

La gobernación global y el Derecho Internacional Público¹

Martti Koskenniemi

Catedrático de Derecho Internacional Público

Universidad de Helsinki

SUMARIO: I. MINI-HISTORIA.— II. CRÍTICA A LA IDEA DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO UN INSTRUMENTO DE GOBERNACIÓN.

Nosotros los europeos modernos, ciudadanos de la Unión Europea, el paraíso, como los americanos irónicamente lo llaman, compartimos una intuición acerca de cómo el mundo —el mundo internacional— es y cómo será en el futuro. Pensamos que será cómo nosotros somos. Estamos familiarizados con nuestros gobiernos nacionales, nuestras relaciones de vecindad, la Comisión en Bruselas, el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Romano Prodi se nos presenta como un líder serio de una impresionante burocracia super-moderna. Todo esto resulta familiar, doméstico, domesticado. Y no necesitamos viajar lejos —sólo hay que cruzar una frontera— para llegar a Ginebra para encontrarnos con lo que parece un ambiente bastante similar: edificios de oficinas acristalados con sus denominaciones en las fachadas: WTO, WIPO (World Intellectual Property Organization), WHO (World Health Organization), UNHCR, Alto Comisionado para los Dere-

¹ Frankfurt, 9 de febrero de 2004. (KRITISCHE JUSTIZ, 2004). Traducción del inglés —“Global Governance and Public International Law”— de FERNANDO FALCÓN Y TELLA, Doctor en Derecho y Profesor Ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

chos Humanos, edificios de las Naciones Unidas, Palais des Nations.

Por eso, cuando en Ginebra o en Nueva York, las dos grandes ciudades del Derecho internacional público, nosotros los europeos interpretamos esa arquitectura y esas siglas a la luz de nuestra experiencia, los gobiernos nacionales gobiernan en casa; la Comisión en Europa y las Naciones Unidas en el mundo. La fragilidad del gobierno disminuye quizás cuando pasamos de lo interno o doméstico a lo global. Pero en cada nivel —el nacional, europeo, internacional— existe un derecho a través del cual los asuntos públicos son gestionados y se otorga seguridad y predictibilidad a las sociedades respectivas. En La Haya, también un *Palais des Nations* alberga al Tribunal Internacional de Justicia, plagado de simbolismo arquitectónico que denota el derecho internacional como el derecho que rige la comunidad internacional, hoy también acompañado de la Corte Penal Internacional, que por fin pone coto a los escándalos de impunidad: nadie, sea cual sea su capacidad, debería disfrutar de impunidad por los crímenes que cometiese.

El internacional, nosotros los europeos hemos aprendido a pensar, no es sino otro ordenamiento algo más grande que el interno, quizás más complejo, pero no existe diferencia cualitativa entre él y los ordenamientos nacionales. No existe razón alguna por la que el *Rule of Law* —principio de legalidad o imperio de la ley— no deba ser aplicado en ambos: si uno de los aspectos de la legitimidad del ámbito nacional es que está regulado por el derecho, es igualmente importante para la legitimidad del ámbito internacional que sea de ese modo gestionado. Existen tres diferentes versiones europeas de este punto de vista.

Tras la Revolución Francesa, Immanuel Kant, en su *Zum ewigen Frieden*, dibujó la estructura de una federación cosmopolita, la sociedad internacional como una sociedad de estados democráticos bajo el imperio de la ley, de individuos como los últimos sujetos destinatarios de un orden global único. Esto derivaba de su *Idea de historia universal con un fin cosmopolita*, que apareció unos años an-

tes. Esta federación estaba proyectada como un estadio necesario en el desarrollo de las sociedades humanas. Esta es la descripción narrativa, según muchos de nosotros creemos, aunque sea difícil defender por qué lo hacemos. En su lugar es más fácil a menudo adoptar el lenguaje de la historia técnico-económica: la interdependencia, como Auguste Comte y Durkheim profetizaron, convertirá un sistema premoderno de soberanía en un único mundo racional orgánico, administrado por expertos técnicos.

Estas dos tradiciones proveen un fondo para la tradición europea en su quinta esencia y su manera de leer el derecho internacional público como este derecho de la nación estado, e instrumento de gobierno de una sociedad mundial única: los tratados internacionales como la legislación —después de todo durante 20 años, entre 1975 y 1995, se adoptaron más de 1.600—². Los tribunales internacionales como un poder judicial independiente proliferaron, los tribunales de La Haya —¿quién recuerda cuántos de ellos hay hoy en día? El Tribunal LOS de Hamburgo, el Tribunal de Apelación de la WTO en Ginebra, etc.—. Por eso seguramente el de Naciones Unidas es visto o debería serlo como el gobierno del mundo. Hoy en día esta tradición se plasma claramente en el debate —especialmente en Alemania— sobre el imperio de la ley en la alta política: la Carta de Naciones Unidas no como una ley de la diplomacia, sino como una constitución de la humanidad.

* * * * *

En nuestros días, sin embargo, la idea de que el mundo puede —o debería— ser gobernado a través de un único derecho internacional como los sistemas internos se ve amenazada por tres acontecimientos. A uno de ellos lo llamo, siguiendo a Max Weber, la *deformalización*, la creciente gestión de los asuntos mundiales a través de redes flexibles e informales, no territoriales, a través de las cuales las decisiones se pueden tomar rápida y efectivamente.

