

La política del derecho internacional

Martti Koskenniemi[†]

El artículo escrito en 1990 por Martti Koskenniemi es una crítica a la idea liberal del Estado de Derecho en su equivalente internacional. El autor intenta demostrar a lo largo del artículo que el ideal de orden mundial basado en los principios del Estado de Derecho no tiene en cuenta que el conflicto social debe seguir siendo resuelto a través de medios políticos, y que a pesar de que exista una retórica legal común entre los abogados internacionalistas, la retórica debe basarse esencialmente en principios políticos impugnados para justificar resultados a disputas internacionales.

I. EL VUELO DESDE LA POLÍTICA

Puede ser una cuestión de cierta controversia entre los historiadores determinar la fecha del comienzo de los sistemas de Estados modernos.¹

[†] Martti Koskenniemi es Profesor de Derecho Internacional y Director del Instituto Erik Castrén de Derecho Internacional y Derechos Humanos en la Universidad de Helsinki (Finlandia). Es Profesor Centenario en la Escuela de Economía de Londres (Reino Unido), Profesor Becario en la Universidad de Melbourne, y ha sido Profesor Global Hauser y Co-Director del Programa sobre Historia y Teoría del Derecho Internacional en la Universidad de Nueva York (Estados Unidos). Ha sido Director de la División de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de Finlandia entre los años 1991 y 1994 y miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU entre los años 2002 y 2006.

¹ Por ejemplo, A.F. von der Heydte: *Geburtstunde des souveränen Staates* (1952) sugiere el final del Siglo 14, 41-43, mientras que F.H. Hinsley: *Power and the Pursuit of Peace*. (1962), 153, argumenta que no es posible hablar de un sistema de Estados hasta el siglo 18.

Sin embargo, es menos controversial la idea de que tal sistema, de algún modo, está tanto histórica como conceptualmente vinculado con la idea de un Estado de Derecho internacional.

En un sistema en el cual se asume que las unidades del mismo no sirven a propósitos más elevados que a sus propios intereses y que asume la perfecta igualdad de tales intereses, el Estado de Derecho no parece sino el único principio organizacional posible –más allá del *bellum omnium*. Desde la publicación de *Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758) de Emmerich de Vattel, los juristas han escrito acerca de cuestiones internacionales asumiendo que tanto los principios liberales de la Ilustración como su corolario lógico, el Estado de Derecho, podían ser aplicados extensivamente a la organización de la sociedad internacional al igual que como habían sido utilizados sobre la sociedad civil.²

Más allá de las dificultades históricas respecto de las fechas y los orígenes, la conexión entre el Estado de Derecho y los principios de la Ilustración son evidentes. En el último de estos, nada parece más importante que la subjetividad del valor.³ Hobbes escribe:

Uno llama sabiduría lo que otro llama temor, y uno crueldad lo que otro justicia; y prodigalidad lo que otro magnanimidad... Derivado de ello que tales nombres nunca pueden ser motivo de raciocinio.⁴

No obstante, más tarde los liberales no hayan gustado de las conclusiones substantivas de Hobbes o de su realismo político, lo que los une con Hobbes es la crítica a basarse en principios naturales para justificar la autoridad política. Recurrir a principios que precedan al hombre y que puedan ser descubiertos solo a través de la fe o de la recta

² La analogía es explícita en J.J. Rousseau: *The Social Contract* (traducción e introducción por Maurice Cranston) (1986) Libro I Capítulo 7 p. 63; J. Locke, *Two Treatises on Government* (introducción por W.S. Carpenter) (1984) Segundo Tratado, sección 183-211. Por comentarios, ver a, p. ej., P. Vinogradoff, *Historical Types of International Law* (1920), 55-57; E.D. Dickinson, *The Equality of States in International Law* (1920), 29-31, 49-50, 97-98, 11-113. Ver también a M. Walzer, *Just and Unjust Wars* (1980), 58-63; C.L. Beitz, *Political Theory and International Relations* (1979) 74. Para un análisis útil del efecto de la analogía sobre la concepción de los derechos (territoriales) de un Estado, ver a A. Carty, *The Decay of International Law?* (1986) 44-56, 55-56.

³ Mi discusión sobre este principio está influenciada por R.M. Unger, *Knowledge and Politics* (1975) 76-81, y A. MacIntyre, *After Virtue; A Study in Moral Theory* (2da edición) (1985) 6-35.

⁴ T. Hobbes, *Leviathan* (edición e introducción por C.B. Macpherson) (1982) Capítulo 4, pp. 109-110.

ratio era apelar a máximas abstractas e inverificables que sólo camuflaban las preferencias subjetivas del orador. Descansaba en ideales utópicos que eran constantemente utilizados como apologías para la tiranía.

De la simple negación de la existencia de principios de justicia natural –o por lo menos de nuestra capacidad para conocerlos– se siguen los tres principios liberales de organización social: libertad, igualdad y el Estado de Derecho. Si el hombre no nace en un mundo de normas pre-existentes, entonces el hombre nace libre; si no existen principios antecedentes que establezcan los valores relativos de los individuos, los individuos se asumen iguales. Y finalmente, la libertad y la igualdad son garantizados solo si la limitación social es gobernada por reglas públicas, verificables y determinantes: “Un pueblo libre puede obedecer pero no servir; tiene magistrados pero no amos; obedece nada más que la ley, y gracias a la fuerza de las leyes, no obedece a los hombres”.⁵

La lucha por un Estado de Derecho internacional es una lucha contra la política, entendida como una manera de impulsar deseos subjetivos y llevar adelante una anarquía internacional. A pesar de que cierta política es inevitable, debería ser limitada por reglas apolíticas: “... la salud del ámbito político se mantiene mediante la objeción de conciencia a lo político”.⁶

La historia diplomática del siglo 19 es una historia de esa lucha. Desde el Congreso de Viena de 1814-1815 y la derrota de Napoleón, las relaciones entre las potencias europeas dejaron de basarse en la búsqueda personal de cada potencia por su primacía para concentrarse en una búsqueda general del mantenimiento de la balanza de poder, garantizada por unos complicados procedimientos legales y por unas complicadas alianzas.⁷ Como los contemporáneos veían a Europa cada vez más como un “sistema” de comunidades políticas independientes e iguales (en vez de como una Respublica Christiana), empezaron a asumir que los principios gobernantes debían convertirse en neutrales y objetivos –es decir, legales.

⁵ J.J. Rousseau, *Ouvres complètes*, Pléiade (Volumen III sección 841-2) citado por Cranston (Introducción a J.J. Rousseau, *The Social Contract*, supra nota 2, p. 32)

⁶ Wight, “Western Values in International Relations”, en Butterfield, Wight, *Diplomatic Investigations; Essays in the Theory of International Politics* (1966) 122.

⁷ Ver, e.g., F.H. Hinsley, supra nota 1, pp. 186-271.

