunidad internacional en la protección, cuando era importante, de los derechos humanos de la población chilena.

En el contexto internacional, las cortes raramente señalan el triunfo de los derechos humanos. Más frecuéntemente, son signos del fracaso abismal en la aplicación real del derecho. Esta es solo una parte de un problema mas profundo: el derecho internacional, ni sustantiva ni institucionalmente, representa la voluntad de la comunidad. Mientras que el derecho internacional fue fundamentalmente un sistema de relaciones entre estados, este no fué un problema dramático. Hoy en tanto de manera creciente el derecho internacional pretende descansar sobre la base de los derechos humanos, este es un problema tremendo.

Una forma de explicar estos diversos problemas jurídicos es decir que la política nacional ha sido demasiado peligrosa para confiársela al derecho internacional. En vez de que el derecho internacional fuera un símbolo de unidad, ha sido un símbolo de desunión. Era sobre lo que las partes hablaban en ausencia de un acuerdo sobre un conjunto de valores de trasfondo que harían posible actuar. Era muy fácil acudir al derecho cuando nada se podía hacer. Por esta razón, “la pregunta ontológica,” ¿es el derecho internacional realmente derecho? pendió sobre todas las discusiones del derecho internacional a lo largo del periodo de la Guerra Fría. En tanto el derecho de los derechos humanos exista solo como un orden formal, por un lado, y un juicio ocasional *post-hoc*, por el otro, la pregunta ontológica seguirá presente.

Esta complicada relación entre el contenido formal del derecho internacional y los estados – nación que son objeto de su regulación hace que la segunda mitad del siglo XX sea una era difícil de caracterizar. Podemos hablar de ésta como una era de tremendo crecimiento del derecho de los derechos humanos, pero simultáneamente tenemos que reconocer que ésta es una era de gruesas violaciones de los derechos humanos. ¿Fué esta la era de la Convención contra el Genocidio o la era del Comportamiento Genocida?

Esta es una era en la que hemos prohibido la tortura y torturado cientos de miles, desde El Salvador hasta Ruanda. Prohibimos el uso de la fuerza y matamos millones en guerras incontables.

Fué una era que prometió limitar al estado a través del derecho internacional mas en ella se alcanzó una especie de apoteosis del estado en la adopción de políticas de destrucción mutua segura. El realista podría ser displicente frente al derecho internacional, mientras que el idealista podría describir todos los hechos recalcitrantes como una especie de acción de retaguardia por parte de las instituciones políticas pasadas de moda. El extraño carácter de este derecho fue visible en el hecho de que mientras más hablaba de materias de profundo significado normativo para los individuos y las comunidades, v.g. el uso de la fuerza y los derechos humanos, mas parecía carecer de la fuerza y el efecto de aquello que ordinariamente consideramos derecho. Ordinariamente esperamos una correspondencia justa entre las prácticas reales de una comunidad y su derecho. Esto no fue verdad con respecto a las mas importantes normas del derecho internacional. Ordinariamente, esperamos que las instituciones judiciales sean capaces de solucionar las disputas en tanto aún la parte perdedora comparte un compromiso con las normas que son confirmadas en cada decisión. Repito, frecuéntemente este acuerdo no se daba en el nivel internacional.

Las normas legales no son normas racionales justas, aún cuando ellas estén por encima de todas las otras normas morales que argumentan tener un fundamento racional. Los órdenes jurídicos exitosos impulsan las normas que la comunidad ve que ella misma ha escogido. Estas son normas en que ha

invertido su voluntad soberana. El estado de derecho depende de la existencia de una comunidad que se percibe a sí misma en y a través del derecho.⁸

El mantenimiento del derecho se convierte en una parte del proyecto histórico de la nación. En el derecho internacional, se ha fracasado en unir razón y voluntad en una comunidad particular. Sin la síntesis institucional, cada componente compite con el otro. Hoy, el consentimiento del estado compite con el *ius cogens*; no hace mucho tiempo, la competencia se daba entre el consentimiento y el derecho natural. En los dos casos, el derecho internacional se presenta como una especie de universalismo ahistórico opuesto a historias nacionales particulares.