² CHARLOTTE KU, p. 4.

Pensemos en el G7 o el G8, el foro económico mundial de Davos, la cooperación entre grandes corporaciones transnacionales, instituciones financieras y comerciales y ramas de los gobiernos. El comercio internacional no está regulado por el derecho internacional, sino por la *lex mercatoria* y el arbitraje privado internacional en la solución de las disputas públicas; la globalización invoca no el gobierno, sino la gobernación, un proceso espontáneo empujado por intereses y actores privados de un modo completamente pragmático.

La segunda amenaza para la visión tradicional deriva de lo que los abogados internacionalistas llaman “fragmentación”, la creciente división de la regulación internacional en ramas especializadas, referentes a intereses especiales y gestionadas por expertos técnicos especialistas en esas áreas. En vez de un derecho internacional único tenemos hoy en día un derecho de los derechos humanos, un derecho medioambiental, un derecho del comercio internacional, un derecho penal internacional, y así sucesivamente, sin ningún ethos uniformizador. Los legisladores medioambientales deciden sobre las sanciones internacionales contra los estados que violan los acuerdos sobre medio ambiente, mientras que la Organización Mundial del Comercio condena esto como proteccionismo. La ICJ condena la intervención extranjera en guerras civiles, mientras que el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia usa un estándar diferente. La impunidad aquí, la responsabilidad allí. En las Facultades de derecho americanas, lo que se solía enseñar como derecho internacional público se divide ahora en derecho de los derechos humanos, transacciones comerciales internacionales, derecho y seguridad, etcétera. Los diversos ministros de los estados están coordinados por un gobierno responsable ante un Parlamento. En la esfera internacional tal coordinación no existe. La legislación es legislación para intereses especiales y los conflictos normativos sin resolver son una ocurrencia banal.

La deformalización, la fragmentación y, en tercer lugar, el Imperio. Estamos ante una asombrosa desvinculación

de América del derecho. En el control armamentista, el *Treaty on Anti-Ballistic Missiles* (ABM) fue reemplazado por un marco bilateral negociado con Rusia³. Los Estados Unidos se negaron a ratificar la Convención Contra las Minas Antipersonales (convención de Ottawa) y el *Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty* (CTBT), pese a haber sido el iniciador de ambos. Rechazó la *Biological and Toxin Weapons Convention* (BWC) en 2001 así como el régimen de inspecciones de la *Chemical Weapons Convention* (CWC) como demasiado intrusivos para las industrias americanas. La conferencia de desarme en Ginebra se ha convertido en lo que fue 70 años antes. Medió ambiente. Los Estados Unidos no ratificaron el protocolo de Kyoto ni fueron parte del Convenio de diversidad biológica de 1992 o su protocolo adicional de bioseguridad, o la *Basel Convention on Hazardous Waste*.

Los Estados Unidos nunca se adhirieron a la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar que llevó ocho años negociar, ni siquiera después de que se enmendasen las medidas tomadas sobre la distribución de rentas de actividades marítimas tras la adopción de la Convención de 1994. Y ha rechazado la mayoría de los tratados sobre derechos humanos y todos los mecanismos de supervisión, incluida la Convención de derechos del niño de 1989 (189 partes). Después de una serie de juicios del cuerpo de resolución de conflictos de la WTO contra los Estados Unidos, ha comenzado ahora un debate sobre la conveniencia de la retirada de ese organismo.

Algunos aspectos de estas cuestiones han recibido mucha publicidad. Desde luego el agujero jurídico negro de Guantánamo. En dos años consecutivos, los Estados Unidos lograron adoptar decisiones en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que impedían a los soldados americanos que tomaron parte en misiones de paz de Naciones Unidas rendir cuentas ante la Corte Penal Internacional;

³ NICO KRISCH, "Weak as Constraint, Strong as Tool: The Place of International Law in US Foreign Policy", en D. MALONE (ed.), *Unilateralism and US Foreign Policy. International Perspectives* (2003), p. 49.

el Consejo cedió después de que los Estados Unidos amenazaron con impedir la renovación de las operaciones humanitarias en Bosnia-Herzegovina⁴. Y todos conocemos lo que la doctrina de la huelga preventiva amenaza con hacer con la ley de seguridad colectiva. Permítaseme citar lo que el abogado internacionalista del régimen Michael Glennon escribió en *Foreign Affairs* el verano pasado:

“Con la dramática ruptura del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas resultó claro que el gran intento de sujetar el uso de la fuerza al imperio de la ley había fallado... «Legal» e «ilegal» habían dejado de ser términos con sentido en lo que se refiere al uso de la fuerza”⁵.

En Subsecretario para Asuntos de Desarme de la Administración Bush, John Bolton, preguntó a su auditorio hace algunos años “¿deberíamos tomarnos la gobernación global en serio?”, siguió enumerando algunos de los sospechosos usuales —Corte penal internacional, Tribunal internacional de justicia, minas terrestres, actividad de las ONGs en materia de derechos humanos, comercio y medio ambiente— y respondió: “Lamentablemente... sí” —debemos luchar contra ellos—. Para él la globalización “representa una especie de cartelización de los gobiernos y los intereses de grupo a escala mundial”, algo que los Estados Unidos deben combatir con todas sus fuerzas: “Lejos están los tiempos en los que los eslóganes globalizadores podían ser permitidos. Los costos para los Estados Unidos... son demasiado grandes, y el entendimiento actual de dichos costos demasiado limitado para aceptarlo”⁶. Los conservadores no se quedan solos aquí. El profesor liberal de Harvard Michael Ignatieff ha llamado recientemente a los Estados Unidos a afrontar sus responsabilidades y pasar del

⁴ Para esta historia, ver MARC SÉLLER, “Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court”, 78 *International Affairs* (2002), pp. 693-712.