La academia legal del siglo 19 interpretó y sistematizó la práctica diplomática a reglas legales. Asumía que el comportamiento de los Estados europeos estaba determinado y era explicable en referencia a un cuerpo de derecho público (europeo). La plausibilidad de esta idea se basaba en el carácter procedimental de este derecho. Al contener principalmente reglas concernientes a contactos diplomáticos y consulares, procedimientos para alcanzar la condición de Estado, estatus neutral o territorial, no restringió severamente los fines que los soberanos europeos intentaban perseguir. En particular, renunció a teorías de la guerra justa: la guerra se había convertido en un procedimiento político entre otros.⁸ A pesar de que los abogados profesionales del siglo 19 hablaban acerca de la justicia en la conducta de los soberanos, dejaron de pensar en la justicia como principio material. Woolsey se refirió a esto de forma adecuada:

Por justicia, sin embargo, no nos referimos a la justicia objetiva, sino como le resulta a la parte concerniente o, por lo menos, como se afirma su existencia. A partir de la independencia de las naciones resulta que cada una tiene el derecho de sostener y de recuperar su propia visión de lo correcto en sus propios asuntos.⁹

A pesar de que los abogados del siglo 20 no han observado con demasiada amabilidad la doctrina del siglo que los precedió, ellos nunca rechazaron el ideal del Estado de Derecho. Al contrario, la doctrina reconstructiva que emergió primero de la catástrofe de la Primera Guerra Mundial y después en las décadas de los 50 y 60 acusó a la doctrina pre-guerra de no ir lo suficientemente lejos para apoyar el Estado de Derecho. Cualquier intento hecho por los juristas de construir un marco sólido de derecho público ha fracasado, y no fue así por algún defecto en los supuestos liberales detrás del proyecto sino porque los juristas se desviaron de los mismos.

La visión de un Estado de Derecho entre Estados (que reapareció recientemente en la Resolución 44/23 de la Asamblea General de las Naciones Unidas [15 de noviembre de 1989] declarando el período 1990-1999 como “La Década de Derecho Internacional de las Naciones

⁸ Ver, e.g., H. Wheaton, *Elements of International Law* (Text of 1866 with Notes, Carnegie Endowment, Classics of International Law, No. 19) (1936) 313-4.

⁹ T.D. Woolsey, *Introduction to the Study of International Law: Designed as an Aid in Teaching, and in Historical Studies* (5th ed.) (1879), pág. 183.

Unidas”) es otra reformulación del impulso liberal de escapar de la política. Tan fuerte es el agarre de esta visión que el representante de la Unión Soviética, en la misma sesión de la Asamblea General, explicó que en su visión para reconstruir las bases de las relaciones internacionales había una necesidad de “arribar a una comprensiva estrategia internacional para establecer la primacía del Derecho en las relaciones entre estados”.¹⁰

A lo largo del presente siglo, doctrinas re-constructivistas han reclamado que lo que amerita críticas es la corrupción del Estado de Derecho en su angosto chovinismo de diplomáticos o en las utopías especulativas de la élite académica. Si el Estado de Derecho pudiese ser fortificado excluyendo estas distorsiones contrastantes, entonces la parte del jurista en la construcción de un orden mundial justo habrá sido adecuadamente ejecutada.

En este artículo, sin embargo, extenderé la crítica de la idea liberal del *Rechtstaat*, un lugar común en la actual sociedad occidental moderna,¹¹ a su equivalente internacional. Intentaré demostrar que nuestro ideal heredado de un Orden Mundial basado en el Estado de Derecho oculta estrechamente de la vista que el conflicto social debe seguir siendo resuelto a través de medios políticos y que, a pesar de poder existir una retórica legal común entre los abogados internacionalistas, la retórica debe, por razones internas al ideal mismo, basarse esencialmente en principios –políticos– impugnados para justificar resultados a disputas internacionales.¹²

II. EL CONTENIDO DEL ESTADO DE DERECHO: CONCRECIÓN Y NORMATIVIDAD

Organizar una sociedad a través de reglas legales se basa en el presupuesto de que estas reglas son objetivas en cierto sentido y que las ideas políticas, miradas o preferencias, no lo son. Para demostrar que el

¹⁰ ‘Memorandum: On Enhancing the Role of International Law’, UN Doc. A/44/585 (2 de octubre de 1989).

¹¹ Para el consiguiente texto, son particularmente relevantes las críticas que resaltan las tensiones internas de la teoría liberal. Ver Unger, *supra* nota 3, pp. 63-103 y, e.g., A. Levine, *Liberal democracy: A Critique of its Theory* (1981) 16-32; Fishkin, ‘Liberal Theory and the Problem of Justification’, *NOMOS XXVIII* pp. 207-231.

¹² Este artículo es una versión condensada de alguno de los temas en M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: the Structure on International Legal Argument* (1989).

derecho internacional es objetivo –eso es, independiente de la política internacional– la mente legal libra una batalla en dos frentes. Por un lado, apunta a asegurar la concreción del Derecho al distanciarla de teorías de justicia natural. Por el otro, apunta a garantizar la normatividad del Derecho al crear una distancia entre sí mismo y el comportamiento, deseo o interés del Estado. El Derecho goza de una independencia de la política sólo si estas dos condiciones se encuentran simultáneamente presentes.

El requerimiento de la concreción resulta del principio liberal de la subjetividad del valor. Para evitar el subjetivismo político y la ilegítima limitación,¹³ debemos basar el Derecho en algo concreto –en el comportamiento (verificable), deseo e interés de los miembros de las sociedades-Estado. La visión moderna es una concepción social del derecho.¹⁴ Para esta, la ley no es una creación natural sino una creación artificial, una reflexión de las circunstancias sociales.

De acuerdo a los requerimientos de normatividad, la ley debería ser aplicada sin tener en cuenta las preferencias políticas de los sujetos legales. En particular, debería ser aplicable incluso en contra de un Estado que se opone a la aplicación sobre sí mismo. Como los abogados internacionalistas han tenido la posibilidad de señalar, reglas legales cuyo contenido o aplicación dependen del deseo del sujeto legal para que estas sean válidas no son reglas legales adecuadas sino excusas para el interés político del sujeto legal.¹⁵

Estipulado de esa forma, yo creo que los requerimientos de la objetividad legal vis-à-vis la subjetividad política son logrados. Porque si la ley pudiese ser verificada o justificada sólo a través de la referencia a las visiones de una persona en cuanto a cómo debería ser (i.e. teorías de la justicia), esto coincidiría con sus opiniones políticas. De manera similar, si pudiésemos aplicar la ley en contra de aquellos Estados que la han aceptado, entonces coincidiría como las visiones políticas de aquellos Estados.

¹³ Por un típico argumento que haga hincapié en el carácter político de la ley natural, ver, e.g., S. Sur, *L'interprétation en droit international public* (1974) 25-32 o J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* (Vol. I) (1968) 391-3.