Los regímenes jurídicos que reciben su legitimidad a través de la política democrática pueden tolerar una gran cantidad de discusión sobre la justicia de normas particulares. El argumento sobre los derechos, en estas comunidades, es un debate interno sobre un fondo común de creencias. Un régimen jurídico sin esta legitimidad puede tolerar muy poco desacuerdo. Si la razón no habla con una única voz, inmediatamente surgirá la sospecha de que no es de ninguna forma razón, y de que no hay otro fundamento de legitimidad sobre el cual apoyarse. Este es justamente el patrón de respuesta al derecho internacional: existe la sospecha de que habla en la voz de intereses nacionales particulares, de que descansa en el poder antes que en la razón. De manera predecible, el desafío teórico primario al derecho internacional de los

⁸En la historia política estadounidense, por ejemplo, este es el paso entre el argumento revolucionario de la Declaración de Independencia de que hay ciertas verdades auto-evidentes y el argumento de Lincoln de que estas mismas verdades son una herencia de los fundadores. Estas son ahora las verdades que encuentra la comunidad; no son más proposiciones morales que presentan un argumento universal, sino la representación de un proyecto histórico particular.

derechos humanos surge del argumento de que este no es expresión universal de la razón sino solo una concepción moral cristiano/occidental. El cargo de particularismo surge otra vez cuando se percibe que las decisiones de aplicar las normas formales son sesgadas.

Un lugar en el que vemos este problema es en la creciente descentralización de la aplicación de los estándares jurídicos internacionales. Algunas naciones han empezado a desplegar sus instituciones nacionales para aplicar normas internacionales, usando argumentos de jurisdicción universal. El caso Pinochet es un ejemplo excelente, pero también lo son las numerosas demandas civiles presentadas por extranjeros en contra de sus ofensores en los Estados Unidos, el juzgamiento belga de ruandeses, y aún más ampliamente, la acción de la OTAN en Kosovo. Este proceso de descentralización en ausencia de instituciones internacionales efectivas es un desarrollo extremadamente importante del periodo de la post-guerra fría. Sugiere que el derecho internacional puede ganar legitimidad democrática a través de su incorporación en el orden nacional del estado de derecho, aún en ausencia de una comunidad transnacional. Mas este proceso de aplicación descentralizada es tan vulnerable a los argumentos de arbitrariedad, de falta de responsabilidad, y de cooptación por parte de la política local que es difícil creer que pueda alcanzar a ser un sustituto efectivo para una comunidad internacional.

Claro, podemos imaginar un régimen global de representación gubernamental. Visionarios de imaginación limitada siempre han pensado en convertir a las Naciones Unidas en una especie de gobierno representativo. ¿Mas cuáles son las fuentes de significado para esta comunidad global? Tal vez estas podrían encontrarse en un compromiso con los derechos humanos o en un alguna forma de administración

del planeta, mas hoy no existe una comunidad política realmente organizada en torno a estos fines. Escribir mas derecho no va a crear a esta comunidad. La auto-identificación de una élite cosmopolita (ni siquiera si es de abogados) tampoco va a crear una comunidad política. Una cosa que hemos aprendido del colapso de los estados de Europa del este es qué poco tales élites cuentan entre las fuerzas capaces de constituir una nueva comunidad política: no hace mucho tiempo Yugoslavia era un lugar civilizado en el que gran parte de la élite se contaba dentro de esta comunidad cosmopolita.

La idea del estado - nación sigue siendo una forma política vibrante entre las comunidades recientemente politizadas. Es puesta a prueba entre los estados mas estables y satisfechos de occidente, precisamente aquellos que piensan que dominarán la nueva política global. Pero aún en estos estados, los mas importantes y peligrosos, la política mas relevante es la política de la nacionalidad. Las luchas políticas reales siguen siendo aquellas sobre el significado de la nación, su historia y su destino. La historia no terminó con la Guerra Fría. Simplemente tomó diferentes formas.