⁵ MICHAEL J. GLENNON, “Why the Security Council Failed”, *Foreign Affairs*, mayo/junio 2003.

⁶ JOHN R. BOLTON, “Should we Take Global Governance Seriously?”, 1 *Chicago Journal of International Law* (2000), p. 221.

imperialismo a un gobierno plenamente hegemónico de los asuntos mundiales. Si el gobierno mundial es una necesidad, ¿por qué no puede tener lugar desde Washington?

Estos tres desarrollos —deformalización, fragmentación e imperio— amenazan la idea europea de que el mundo se mueve hacia el imperio de la ley. Entre muchos otros, Jürgen Habermas ha insistido en que la legitimidad de la constelación postnacional requiere algo equivalente internacional y funcionalmente al estado administrativo para interactuar con los derechos individuales por un lado, y un ámbito social cosmopolita por otro. Para él, y otros, sólo así las condiciones de la democracia se crearían a nivel internacional.

¿Puede el derecho internacional público ser usado como gobierno del mundo? Yo soy escéptico al respecto. Pero antes de subrayar lo que considero como el papel positivo del derecho internacional, permítaseme primero señalar brevemente cuál es la tradición del derecho internacional público y donde se encuentra hoy en día. Quiero tomarme en serio el grito posmoderno: “¡hacer historia, siempre hacer historia!”. Ni los argumentos filosóficos ni los técnico-económicos capturan la esencia del derecho internacional público como la tradición histórica. Después de una mini-historia del derecho internacional, me gustaría manifestar mis dudas sobre el papel del derecho internacional como instrumento de gobernación internacional. Terminaré subrayando cómo podríamos pensar el derecho internacional como algo más que un instrumento de gobernación.

I. MINI-HISTORIA

Los primeros tratamientos modernos que conocemos del derecho internacional fueron realizados por expertos en derecho público alemanes después de la Revolución Francesa y de las guerras revolucionarias. En libros que escribieron en francés y alemán, Georg Friedrich von Martens de Göttingen y Johann Klüber de Heidelberg articularon los principios de un acuerdo posnapoleónico en tér-

minos de un *Droit public de l'Europe*, un derecho puramente procedimental que consistía en un complejo de reglas de coordinación de las actividades de los soberanos europeos. El mismo versaba sobre cómo se concluyen los tratados, el orden de prelación monárquico, cómo se adquiriría el territorio, como se declaraba la guerra. Construido sobre los derechos absolutos de los soberanos europeos, de hecho, surgió como una defensa del absolutismo sin idea alguna sobre la administración de un ámbito internacional independiente.

Sólo a finales del siglo —después de la Guerra Franco-prusiana— una generación de internacionalistas liberales comenzaron a invocar un nuevo derecho internacional que sería responsable de las transformaciones internas en las sociedades europeas: democracia, liberalismo, modernidad. El derecho internacional público necesitaba ser distinguido de la mera coordinación de la diplomacia como expresión del progreso de las sociedades europeas. La primera revista profesional de derecho internacional apareció en 1869 y contenía un manifiesto. Lo que el derecho internacional debía tratar de alcanzar:

“Respecto al estatus personal, la abolición no sólo de la esclavitud sino también de la servidumbre; en asuntos civiles la libertad de establecimiento; en asuntos penales la creación de una relación más justa entre el crimen y el castigo y la aplicación de la pena en interés del delincuente así como en el de la sociedad; la supresión de la criminalización de la usura, y de las corporaciones privilegiadas, la liberalización del valor del oro y la plata, y la libertad de asociación...”⁷.

En otras palabras el derecho internacional no se limitaba a coordinar las actividades de Reyes y diplomáticos. Tendría una agenda política, que coincidiría con la agenda liberal. Esto fue llevado más lejos con el establecimiento de las primeras instituciones internacionales —las llamadas uniones internacionales, la UPU, la ITU— en la década de

⁷ GUSTAVE ROLIN-JAEQUEMYSNS, “De l'étude de la législation comparée et de droit international”, (1869) 1 *RDI*, p. 11.

1870, y de las primeras cátedras de la disciplina en las universidades. La primera persona que articuló estas ideas para los estudiantes fue el alemán-báltico Frederic von Martens, que tituló el volumen II de su manual de 1888 “derecho administrativo internacional” —para cubrir los varios tratados de cooperación económica, tecnológica y científica del período—. Fue escrito en la línea de *La vuelta al mundo en 80 días* de Julio Verne —publicado en el mismo año que la primera organización profesional de juristas internacionales: el *Institut de droit international* (1873).