¹⁴ 'C'est à une conception fonctionnelle de pouvoir, à une conception sociale du droit que s'attache notre enseignement', De Visscher, 'Cours général de principes de droit international public'. 86 RCDI (1954) 451.

¹⁵ Ver, e.g., H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (1933) 189 y passim.

Esta estructura argumentativa, sin embargo, que fuerza a los juristas a probar que su ley es válida porque es concreta y normativa en el sentido descripto previamente, se crea y se destruye a si misma. Ya que es imposible demostrar que una regla, principio o doctrina (en resumen, un argumento) es simultáneamente concreto y normativo. Estos dos requerimientos se cancelan mutuamente. Un argumento acerca de la concreción es un argumento acerca de la proximidad de una regla particular, principio o doctrina a la práctica estatal. Pero mientras más cerca un argumento está de la práctica estatal, más normativo y político nos resulta. Más se parece a otra excusa del poder existente. Un argumento acerca de la normatividad, en cambio, es un argumento que intenta demostrar la distancia de la regla del deseo del Estado o de su práctica. Mientras más normativa una regla es, más política nos resulta debido a que es menos posible argumentarla en referencia al contexto social. Parece utópica y –como las teorías de justicia natural– manipulable al antojo.

La dinámica del argumento legal internacional es provisto por el constante esfuerzo de abogados para demostrar que su ley es concreta o normativa y pasan a ser vulnerables de que tachen su ley de política por ser apologista o utópica. Diferentes controversias doctrinarias y prácticas encienden la transformación de este dilema. Se esconde detrás de las dicotomías como pueden ser “positivismo”/ “naturalismo”, “consentimiento/ justicia”, “autonomía”/ “comunidad”, “proceso/regla”, etc., y explica por qué éstas y otras oposiciones continúan apareciendo y no parecen solucionables de forma permanente. Reaparecen porque parece posible defender el argumento legal de uno mostrando solamente su acercamiento, o su distancia de la práctica estatal. Parecen imposibles de solucionar ya que ambas estrategias argumentativas son vulnerables a lo que parece ser una crítica válida, obligado por el sistema mismo.¹⁶

Esto provee una estructura argumentativa que es capaz de proveer una crítica válida de cada posición sustantiva pero que no puede justificar ninguna por si misma. El hecho de que posiciones son constantemente tomadas y soluciones justificadas por los abogados, demuestra que la estructura no posee el tipo de distancia de la política,

¹⁶ Para una exposición alternativa pero similar, ver D. Kennedy, *International Legal Structure* (1987).

aquello para lo cual el Estado de Derecho alguna vez pareció necesario. Parece posible adoptar una posición solamente a través de la opción política: una opción que debe a fin de cuentas defenderse en términos de una concepción de la justicia.

III. ESTRUCTURAS DOCTRINARIAS

Dos críticas son generalmente opuestas al derecho internacional. Un grupo de las críticas acusa al derecho internacional de ser demasiado político en el sentido de ser demasiado dependiente del poder político de los Estados. El otro de los grupos argumenta que la ley es demasiado política al estar basada en utopías especulativas. La postura estándar acerca de la no existencia de maquinarias legislativas, de la adjudicación compulsoria y de los procedimientos de ejecución captura ambas críticas. Desde una de las perspectivas, la crítica resalta la infinita flexibilidad del derecho internacional, su personaje como una fachada manipulable por las políticas de poder. Desde la otra perspectiva, la crítica estresa el carácter moralista del derecho internacional, su distancia de las realidades de las políticas de poder. De acuerdo a la primera de estas críticas, el derecho internacional es demasiado apologético como para ser tomado en serio en la construcción del orden internacional. De acuerdo a la última de las críticas, es demasiado utópica como para lograr ese mismo efecto.

Los abogados internacionalistas han tenido problemas para contestar estas críticas. Las doctrinas más re-constructivistas han intentado probar la normatividad de la ley, su autonomía de la política, a medida que se volvían más vulnerables a la crítica del utopismo. Mientras más insistían en la conexión cercana entre el derecho internacional y el comportamiento del Estado, menos normativas resultaban sus propuestas. Déjenme esquematizar las cuatro posiciones que los abogados internacionalistas modernos han llevado adelante para probar la relevancia de sus normas y de sus doctrinas. Estas posiciones serán mutuamente excluyentes y lógicamente exhaustivas y sirven como una explicación completa de las posibilidades argumentales de la doctrina.

Una gran cantidad de las doctrinas que emergieron de las cenizas de la doctrina legal al final de la Primera Guerra Mundial explicaron el fracaso de las doctrinas internacionalistas de la pre-guerra en referencia

a su carácter apologista. Blancos particulares de la crítica fueron las doctrinas “absolutistas” de soberanía, expresadas en particular en el *Selbstverpflichtunglehre*, doctrinas que resaltaban el significado legal de la balanza de poder o que delimitaban las funciones legales a materias que no estaban relacionadas a cuestionamientos sobre el “honor” o el “interés vital”. Escritos de Hersch Lauterpacht, Alfred Verdross y Hans Kelsen, entre otros, crearon una interpretación extremadamente influyente de los errores de las doctrinas previas a la guerra.¹⁷ Al asociar el fracaso de estas doctrinas con su excesiva cercanía a las políticas domésticas y al interés nacional, y al promocionar la autonomía de las reglas legales internacionales, estos juristas lideraron el camino para el establecimiento de lo que podría ser llamado el enfoque basado en reglas del derecho internacional, resaltando la normatividad de las leyes, su capacidad de oponerse a la política estatal como llave para su relevancia limitativa.

Este enfoque insiste sobre un objetivo, la prueba formal del pedigree (las fuentes) que nos dirá que estándares califican como reglas legales y cuales no lo logran. Si una regla logra este estándar, entonces se considera vinculante. A pesar de que existe un desacuerdo entre los abogados del enfoque basado en reglas acerca de qué constituye un examen apropiado, no hay disputa acerca de su importancia. Las distinciones entre el *hard law* y el *soft law*, reglas y principios, normas regulares y *jus cogens*, son sospechosas: estas sólo enredan distinciones políticas a las que los abogados no deberían prestarles demasiada atención.¹⁸ Dos bien conocidas críticas han sido dirigidas en contra del enfoque basado en reglas. Primero, sigue sin poder excluir la influencia de las consideraciones políticas de su supuesto examen de pedigree. Para conceder que las reglas a veces son difíciles de encontrar mientras su contenido permanece, adoptar la expresión de H.L.A. Hart de la “relativa indeterminación”¹⁹ es socavar la autonomía que resalta el enfoque basado en reglas. Segundo, el mismo deseo de autonomía resulta

¹⁷ Lauterpacht, *supra* nota 15; A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (1926); H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920).