El fenómeno contemporáneo de la globalización jurídica tampoco debe ser confundido con la transformación fundamental de los límites de la comunidad política. La globalización representa el despojo de las funciones asumidas previamente por el estado - nación, y su delegación a las instituciones internacionales. Mientras los regímenes de comercio se globalizan, el estado - nación se encuentra a sí mismo incapaz de manejar el régimen económico del que ahora es solo una parte. Lo mismo se puede decir con respecto a los diversos aspectos de las áreas comunes globales: cada vez más caen dentro del lugar tradicional que ha tenido el mar, desde el medio ambiente hasta el espacio exterior. Pero la

delegación de funciones no es una calle de una sola vía que conduce a la disolución de la soberanía popular. La administración no es la política ni un sustituto para la política. Esto es particularmente cierto con respecto a la administración internacional.

Sin una comunidad transnacional, el problema seguirá siendo el de la relación entre el estado de derecho nacional y el orden jurídico internacional. La política de los estados - nación no se desarrolla más en una esfera claramente separada de las relaciones internacionales. El derecho nacional tampoco describe un conjunto de normas claramente separadas del derecho internacional. La descentralización de la aplicación jurídica internacional es solo un aspecto de esta refracción de las normas internacionales en el derecho y la política nacionales. Pero difícilmente hay un patrón de refracción. Aún entre aquellos estados que no rechazan el derecho y las instituciones internacionales, tenemos que distinguir entre tres patrones significativos en esta relación.

Primero, está aquel de los Estados Unidos, que mantiene un escepticismo extremo frente a la legitimidad de cualquier argumento jurídico que no represente a la soberanía popular. Segundo, está la perspectiva de Europa en que la creación de un derecho transnacional democráticamente legitimado es una empresa en desarrollo. Y tercero, está la perspectiva de muchos estados post-autoritarios, que ven en el derecho internacional un vehículo que puede ayudar a la materialización de un orden político democrático legítimo. Habiendo experimentado un autoritarismo nacional, estas comunidades frecuentemente desconfían de las capacidades de sus propios hábitos e instituciones políticas. Para ellos, el derecho

internacional no es una amenaza a la soberanía popular, sino una fuente de costreñimientos para las tendencias políticas nacionales ilegítimas.

Todas estas posiciones pueden estar de acuerdo con el rol de la razón en la constitución del derecho internacional. Sin embargo, están en desacuerdo sobre la manera en que el derecho internacional puede y debe relacionarse con el proyecto nacional de un estado de derecho democrático. El punto de vista de los Estados Unidos es que el derecho internacional puede a lo sumo ser un “complemento” del derecho constitucionalmente justificado de la nación, que representa la verdadera expresión de la soberanía popular. El punto de vista de las comunidades autoritarias es el opuesto, comprenden el derecho internacional como aquel que ofrece los límites de la razón a un orden político que puede de otra forma tender hacia lo ilegítimo. Finalmente, el punto de vista de Europa anticipa el desarrollo progresivo de un régimen transnacional de derecho, completamente apoyado por las cortes y las instituciones representativas. En verdad, el progreso en este camino está forzando una reconsideración del lugar del estado como la unidad política fundamental dentro de la Union Europea.

Considérese otra vez el juzgamiento de Pinochet. Para los estadounidenses éste indicó una amenaza política de intervención política ilegítima con la apariencia de derecho, un punto de vista al que se le da expresión visible en el rechazo a la propuesta de una Corte Penal Internacional. Para los europeos, fué simplemente una cuestión de interpretar los acuerdos internacionales que habían alcanzado un estado de normalización en las cortes nacionales. Y para los chilenos fue un momento importante en la recuperación y la confirmación de la política democrática.

No hay todavía una única forma correcta de entender el lugar y la función del derecho internacional. Permanecemos en un punto en el que las diferentes comunidades verán el derecho internacional dentro de los términos y condiciones de sus propias auto-concepciones políticas, concepciones que siguen siendo claramente nacionales. Temo que todavía somos una parte del largo siglo XX. No hemos todavía finalizado con la política de los estados – nación, aún cuando esta política crecientemente se desarrolle en un mundo interdependiente. Tenemos que ser cuidadosos de no confundir el sueño de la razón con un nuevo orden mundial. Si lo hacemos, podemos ser forzados a vivir otra vez la historia del viejo orden.