Después de la Primera Guerra Mundial, los juristas internacionalistas volvieron su atención a las instituciones internacionales, especialmente la Liga de las Naciones. El convenio de la liga fue interpretado no como otro tratado, sino como una “Constitución” —por muy extraño que pudiera parecer a los diplomáticos de Versalles que lo negociaron—. Un profesor francés, un socialista y un “solidarista”, Georges Scelle en la década de 1930 articularon el derecho internacional en términos de un derecho interno de ámbito internacional: en una teoría cosmopolita de *dédoublement fonctionnelle* los gobiernos nacionales se convirtieron en administradores regionales de un derecho universal, basado en la solidaridad natural humana. A través del lenguaje del formalismo legal, lo mismo fue articulado por Hans Kelsen en Austria, y Walther Schücking y Hans Wehberg en Alemania.

El jurista suizo Max Hüber había sido un delegado suizo en la Segunda Conferencia de La Haya en 1907 y quedó totalmente desilusionado por el egoísmo tremendo de las delegaciones allí. Para él, la soberanía y el concepto de estado eran sólo residuos atávicos de tiempo premodernos. En su *Die soziologische Grundlagen des Völkerrechts* Hüber adoptó algo parecido a la doctrina de Durkheim de la interdependencia internacional. Aunque los estados fueran diferentes y tuvieran intereses distintos, se necesitaban unos a otros y estaban unidos entre sí por las propias leyes de la modernidad. Es realmente sorprendente lo lejos que llegó su confianza en el derecho internacional. Aquí se sitúa uno de los abogados internacionalistas más

importantes, Hersch Lauterpacht, hablando en Chatman House en Londres en 1941, mientras las bombas caían en Coventry y su familia era empujada al Ghetto de Lwow, en Polonia:

“La falta de unidad del mundo moderno es un hecho; pero también lo es, verdaderamente, su unidad. La esencial solidaridad, a la par que la necesidad de garantizar el imperio de la ley y la eliminación de la guerra, constituyen una armonía de intereses que tiene una base más real y tangible de las ilusiones de sentimentalismo o hipocresía de aquellos que se consideran satisfechos con el *status quo*. La armonía última de intereses de dentro del estado encuentra su expresión en la eliminación de la violencia privada no en una invención engañosa del liberalismo del siglo XIX”⁸.

Después de la nueva guerra muchos sintieron que aunque la política de la Liga había fallado, no así sus actividades funcionales. Se convirtieron en las Agencias Especializadas de Naciones Unidas cuyas fachadas podemos hoy admirar en Ginebra. En la década de 1960 los abogados internacionalistas distinguieron entre el viejo derecho internacional de coordinación, todavía vivo en el antagonismo de la Guerra Fría, y el nuevo derecho de “cooperación” en lo económico, social y tecnológico, así como en materia de derechos humanos. Que esto proviniese del lenguaje de Naciones Unidas deriva del predominio de los estados desarrollados por un lado, y de la parálisis del Consejo de Seguridad por otro. En la década de 1970 la UNCTAD —*UN Conference on Trade and Development*— adoptó la noción de gobernación en el sentido de ayuda al Tercer Mundo en desarrollo. Floreció un espíritu social-demócrata y regulador. Y, sin embargo, el desarrollo del derecho —y del proyecto kantiano— parecía obstaculizado por la Guerra Fría.

Y entonces todo comenzó a cambiar. Recuerdo las propuestas del período de la Perestroika de la Unión Soviética-

⁸ HERSCH LAUTERPACHT, “The Reality of the Law of Nations”, *Collected Papers* 2, p. 26.

ca —hechas a menudo al más alto nivel— en Naciones Unidas para el desarrollo del imperio de la ley en el mundo internacional. Y después de 1989 repentinamente el Consejo de Seguridad despertó. Primero Irak, después Somalia, Libia, Angola, Haití, la antigua Yugoslavia, etc. Los abogados internacionalistas pidieron que “por fin” funcionara como decía la Carta. En un momento de euforia en 1992, el propio Consejo declaró que tenía competencia para tratar no sólo los aspectos militares, sino también los económicos, humanitarios e incluso las crisis ecológicas. Se aplicaron sanciones contra muchos países —algo que muchos vieron, errónea pero comprensiblemente, como una búsqueda de coercitividad contra los infractores de la ley—.

Muchas otras cosas comenzaron a suceder. Las Naciones Unidas organizaron una serie de conferencias mundiales sin precedentes sobre medio ambiente (Río, 1992), derechos humanos (Viena, 1993), Mujeres (Beijing, 1995), Cumbre Social Mundial en 1996, y “Human Settlement” en 1997 —cada una con un número mayor de delegaciones, especialmente de delegaciones de ONGs, y de páginas de los documentos resultantes—. Esto fue una verdadera mentalidad de gobierno: un gobierno mundial a través de conferencias mundiales que adoptasen estándares universales. Culminó con el establecimiento de la WTO en 1995 con, sobre todo, un mecanismo de resolución de disputas —una constitución para el derecho del comercio internacional—. Y las pilas de informes de los estados partes en las oficinas de los cuerpos de elaboración de tratados sobre derechos humanos aumentaron, y lo mismo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y en su homólogo Inter-Americano.

Y, sin embargo, existía cierta dificultad sobre si esto sugería la existencia de una gobernación internacional a través del derecho internacional. Yo recuerdo que cuando leí la invitación a la Conferencia de Naciones Unidas sobre derecho internacional de 1995 en Nueva York, para conmemorar el 50 aniversario de Naciones Unidas, bajo el nombre “el derecho internacional como nuestro lenguaje

común” (un Esperanto global), la carta explicaba con detalle que los participantes invitados deberían financiarse el viaje por sí mismos. Algo fallaba.