¹⁸ Este enfoque está mejor ilustrado en G. Schwarzenberger, *The inductive Approach to International Law* (1965). Mucho de sus puntos son explicados con una mayor profundidad en Weil, “Towards relative Normativity in International Law”, *TI AJIL* (1983) 413-442. Para más referencias sobre este y los otros enfoques, ver Koskeniemi, *nota supra* 12, pp. 154-186.

¹⁹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961) 132.

sospechoso. Una teoría pura del derecho, una suposición de un *Völkerrechtsgemeinschaft* o el ideal de completitud del Derecho –una suposición central en la mayoría de los escritos del enfoque basado en reglas²⁰– puede terminar logrando solo formas irrelevantes de doctrinas utópicas. Logran consistencia lógica bajo el costo de perder aplicabilidad en el mundo de la práctica real.

La segunda mayor posición en la doctrina contemporánea usa estas críticas para establecerse a si misma. Una interpretación continental de los errores de los abogados y de los diplomáticos del siglo 19 los explica como un resultado de un utopismo ingenuo: una creencia sin garantías de la viabilidad del sistema de Congresos, con sus ideas de legalidad e intervención colectiva. Falló al no poder seguir el paso con la política del nacionalismo emergente y el ritmo creciente del cambio social y tecnológico. Abogados como Nicolas Politis o Georges Scelle resaltaron la necesidad de vincular más el derecho internacional con las necesidades sociales –incluso biológicas– de la vida internacional.²¹ Los escritos programáticos de Roscoe Pound sentaron las bases para la formulación contemporánea de este enfoque, al criticar la intención de pensar el derecho internacional en términos de reglas abstractas. En realidad, debía pensárselo “en términos de objetivos sociales”.²² De acuerdo a este enfoque –el enfoque político– el derecho internacional solo puede ser relevante si está basado en el contexto social de la política internacional. Las reglas son solo tendencias de decisiones pasadas que pueden o no corresponderse con las necesidades sociales. La “fuerza vinculante” es una ilusión jurídica. Los estándares son, de hecho, más o menos efectivos, y es su efectividad –su capacidad para cumplir con objetivos sociales– lo que encarna la pregunta relevante, y no su “validez”.²³

Pero este enfoque es tan plausible de críticas bien fundadas como lo es el enfoque basado en reglas. Al destacar la concreción de la ley, logra

²⁰ Ver, e.g., Lauterpacht, ‘Some observations on the Prohibition of “Non Liqueur” and the Completeness of Law’, *Symbolae Verzijl* (1958) 196-221 and the “realist” criticism by Stone, ‘Non-Liqueur and the Function of Law in the International Community’, *XXV BYUL* (1959) 124-161.

²¹ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique I-II* (1932, 1936); N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international* (1927).

²² Pound, “Philosophical Theory and International Law”, *I Bibliotheca Visseiana* (1923) 1-90.

²³ La formulación contemporánea de este enfoque es quizás más clara en McDougal, “International Law, Power and Policy: A Contemporary Perspective”, *82 RCDI* (1953) 133-259. Para un análisis sobre el tema, ver B. Rosenthal, *L’étude de l’œuvre de Myres Smith McDougal en matière de droit international public* (1970).

en última instancia perder por completo su fuerza. Si la ley, por definición, es solo aquello que es efectivo, entonces se transforma en una excusa para los intereses de los poderosos. Si, como sostiene Myres McDougal, esta consecuencia se evita al formular ciertos valores como objetivos, cuya importancia legal es independiente de las cuestiones relativas a la efectividad, entonces el (reformado) enfoque político se torna vulnerable de las críticas que originalmente se plantearon al enfoque basado en reglas. Particularmente, pareciera asumir un naturalismo ilegítimo que –como notan los críticos que remarcan el principio liberal de la subjetividad– se encuentra constantemente en peligro de transformarse en una excusa para las políticas de algunos Estados.²⁴

El enfoque político y el basado en reglas contienen maneras contrastantes en cuanto al establecimiento de la relevancia del derecho internacional en miras de aquellas que parecieran ser críticas bien fundadas. El primero hace esto al destacar la normatividad de la ley, pero fracasa en su convencimiento porque carece de concreción. El segundo se basa en la concreción del derecho internacional, pero pierde la normatividad, la fuerza vinculante de su derecho. No es sorprendente, entonces que algunos juristas hayan ocupado las dos posiciones restantes: algunos han asumido que el derecho internacional no puede ser visto como un control normativo ni como una práctica ampliamente aplicada (la postura escéptica), mientras que otros han continuado escribiendo como si tanto la fuerza vinculante del Derecho, como su correspondencia con las prácticas internacionales fuese una cuestión de rutina (postura idealista). La primera postura termina en el cinismo, la segunda en la contradicción.²⁵

La principal corriente moderna normalmente se sitúa a sí misma entre los enfoques político y el de reglas. En palabras de Richard Falk, el objetivo de una doctrina adecuada es establecer:

²⁴ Para dichas críticas, ver, e.g., Allott, "Language, Method and the Nature of International Law", 45 *BYIL* (1971) 123-125; Boyle, "Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-House of Language", 26 *Harvard Journal Int'l Law* (1985) 349, y Fitzmaurice, "vae Victis or Woe to the Negotiators!", 65 *AJIL* (1971) 370-373.

²⁵ Para referencias, ver, Koskeniemi, *supra* nota 12, en 167-170, 178-186.

[una] postura intermedia, que mantiene el carácter distintivo del ordenamiento jurídico, mientras que logra responder al entorno extralegal de la política, la historia y la moral.²⁶

Pero tal movimiento hacia el eclecticismo pragmático parece ser contraproducente. No existe espacio entre las cuatro posturas, el enfoque basado en reglas, el enfoque político, el escepticismo y el idealismo. Las doctrinas de mitad de camino pueden parecer creíbles solamente en la medida en que sus argumentos, doctrinas o normas no sean contestados. Pero tan pronto como aparezca el desacuerdo, estas doctrinas, también, deberán defender sus posiciones ya sea mostrando su fuerza vinculante autónoma, o demostrando su relación cercana con los Estados que efectivamente lo hacen. En este punto, han devenido vulnerables en el sentido de que resultan una utopía, o una apología.

El resultado es una estructura doctrinaria curiosamente incoherente en la cual cada posición existe ad hoc y sobrevive de esa manera. La doctrina mayoritaria se refugia en afirmaciones generales respecto de la necesidad de “combinar” la concreción y la normatividad, el realismo y el idealismo, lo cual no contiene consecuencia alguna para su conclusión normativa. Luego avanza, destacando el contexto de cada solución – socavando así su propio énfasis en el carácter general e imparcial de su sistema.

Las propias contradicciones de la doctrina la llevan a un pragmatismo empobrecido y poco reflexivo. Por un lado, la ilusión “idealista” de que el Derecho puede jugar, y lo hace, un rol en la organización de la vida social entre los Estados subsiste. Por otro, recepta las críticas “realistas” y el Derecho termina siendo visto como secundario frente al poder y la política. La doctrina moderna, como ha demostrado Philip Allott, usa una mezcla de argumentos positivistas y naturalistas, consecuencialistas y no consecuencialistas, teleológicos, prácticos, lógicos y fácticos, en una confusión feliz que desconoce sus propias contradicciones.²⁷ El estilo sobrevive porque reconocemos en él a la doctrina liberal, dentro de la cual nos hemos acostumbrado a enmarcar nuestros argumentos políticos.

²⁶ Falk, “The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of the International Legal Order” en R. Falk, Black (eds.). *The Future of the International Legal Order* (Vol. I) (1969) 34-35.

²⁷ Allou, *supra* nota 24, 8t 100-105, 113.

Es preciso marcar un último punto. Ambas posiciones principales, al igual que sus combinaciones, se mantienen distintivamente modernas. Cada una se niega a desarrollar un concepto de Derecho en términos de alguna teoría material de justicia. Cada una asume que el Derecho es una creación humana artificial que deriva de procesos sociales, y que un concepto adecuado del Derecho es aquel que provee una descripción apropiada de dicho proceso. Más aún, cada una basa su reclamo de superioridad vis-à-vis con respecto a la otra sobre la misma descripción. El punto en el cual divergen es su teoría de cómo interpretar esos procesos, cómo entender lo que sucede en la vida social en términos de creación y aplicación del Derecho.

La dificultad para elegir entre un enfoque basado en reglas o uno político es la dificultad de elegir entre los conjuntos de criterios que estos ofrecen para desvincular el “Derecho” de otros aspectos del comportamiento del Estado. Para un jurista que sigue el enfoque de las reglas, el criterio relevante es proveído por su teoría de fuentes. Para el enfoque político, los criterios correspondientes son proveídos por su teoría de “valores-base”, la autoridad o alguna constelación de interés nacional o global y la necesidad. Debido a que son estos criterios los que afirman proveer la descripción correcta de los procesos sociales, no pueden ser defendidos ellos mismos sin circularidad en términos de procesos sociales.²⁸ Para decidir un mejor enfoque, uno podría tener que basarse en alguna teoría no-descriptiva (no-social) sobre la relevancia o sobre la justicia relativa de los tipos de derecho dados por las dos –u otra alternativa– matrices.²⁹ Tal decisión, bajo la concepción social del Derecho y del principio de la subjetividad del valor, parecería no tener reclamo alguno sobre la concreción objetiva. Sería una decisión política.

IV. ESTRUCTURAS SUSTANCIALES

²⁸ El punto sobre las matrices conceptuales, teorías científicas, “paradigmas”, intereses de conocimiento o prejuicios, sino estrictamente determinando lo que podemos conocer sobre el mundo social al menos influenciando significativamente nuestra percepción, es un tema común en mucha epistemología moderna. Ver más Koskenniemi, *supra* nota 12, en 466-471.

²⁹ Sobre la elección de características significantes para la descripción, ver, e.g., J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980) 3, 9-18. Ver también MacIntyre, ‘The Indispensability of Political Theory’, en Miller, Siedentop, *The Nature of Political Theory* (1983) 19-33.

Es posible representar la tensión entre las demandas por normatividad y concreción en dos métodos contrastantes que explican el origen de la sustancia del Derecho. Desde la perspectiva de la concreción, esta sustancia ocurre como una consecuencia de la soberanía del Estado. Un aspecto de soberanía es la libertad de “legislar” normas internacionales que sean auto-vinculantes. Donde no haya normas particulares establecidas, el meta-principio de libertad soberana –el “principio Lotus”– permanece válido.

Es igualmente posible entender el Derecho como consecuencia del funcionamiento de criterios normativos para el Derecho-emergencia. Desde la perspectiva de la normatividad, debe haber criterios asumidos –“fuentes”– que nos permitan distinguir entre el hecho de la existencia y el comportamiento de ciertos centros de poder (Estados), y el Derecho. En este sentido, toda la sustancia legal internacional depende del contenido de esos criterios. Estas explicaciones parecen ser radicalmente conflictivas y parecen proveer métodos exhaustivos pero incompatibles para elucidar el origen y el carácter del derecho internacional. En efecto, la mayoría de las disputas entre “idealistas” y “realistas”, o los enfoques en reglas y en la política, parecen capturadas en este contraste, reflejadas también en la organización de la sustancia de los libros de texto estándares. Un estilo consiste en preceder la sustancia del Derecho con un análisis del carácter de la condición de Estado y el del orden internacional –las “fundaciones políticas”. Otro comienza listando las fuentes del derecho internacional y deja que la sustancia del Derecho siga desde allí.

A pesar de su perspectiva inicialmente contrastante, ambos “métodos” confían el uno en el otro. Las doctrinas “realistas” usan criterios para distinguir entre Derecho y coerción que no alcanzan para formar una doctrina de fuentes sólo por no soportar ese nombre. Los programas “idealistas” miran a la práctica estatal para defender la relevancia de sus fuentes y verificar el contenido del Derecho que apoyan.³⁰ El hecho de que la disponibilidad de perspectivas provea sistemas substantivos idénticos y que ambos permanezcan vulnerables a argumentos bien ensayados, explica el tardío cambio moderno al pragmatismo doctrinal.

³⁰ Comparar también Kennedy, *supra* nota 16.

En la práctica de la resolución de disputas internacionales, la falta de explicaciones satisfactorias sobre el origen de reglas legales ha llevado a los abogados a abandonar la búsqueda de justificativos para resolver las controversias interpretativas de cualquiera de las explicaciones sugeridas. Detrás de referencias ritualistas a reglas conocidas y principios del derecho internacional (cuyo contenido sigue siendo objeto de constante disputa), la práctica legal ha recurrido cada vez más a solventar las disputas mediante un criterio contextual – un esfuerzo hacia el balance equitativo. Si bien esto ha parecido funcionar bien, la pregunta que surge es si tal práctica puede ser explicada adecuadamente en términos de la Regla del Derecho.

A. Soberanía

Hay un cuerpo de doctrina que se dirige a sí misma la pregunta: ¿cuáles son las consecuencias normativas y el carácter de la condición de Estado? Éste lidia con temas tales como la adquisición y la pérdida de la condición de Estado, la delimitación de las jurisdicciones competentes, etc. La importancia retórica de esta doctrina ha variado, pero su urgencia dentro de la doctrina liberal permanece indiscutible. De alguna manera, la doctrina de la soberanía juega un rol análogo a aquél jugado por la libertad individual en el discurso de legitimación. Explica un carácter crítico de los sujetos legales y establece condiciones básicas dentro de las cuales las relaciones entre sujetos legales deben ser organizadas.