Toda esta actividad fue precisamente paralela a los tres desarrollos que señalé más arriba: deformalización, fragmentación e imperio. El Consejo de Seguridad no respaldó el imperio de la ley. Al contrario. Permanecía tan selectivo como siempre a la vez que la administración de sus sanciones hace surgir hoy en día significativos problemas de legalidad. Las Conferencias Mundiales no crearon derecho: y sus listas de deseos permanecen hoy ampliamente incumplidas, y la Declaración del Milenio de Naciones Unidas de 2000 dejó claro que las prioridades internacionales habían cambiado. Y los abogados debaten si el cuerpo de apelación de la WTO está capacitado para usar un derecho distinto del propio de la WTO en sus juicios.

En 2001 entré a formar parte de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Durante la campaña electoral visité en otoño de 2000 algunas agencias de Naciones Unidas en Ginebra: el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Alto Comisionado para los Refugiados y la ICRC. En cada uno pregunte: “¿qué puede la Comisión hacer por tí?”. En cada caso la respuesta era predecible y cristalina: “nada”. “Mantenerse al margen de este ámbito, por favor”. Así que el derecho internacional público no podía aportar nada a los derechos humanos, los refugiados, o las víctimas de conflictos armados. Sería mucho mejor que esas tres organizaciones se encargaran de esos problemas. Supongo que no se equivocaban. Es difícil ver cómo los abogados-diplomáticos de la Comisión podrían haber mejorado en algo dichas organizaciones, dedicadas durante décadas a la causa de los derechos humanos, a la lucha por los refugiados o a las víctimas de los conflictos armados. Si me hubiese presentado en la WTO, la respuesta hubiese sido la misma, sin duda, pero ya sabía de antemano que esto era irrelevante.

Por tanto, lo que ocurrió en los años noventa fue que existió una discrepancia fundamental entre la ética de la

gobernación y el derecho internacional público. El último parecía siempre bastante obstaculizador de la acción correcta, al establecer estándares demasiado estrictos o demasiado relajados, o hacer los estándares inadecuados para la última tecnología, para la última necesidad. 1989 supuso un cambio fundamental en el sentido de que abrió la puerta a la ética de la gobernación: finalmente podemos hacer cosas, nadie nos amenaza ya con armas nucleares. Esa ética de la gobernación, sin embargo, chocaba siempre frontalmente con un derecho que era demasiado formalista y pasado de moda.

Y permítaseme ser claro: era la gente buena la que pensaba esto. La que sentía que, bien, si el derecho no nos permite hacer lo que resulta correcto, tanto peor entonces para el derecho. Esto resultó claro en la crisis de Kosovo.

Ahora las reglas sobre el uso de la fuerza son seguramente las menos discutidas en el derecho internacional. Y, sin embargo, en la primavera de 1999 muchos de nosotros, y aquí me incluyo a mí mismo, clamamos por su violación: los bombardeos de Serbia eran “ilegales pero necesarios”. “Ilegales pero necesarios” —las dos partes de esta frase no tenían el mismo peso: la ley ocupaba un lugar secundario respecto a la necesidad política—. Y sabemos por qué. Porque este argumento emergía de un marco mental de gobernación. Podríamos dejar la ley de lado si pensábamos en ella únicamente como un instrumento de gobernación, como un medio para obtener resultados útiles. Si la ley no nos ayuda a conseguir esos resultados o, lo que es peor, los impide, entonces desde luego no existe razón alguna para aplicarla. Las normas legales sobre el uso de la fuerza, la soberanía o la no intervención, por ejemplo, no son mitos sagrados. No nos han sido dadas en un Monte Sinaí. Las veneramos en la medida en la que permiten a la gente regular sus vidas, por ejemplo. Y si el pueblo ha sido tomado rehén por un tirano, entonces en honor a dichas reglas —a su mera forma— deberemos luchar contra la esclavitud que ellas trataban de impedir. Seguramente ese objetivo es más digno de ser observado que la mera forma de dichas reglas.

Lo mismo ocurre con el derecho internacional en su conjunto. Seguimos la obligación de reducción de la emisión de clorofluorcarbono (CFS) a tenor del artículo 2 del Protocolo de Montreal de 1987 sobre protección de la capa de ozono porque asumimos que eso supondrá reducir la destrucción de dicha capa y el cáncer de piel. Pero, ¿qué ocurriría si se demostrase que la destrucción del ozono o el cáncer de piel no tienen que ver nada con la emisión de CFS? Entonces inmediatamente miraríamos a los objetivos de dichas leyes y trataríamos de inaplicarlas. ¿Quién querría cerrar una productiva fábrica de refrigeración y dejar sin empleo a sus trabajadores, simplemente porque una oscura regla internacional lo diga? La Unión Europea continuará manteniendo su amonestación a las importaciones de carne con hormonas pese a lo que diga la WTO. Y así debería ser.

En otras palabras, la mentalidad de la gobernación no reconoce valor alguno por sí misma a la pura forma de la ley. Después de todo, el derecho internacional no es más que un conjunto de compromisos diplomáticos adoptados bajo dudosas circunstancias con dudosos objetivos. Lo empleamos si consigue fines válidos. Y si no, bien, entonces tanto peor para él.