El carácter y las consecuencias de la condición de Estado soberano podrían, no obstante, ser explicados desde diferentes perspectivas. Una explicación considera a la soberanía como básica en el sentido de que es impuesta simplemente sobre el Derecho por el mundo de los hechos. La soberanía y, junto a ella, un conjunto de derechos y deberes territoriales son algo externo al Derecho, algo que el Derecho debe reconocer pero que no puede controlar. Debo llamar a esto el “punto de vista del hecho puro”.³¹ Otra explicación considera a la soberanía y todo lo asociado a ella como una parte de la sustancia del Derecho, determinada y

³¹ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (3, Aufl.) (1925) 337, 364-367 y, e.g., Korowicz, ‘Some Present Problems of Sovereignty’, 112 RCDI (1961) 102.

constantemente determinable dentro del sistema legal, tal y como cualquier otra norma. Esto puede ser llamado el punto de vista “legal”.³²

El argumento normativo dentro de la doctrina diferente del realismo de la soberanía usa el contraste entre estas explicaciones para constituirse a sí misma. Una parte argumenta en términos de puros hechos (de efectividad, por ejemplo) mientras que la otra hace su punto en referencia a criterios externos a los hechos (reconocimiento general, por ejemplo). Pero ninguna posición es sostenible por sí sola. Depender del puro hecho del poder es apologista.³³ Depender del criterio independiente de efectividad es abstracto y a la vez una petición de principio.³⁴ Es una petición de principio porque hace surgir la cuestión sobre a qué interpretación del criterio o aplicación debe dársele preferencia. Un argumento defendible parece obligado a cumplir ambos puntos: debe asumir que los derechos soberanos son asuntos de puro hecho como así también de algún criterio externo a aquellos hechos.

El desarrollo de las posiciones de Noruega y Dinamarca durante el caso de Groenlandia Oriental (1933) ilustra esto. Originalmente, Noruega basó sus derechos a los terrenos disputados en su ocupación efectiva. Confiar en los puntos de vista de otros Estados hubiera violado la igualdad soberana de Noruega. Dinamarca basó su propio derecho en el reconocimiento general y desafió el título noruego en la ausencia de tal reconocimiento. Como el título debía ser válido erga omnes, no podía depender de los actos de Noruega. En sus argumentos subsecuentes, ambos Estados respondieron asumiendo la primera posición de su adversario: Noruega argumentó que su ocupación fue sancionada por una regla generalmente reconocida que basa su título en ocupación. Dinamarca apuntó a mostrar que Noruega, de hecho, no podría haber ocupado el territorio porque ya había sido efectivamente ocupado por Dinamarca.³⁵

Ningún reclamo podía ser preferido por la simple preferencia del “puro hecho” o del “criterio” del reconocimiento general ya que ambos

³² Ver, e.g., Verdross, *supra* nota 17, en 35 y, por ejemplo, Rousseau, ‘Principes de droit international public’ 93 RCDI (1958) 394.

³³ Ver, e.g., H. Lauterpacht, *International Law* (Vol. I) (1979) 341-344.

³⁴ Ver, e.g., Caso Island of Palmas, II UNRIAA en 839, 843-846.

³⁵ Estos puntos son fustigados en extensión en los procesos escritos. Ver PCIJ, caso Eastern Greenland, Ser.C.62 y C.63 y los argumentos orales de las partes, C.66. Para un análisis más detallado, ver Koskenniemi, *supra* nota 12, en 251-253.

Estados argumentaban ambos puntos. Consecuentemente, la Corte afirmó ambos caminos argumentativos. Para apoyar su punto de vista de que Dinamarca tenía soberanía, argumentó en base a la ocupación danesa así como también el reconocimiento general y le denegó ambos a Noruega.³⁶ Para alcanzar esta conclusión, la Corte tuvo que hacer interpretaciones sobre los hechos (ocupación efectiva) así como también del derecho (la extensión del reconocimiento general) que, sin embargo, eran externas a los hechos aplicables y al Derecho, y las cuales eran difíciles de justificar contra la interpretación conflictiva de soberanía de estos. El punto crucial en el juzgamiento fue la discusión de la Corte sobre la famosa “declaración Ihlen”, que autorizó a la Corte a proteger la soberanía noruega al rechazar su posesión en referencia al acuerdo de construcción en el que Noruega había ya “reconocido” la soberanía danesa en Groenlandia Oriental.³⁷

La misma estructura puede ser detectada en todas las disputas territoriales. En cada una, el “puro hecho” y el enfoque “legal” se disuelven el uno en el otro en una forma que imposibilita a la corte o tribunal resolver el caso mediante la mera elección de uno sobre el otro. Hay dos dificultades. Primero, la necesidad de hacer ambos puntos hace que se pierda el sentido inicial de ambos: el punto de vista del hecho puro fue basado en la asunción de que el Derecho se sigue de lo que los hechos dicen. En argumento, ambos puntos pretenden diferir, o anularse uno con el otro. Asumir que podrían ser válidos (determinantes) simultáneamente hace que carezcan de significado. Segundo, que el “puro hecho” y los enfoques “legales” se muestren a sí mismos como indeterminados, obliga a quienes deben decidir a que miren más de cerca los “hechos” y el criterio “legal” relevantes. Las decisiones se convierten en interpretaciones sobre los hechos y el Derecho –interpretaciones que, por definición, ya no pueden ser justificadas mediante la referencia a esos hechos o criterios.

La tardía práctica moderna para resolver las disputas sobre soberanía difícilmente aporta algo a las bases tradicionales del derecho territorial. Decidir tales preguntas es ahora considerado en términos de tratar de establecer la solución más equitativa.³⁸ El punto es que varias de las

³⁶ PCIJ, caso Eastern Greenland, Ser.A.53 en 45-62.

³⁷ Id. en 64-74.

³⁸ Ver CIJ, Caso Burkina Faso – Mali Frontier, Reports (1986) 567-568 (párrafo 28) e infra nota 47.

interpretaciones y consideraciones pragmáticas, así como también la apreciación final de la igualdad de la solución propuesta, no pueden ser justificadas mediante la referencia a reglas legales. Por el contrario, el recurso al tipo de justicia involucrado en tal apreciación sólo puede significar, desde la perspectiva de la Regla del Derecho, la capitulación a la arbitrariedad o al debilitamiento del principio del valor de subjetividad, requerido para la búsqueda de una Regla del Derecho. Permítaseme dar otro ejemplo. A menudo, ha sido discutido que la existencia de los Estados es una “cuestión de hecho” y que el “reconocimiento” fue sólo un acto de “declaración” y no “constitutivo” de condición de Estado. Si los Estados fueran creados por un acto de reconocimiento externo, esto introduciría en los Estados ya existentes un derecho político a decidir cuáles entidades podrán disfrutar del estatus de sujetos de derecho. Esto está en conflicto con los principios de autodeterminación e igualdad –ambos se siguen del rechazo de un derecho natural.³⁹

Sin embargo, tan aparentemente realístico y democrático punto de vista necesitó asumir la existencia de algún tipo de criterio pre-existente por el cual podría afirmarse si la condición de Estado está presente en alguna entidad o no. En realidad, el problema nunca fue que alguien refutara seriamente que la emergencia de Estados era un proceso fáctico, sociológico. El problema fue –y sigue siéndolo– que la gente viera las consecuencias normativas del proceso social mediante diferentes criterios y llegara a conclusiones incompatibles incluso cuando usara los mismos criterios.

Existe, sin embargo, una medida de común acuerdo en un asunto tan importante como la condición de Estado. Pero ha tenido muy poco que ver con el poder fáctico o la efectividad. Rhodesia, Transkei y Taiwan nunca fueron considerados como Estados, mientras que Tuvalu y Mónaco sí lo fueron. Pero explicar estas “anomalías” –como también otros casos desconcertantes de aparente condición de Estado– simplemente por referencia a la visión “constitutiva” es igualmente insatisfactorio. Las objeciones originales en contra del carácter imperialista de esta teoría permanecen válidas. La posición de centro de

³⁹ Los clásicos permanecen Ti-Chiang Chen, *The International Law of Recognition* (1951). Ver también Kato, 'Recognition in International Law; Some Thoughts on Traditional Theory, Attitudes of and Practice by African States', 10 *IJIL* (1970) 299-323.

Lauterpacht acerca de un deber de reconocer cuando el criterio legal ha sido cumplido sigue suscitando preguntas⁴⁰: si un Estado se niega a reconocer una entidad porque alega que ésta ha llevado el criterio relevante, no hay demasiado que insistir en cuanto a la existencia de un deber. La cuestión se debate en torno a la interpretación de las circunstancias fácticas o en torno al contenido de la norma relevante. El verdadero problema es que es imposible, sin premisas liberales, descalificar la interpretación de algún participante de una manera legítima. Bajo estas premisas, las normas son “auto-interpretativos” y cada Estado debe poder presumir de tener la libertad de interpretar el sentido de los hechos que lo rodean.⁴¹

Estas anomalías sobre la condición de Estado como la resurrección de la práctica honrada por el tiempo del no-reconocimiento luego de la Nambia Opinion (1971) sugiere que la obtención de la condición de Estado territorial – por lo menos si la cuestión es de cierta importancia – tiene una relación con lo que es decidido externamente.⁴² Pero esto también muestra que creer que tal decisión puede ser entendida como “siguiendo una regla” requiere, o una regla o una imaginación tan flexible, que ni la mirada legal ni el hecho en sí pueden llevarse demasiado crédito para establecerse sobre ello.

Si la presencia de la cualidad de soberanía en alguna entidad es difícil de explicar en términos de puros hechos o reglas legales, lo es todavía más tratar de hacerlo en relación a las consecuencias de la soberanía. Que las fronteras de jurisdicciones domésticas están en movimiento, y que la “soberanía” ha resultado compatible con un aislamiento hermético del Estado como con una integración extensiva, indica que no importa cuales derechos o libertades esta igualdad pueda traer, esta es, como la Corte Permanente de Justicia Internacional ha observado, una “materia relativa” –dependiente del contenido de las obligaciones del Estado cualquiera sea el momento.⁴³ En otras palabras, nada determinante se sigue de la soberanía como una materia de “puro hecho” –por el

⁴⁰ H. Lauterpacht, *Recognition in International Law* (1948).

⁴¹ Para una útil reafirmación de este punto (liberal), ver Bin Cheng, *Custom, “The Future of General State Practice in a Divided World”*, en Macdonald, Johnston (eds.) *The Structure and Process of International Law*, en 513, 519-523.

⁴² CJJ, *Caso Nambia, Reports* (1971) 51, 54 (paras 112, 117, 119).

⁴³ PCIJ, *Caso Nationality Decrees Ser. B. 4* en 24.

contrario, el contenido de la soberanía parece determinable solamente una vez que conocemos las obligaciones que tiene el Estado.

Abogados que adoptan la “mirada legal” a veces creen que la conclusión de arriba vindica completamente sus posiciones. La “soberanía” no es una cuestión que va por fuera sino por dentro del Derecho, un camino conveniente para los derechos, libertades y competencias que la ley le ha otorgado al Estado –el cual puede ser consultado en cualquier momento.⁴⁴ Para resolver una disputa acerca de la soberanía es suficiente con solo mirar el cuerpo de reglas legales, y ver si el Estado tiene la capacidad que alega a través de colocaciones legislativas.

Sin embargo, el problema con tal conclusión es que en la mayoría de las áreas de la conducta estatal no se puede encontrar un acto legislativo definitivo que establecería la competencia estatal para actuar de alguna forma en particular. Más aún, y he aquí otra paradoja, las reglas más importantes de aplicación general parecerían ser precisamente aquellas que establecen el derecho de la jurisdicción exclusiva, la autodeterminación, la no-intervención y la soberanía. No es solamente que si la soberanía fuese reducida a una abstracción no-normativa, entonces el derecho internacional parecería una lacuna gigante, también nos haría falta una explicación conectora, un principio interpretativo para resolver las diferencias de opinión acerca del contenido y de la aplicación de las pocas reglas particulares de las cuales podríamos luego discernir.

En la mayoría de las áreas de las conductas estatales sin relación a tratados, las obligaciones específicas son, o pueden ser, plausiblemente hechas para parecer ambiguas o incompletas. En tal caso, la soberanía estatal –su libertad inicial– resurgirá como un principio normativo bajo derecho propio: en la ausencia de claras prohibiciones, el Estado debe asumirse libre. Este principio –el principio Lotus⁴⁵– no es solamente una conveniente regla general. Encapsula la suposición de que el mero hecho de la condición de Estado tiene un sentido normativo (derecho a la autodeterminación) y que en la ausencia de prohibiciones legislativas poco ambiguas cualquier intento de derrocar la libertad inherente del Estado de Derecho solo puede aparecer como una limitación ilegítima.

⁴⁴ Schwarzenberger, ‘The Forms of Sovereignty’, 10 CLP (1957) 284; Hart, nota supra 19, en 218.

⁴⁵ PCIJ, Caso Lotus, Ser. A. 10 en 30. Ver Koskenniemi, nota supra 12, en 220-223.

La dificultad con el principio Lotus es doble. Primero, todas las reglas y principios son más o menos indeterminadas en sus contenidos. Si el mero hecho de la existencia de diferentes interpretaciones fuera suficientes para disparar la presunción de libertad, entonces la fuerza vinculante de la mayoría de las reglas parecería una ilusión. La dificultad todavía más importante no tiene sentido si la idea de una ley material natural es descartada –que las libertades de un Estado son delimitados por las de aquellos otros, entonces toda disputa acerca de los derechos y de las obligaciones de dos o más Estados pueden ser conceptualizadas en términos de un conflicto de sus libertades, y en consecuencia, no parecerían solucionables a través de una simple preferencia por la “libertad” – porque no sabríamos qué libertad prefiere cada Estado.