Aquí es donde quiebra la analogía europea con las sociedades nacionales. En casa, el derecho se inmiscuye ordenándonos conductas rutinariamente en nuestra vida social. Una regla es una regla: ¡Cállate y obedece! El conductor debe detenerse ante un semáforo en rojo en una clara mañana de domingo en la que no hay ningún coche a la vista. Es así porque no queremos alentar a los conductores a que piensen por sí mismos. Los beneficios de la obediencia abstracta a la regla valen mucho más que el pequeño inconveniente de esperar hasta que el semáforo se ponga verde. Quizás en uno de los mil y un casos en los que la regla es aplicada, algún beneficio real resulta de ello: un peatón con un abrigo oscuro se salva, después de todo.

Nada de esto funciona en el ámbito internacional, donde los casos de aplicación de la ley son escasos, y los beneficios de la obediencia abstracta a la ley oscuros en compa-

ración con los beneficios a corto plazo de actuar de manera decisiva *ahora*. Dios sabe que los internacionalistas han tratado de razonar de otro modo. Han sugerido que el propio interés podría vincular a los estados a la ley —bien, eso puede ser cierto si el estado ve ese propio interés— pero en tal caso, desde luego, no se necesitaría ley alguna. También han sugerido que el derecho internacional es un medio útil de comunicación —eso puede ser cierto, pero no hay razón alguna para no violarlo si entran en juego otros valores además del intercambio diplomático—. Puede ser cierto que el derecho internacional es indispensable para dotar de un marco en el que alcanzar los intereses estatales —pero esta explicación histórica mira hacia atrás y nos deja perplejos si pensamos que pudiese influir para no hacer algo que parece bueno ahora—.

Para la mentalidad de la gobernación el derecho es tanto un puente como un muro. Es un puente para lograr buenos propósitos. Pero es también un muro porque puede frustrar algunos de estos propósitos. Para un agente poderoso, en posesión de muchas posibilidades de gestión alternativas —el agente que ve en el derecho internacional un instrumento de gobernación— la ley como puente es irrelevante en la medida en que los objetivos se pueden conseguir de otros modos, y como muro es decididamente contraproducente. Esto es lo que resulta evidente en la deformalización, la fragmentación y, sobre todo, en el imperio.

II. CRÍTICA A LA IDEA DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO UN INSTRUMENTO DE GOBERNACIÓN

Examinar el derecho internacional a través del prisma de la gobernación crea una predisposición consistente a favor de los intereses bien representados en las instituciones y agentes internacionales con suficientes recursos para llevar a cabo una política elegida como la mejor. Es el prisma a través del cual el teórico conservador e internacionalista Erich Kaufmann en 1911 caracterizó la ley aplicable al Imperio alemán: “quién puede, está autorizado

también”. Para el experto técnico, el interés especial y el imperativo de la forma de la ley es sólo un medio hacia el logro de buenos objetivos; si se conocen tales objetivos y son alcanzables, la forma de la ley no supone valor añadido alguno. Por el contrario, la insistencia en el aspecto formal será siempre obstaculizadora; predominio del mito sobre la razón.

Porque yo sugiero que la mentalidad de la gobernación es en sí misma una forma mítica de pensar, una idea de que *detrás* de la forma de la ley —accesible a todos nosotros— existe una huella de un mundo mejor —un mundo de libertad, democracia, buena gobernación, economías de mercado—. No existe tal huella. El derecho refleja compromisos legislativos, es limitado por consideraciones conflictivas. No hay duda de que el artículo 2 (4) de la Carta de Naciones Unidas busca la “paz”. Pero resulta igualmente claro que la “paz” no puede significar lo que parece querer decir. No puede significar, por ejemplo, que nadie pueda tomar nunca las armas: la Carta de Naciones Unidas permite la legítima defensa y la acción bajo el Consejo de Seguridad. Es tanto pacifista como militante al mismo tiempo y recibió aceptación por serlo. El Convenio Europeo de Derechos Humanos busca proteger los derechos individuales a la libertad y a la seguridad. Pero la libertad de una persona entra en conflicto con la seguridad de otra. La voluntad de los redactores es el lenguaje del texto. Más allá de eso, sólo existen especulaciones acerca de lo que podría ser una manera buena, realista y razonable de aplicarlo.

La mentalidad de la gobernación descansa en un mito de pleno entendimiento, destino manifiesto, un mito mesiánico en un mañana mejor, el mito heroico: ¡podemos hacerlo! Este mito perpetuó la dominación colonial, condujo a Stalin a la colectivización, motivó el Khmer Rouge y el Interahamwe, el sueño de una gran Serbia. *No se puede hacer una tortilla sin romper los huevos*. El mito de la gobernación sacrifica el hoy por un mañana mejor, un mañana mejor que nunca llega. Quizás Irak llegue a ser democrático y libre. Pero hoy por hoy, la situación es penosa.

Puede que el libre comercio vaya a traer prosperidad a África mañana. Pero hoy los africanos deben sufrir.

La mentalidad de la gobernación propone un nuevo vocabulario para reemplazar la anticuada jerga legal: globalización, ética, democracia, buena gobernación, mercado. Se trata de palabras cuyos significados puede controlar gracias a su posición preponderante en las instituciones deformalizadas, fragmentadas o imperiales. Para preguntarse por el sentido de tales palabras habría que preguntarse por lo que revelan y por lo que ocultan. ¿Atrajeron, por ejemplo, la atención sobre el hecho de que, de acuerdo con un reciente informe del UNDP, la riqueza conjunta de las 200 familias más pudientes del planeta es ocho veces mayor que la de 528 millones de personas en los países menos desarrollados? ¿De que más de 6 millones de niños menores de 5 años mueren anualmente de malnutrición por causas que podrían ser económica y tecnológicamente evitadas? La mentalidad de la gobernación sostiene la política de aquéllos que se encuentran en una posición prevalente en las instituciones de gobierno. ¿Pero qué aporta eso a los movimientos sociales del Tercer Mundo que tratan de impedir la construcción de una presa como parte de un proyecto de desarrollo financiado por los expertos de una organización de desarrollo regional junto con los del Banco mundial?

La mentalidad de la gobernación mira más allá de la ley formal para adentrarse en los propósitos de la ley. ¿Pero qué ocurre si no existe acuerdo sobre esos propósitos? Como Max Weber sabía, la deformalización del derecho implica trasladar el poder decisorio del legislador al burócrata: privilegia los propósitos del gobernante sobre los del legislador. Lo mismo pasa con la fragmentación y el imperio. La división de la regulación internacional en ramas funcionalmente delimitadas transfiere poder a las posiciones de los expertos técnicos en los cuerpos especializados que administran dichas ramas. El imperio es una buena idea si asumimos que el emperador es bueno y conoce la verdad. Pero entonces, tras una mala noche, incluso un emperador iluminado puede hacer azotar a sus siervos.

¿Pero es posible defender el derecho internacional sin tener que aceptar la mentalidad de la gobernación? Yo creo que sí. Ello implica tomar en serio la forma vacía de la ley como una *superficie* sobre la que los grupos sociales pueden hacer escuchar sus pretensiones en términos universales y pretender que se puede contar con aquéllos que se encuentran en posición de supremacía en las decisiones que toman. Me explico. Términos de la Carta de Naciones Unidas tales como soberanía, autodeterminación, derechos humanos y no intervención no tienen en sí propósitos auto-evidentes. Significan lo que “nosotros” queremos que signifiquen. Pero lo que alcanzan, con independencia de lo que queramos que signifiquen, es que permiten formular nuestros (particulares) agravios en términos sociales. Las violaciones privadas aparecen no sólo como algo que me ocurrió *a mí*, sino como algo que le pasó a todos los que estaban como yo. Reclamar un derecho es diferente a reclamar un beneficio o a apelar a la caridad. Es invocar lo que es aplicable a todos, contra la violencia de un acto administrativo particular. Poder decir que un determinado acto es una “agresión” o que la ofensa que se sufre es una “violación de los derechos humanos” es trasladar la ofensa del plano privado al de la violación pública del derecho, de implicación no sólo para la víctima, sino también para la comunidad. Como la doctrina formalista alemana conoce bien, el derecho construye la comunidad, la *Rechtsgemeinschaft*. Al describir a los individuos y los grupos como demandantes de derechos o beneficiarios de su titularidad, los sitúa como miembros del orden público, ante los que son responsables otros miembros e instituciones poderosas de ese orden.

En otras palabras, el derecho internacional no se refiere sólo a gobernar las cosas. También se refiere a proteger a grupos vulnerables cuyos intereses no están bien representados en los órganos de gobierno. Permite a esos grupos articular sus pretensiones no como pretensiones de algunos intereses especiales, sino como los intereses de la sociedad (internacional) en su conjunto. Esto, creo, se ve en la cara utópica, de aspiraciones del derecho, que se ex-

presa en nociones generales como “paz”, “soberanía”, *jus cogens*, inmunidad de los no combatientes y así sucesivamente —expresiones que en innumerables textos legales apelan a la solidaridad dentro de la comunidad—. Porque no existe acuerdo alguno sobre lo que dichas expresiones significan, la virtud de la ley no puede residir en tales significados. Más que en lo que dice, la virtud de la ley reside en cómo lo dice. Como la superficie plana, vacía de contenido, de la ley, el derecho expresa el principio universalista de inclusión como lo más destacado. “Sólo un régimen de reglas no instrumentales, entendido como independiente de las particulares creencias o propósitos, es compatible con la libertad de sus sujetos para ser diferentes”⁹. La mentalidad de la gobernación que siempre mira a las intenciones de las reglas crea una estructura jerárquica que se basa en esto: o estás con nosotros, o contra nosotros. Por el contrario, la *pura forma de la ley* une lo particular con lo universal, mi pretensión se convierte en la de cualquiera que se encontrase en *mi situación*. Mi pretensión invoca también a mi oponente, al que actúa mal, como parte de lo universal que el ordenamiento jurídico representa. Es por eso por lo que Guantánamo es tan chocante: la plenitud de la exclusión que representa la reconocemos como tal precisamente porque crea una laguna legal.

* * * * *

Permítaseme acabar con una historia. El pasado junio quizás 5 millas hacia el interior del centro de la ciudad de Recife, en Brasil, en un cierto muro rosa, leí un texto en portugués que decía “No a la guerra ilegal de Bush”. ¿Por qué estaba eso allí? Los habitantes del lugar no se veían en absoluto afectados por las actividades militares de un puñado de países occidentales en Oriente Próximo. En realidad, los habitantes de este barrio suburbano de una gran ciudad Sudamericana deberían estar preocupados

⁹ FERRY NARDIN, “Legal Positivism as a Theory of International Society”, en MAPEL-NARDIN, *International Society. Diverse Ethical Perspectives* (Princeton, 1998), p. 31.

por muchas otras cosas —pobreza enorme y endémica, tremendas diferencias de riqueza económica, violencia doméstica, etc.—. Y, sin embargo, no sólo en un muro en concreto, sino en innumerables pintadas por toda la ciudad se condenaba la guerra llevada a cabo por “Bush” de manera clara y no sólo como “errónea”, sino como “ilegal”. Pero este fenómeno no formaba parte de la idiosincrasia de Brasil. En la ciudad de Helsinki, en la que vivo, en la farola más cercana a la puerta de mi apartamento en la calle donde habito existía un cartel que declaraba la guerra contra Irak como “ilegal”. Y en Ginebra, donde asistía a la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas la semana después de dejar Recife hubo una enorme manifestación para protestar contra la reunión del “G8”. Gran parte de los manifestantes portaban eslóganes que condenaban la guerra de Irak de un modo inequívoco: la guerra y la consiguiente ocupación eran “ilegales”. Esta no es únicamente mi experiencia. Las protestas contra la (por entonces) planeada intervención en Irak que tuvieron lugar el 15 de febrero de 2003 reunieron en las calles de todo el mundo a más gente que cualquier otro evento tras la Segunda Guerra Mundial.

Lo que quiero destacar es que la protesta contra la “guerra de Bush” no tiene nada de burocrática o rutinaria: no procede de una mentalidad de gobierno, en realidad contempla esa mentalidad como parte del problema. Se centra en un hecho concreto y lo condena no sólo como “erróneo”, sino como “ilegal”. Esto le impide ser otro ladrillo en el muro de la globalización. Lo configura como un escándalo singular que no puede ser explicado simplemente como un problema geográfico o del “Tercer mundo”, o un problema del capitalismo, o el “mercado”, el “consenso de Washington” o incluso el “imperialismo americano”. Puede ser todo esto pero hay algo más en este escándalo. Se trata de que la guerra en Irak fue tan pasmosa y arrogantemente “ilegal” que incluso sus protagonistas ni siquiera se molestaron en ningún momento en hacer una defensa seria de ella en términos de legalidad, sino que se contentaron con generalidades manipuladoras sobre sus propósitos

—justificaciones en las que incluso hoy es difícil ver algo más que cinismo—¹⁰.

El escándalo radica en la burla de que la guerra se buscó con el deseo de hacer valer la justicia y la igualdad. Resulta paradójico que mientras los diplomáticos y académicos ahora declaran a menudo aspectos centrales del derecho internacional “muertos” o al menos en grave crisis, nunca en la última mitad del siglo pasado se ha invocado tanto el derecho internacional como ahora. Esto es significativo.

La reacción contra la ocupación norteamericana de Irak hace surgir el tema de la ley concebida no en términos de un vestigio de un programa positivo, sino como la superficie sobre la que se pueden articular pretensiones políticas como algo más que pretensiones sobre privilegios e intereses específicos. Las luchas en Recife, Ginebra o Helsinki son diferentes y las pretensiones surgidas en estos lugares arrancan de experiencias diferentes. Pero aunque el régimen de comercio global, la degradación medioambiental y la ocupación de Irak pueden tener diferentes víctimas y seguir distintos discursos de racionalidad, de hecho difieren como *problemas de gobernación*, pero no están herméticamente aislados. Configuran un patrón, una jerarquía y una configuración de fuerzas específicas.

El derecho actúa aquí a través del escándalo —creando una comunidad de su capacidad para articular un acto particular no sólo como una violación de un interés particular, sino como un agravio universal—. Que la guerra fuese condenada como una “violación del derecho internacional” o un ataque a los “derechos” de la población civil iraquí es apelar a algo más allá de los intereses particulares, de los privilegios o de la caridad disfrutada o demandada por alguien. Tal invocación apela a algo que concierne a cada miembro de una comunidad (jurídica) en proyecto, una violación que concierne no a alguien en particular, sino a *todos en general*. La cuestión es que las acciones de

¹⁰ Sobre el tema, ver THOMAS M. FRANCK, “What Happens Now? The United Nations after Iraq”, *AJIL* (2003), pp. 607-621.

la coalición no son un asunto entre los iraquíes y los americanos (o incluso entre Bush y Saddam), sino que afectan a todo el mundo porque la violación es universal. “Yo no condeno esta acción porque vaya contra mis intereses o preferencias. La condeno porque es objetivamente errónea, una afrenta *no sólo contra mí sino contra todos*”.

El derecho internacional puede actuar precisamente como un instrumento a través del cual las ofensas particulares se pueden articular como universales y de este modo, como mito, construir una especie de humanidad universal a partir de su invocación. Desde tal perspectiva, el proyecto de una justicia universal aparece como un horizonte en la intersección entre un dominio público de estados regulados por el derecho internacional y la sociedad civil más allá de intereses sectarios. El que esta intersección aparezca sólo ocasionalmente, y sólo en conexión con eventos de gran magnitud, incluso escándalo, es un aspecto de la dificultad de cualquier reto fundamental contra las leyes de acero del poder.