En ese punto, la práctica legal se separa del ciclo argumentativo al recurrir a la equidad –un sentido de justicia indiferenciado.

Las disputas continentales por las costas son un ejemplo. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), como se la conoce generalmente, comenzó con la suposición de que la cuestión del título sobre las costas continentales era una manera de darle efecto al derecho costero estatal del ab initio y del ipso. No era una cuestión de “justicia abstracta” sino de un hecho (objetivo).⁴⁶ Pero esta mirada ha demostrado ser poco útil. Qué hechos son relevantes –el problema decisivo– es decidido por la Corte ad hoc y no está inscripto en un código transcendental ex ante. Denominaciones posteriores han incluso dejado de soportar el sentido declarativo de la teoría ipso facto/ab initio y las han visto “arribar a un resultado equitativo” propio de su tarea.⁴⁷ La historia del argumento en casos de plataformas continentales es la historia de la Corte, primero notando la falta, o por lo menos la ambigüedad de la regla relevante, recurriendo luego a una mirada de puro hecho (ipso facto); luego abandonando esa mirada (porque ningún “hecho” puede ser normativo sin un criterio anterior) a favor de una mirada legal (equidad infra legem)⁴⁸ como la regla correcta) –una justicia que puede, bajo el principio

⁴⁶ CIJ, North Sea Continental Shelf cases, Reports (1969) 22-23 (paras. 19-20).

⁴⁷ CIJ, Tunisia-Libya Continental Shelf case, Reports (1982) 59 (para. 70); Gulf of Maine case, Reports (1984) 312 (para. 155); Libya-Malta Continental Shelf case, Reports (1985) 38-39 (para. 49). Por más, ver Koskenniemi, nota supra 12, en 223-232.

⁴⁸ CIJ, North Sea Continental Shelf cases, Reports (1969) 20-22 (paras. 15-20)

del valor subjetivo y el Estado de Derecho, solo ser visto como arbitrario.⁴⁹

La polución transfronteriza, para tomar otro ejemplo, implica la yuxtaposición de las libertades del Estado de origen y del Estado-objeto: por una parte, está el derecho del soberano anterior para explotar sus recursos naturales de acuerdo con sus propias políticas medio-ambientales; por otra parte, está el derecho exclusivo de la víctima para decidir qué actos serán llevados a cabo en sus propios territorios.⁵⁰ La libertad del anterior para perseguir usos económicamente beneficiosos de su territorio contrasta con la libertad de éste último de gozar de un medio-ambiente puro. El conflicto es insoluble simplemente al preferir "libertad", o algún derecho inscripto en la noción de soberanía. Balancear estas posiciones parece inevitable con el objetivo de llegar a una decisión.⁵¹

Una estructura similar se manifiesta en todas las partes de la doctrina de la soberanía. Mientras que la soberanía de la inmunidad es usualmente definida o bien en términos (de los hechos puros) de la soberanía o en una necesidad sistémica por la comunicación internacional, la práctica legal tiende a construir las exenciones de los soberanos extranjeros a partir de la jurisdicción local al balancear vis-á-vis los intereses de los dos soberanos.⁵² Lo mismo resulta verdadero en casos en que tratan la determinación del alcance permitido de la jurisdicción extraterritorial de un Estado.⁵³ La ley utilizada en casos de cauces de ríos⁵⁴ y de recursos pesqueros,⁵⁵ como también en conflictos relacionados a las inversiones extranjeras entre el Estado de origen y el

⁴⁹ Para esta crítica, ver e.g. Gros, *diss. Op.*, CJI Tunisia-Libya Continental Shelf case, Reports (1982) 151-156 y Gulf of Maine case, Reports (1984) 378-380.

⁵⁰ Ver principio 21, UN Conference on the Human Environment, Stockholm 5-16 June 1972, UN Doc. A/CONF. 48/14.

⁵¹ Ver, e.g., Koskenniemi, 'International Pollution in the System of International Law', 17 *Oikeustiede-Jurisprudentia* (1984) 152-164; Lammers, "Balancing the Equities" *International Environmental Law*, RCDI Coll, (1984) 153-165.

⁵² Crawford, 'International Law and Foreign Sovereigns, Distinguishing Immune Transactions', 54 *BYIL* (1983) 114-118.

⁵³ Meng, 'Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Hoheitsakte mit Auslandswirkung', 44 *ZaOeRV* (1984) 675-783; Lowe, 'The Problem of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution', 34 *ICLQ* (1985) 730.

⁵⁴ Schwebel, 'Third Report on the Non-Navigational Uses of International Watercourses', *YILC* (1982/II/1) 75-100.

⁵⁵ *Caso Fisheries Jurisdiction*, CJI Reports (1974) 30 (paras. 69-70).

Estado anfitrión,⁵⁶ implica el dibujo de un límite entre los soberanos, una determinación de la extensión de sus libertades soberanas. En la ausencia de reglas determinadas, y teniendo la posibilidad de preferir a un soberano por sobre el otro, la práctica legal se ha volcado a la equidad con el objetivo de justificar la delimitación de los dos soberanos vis-à-vis entre ellos.

La sustancia de la ley bajo las doctrinas de la soberanía se ha dispersado a un llamado generalizado de soluciones equitativas o “balanceando” en aquellos conflictos que surjan. Las justificaciones académicas estándar de los derechos estatales, tanto como una consecuencia del hecho puro del Estado de Derecho o como está establecido en las promulgaciones legislativas, no tienen aplicación. No tienen aplicación ya que ni los “hechos” ni las “reglas” son auto-evidentes en la manera que los abogados de la Ilustración lo creían. Los hechos que se supone establecen titularidad no aparecen “automáticamente” sino que son el resultado de una elección de criterio del cual los hechos pueden ser considerados con significación normativa.⁵⁷ Pero las reglas, también, están siempre sujetas a la interpretación. Con el objetivo de relacionarlas con algo tangible, la interpretación debería referirse a algún tipo de hecho. Para establecer el sentido de los hechos, deberíamos tomar la perspectiva de la regla; para decidir acerca de controversias interpretativas acerca de la regla, nosotros debemos –bajo la concepción social– mirar los hechos. Por lo tanto el silencio moderno acerca de las justificaciones teóricas y el salto al compromiso ad hoc.

B. Fuentes

A pesar de su énfasis original en el poder efectivo, la doctrina de la soberanía parecía impracticable debido al modo abstracto y arbitrario en que determinaba su contenido normativo. Es posible empezar de cero e imaginar que el derecho internacional puede también describirse no como una consecuencia de la cualidad de Estado, sino a través de un conjunto de criterios normativos –fuentes– para la creación e identificación del Derecho.

⁵⁶ El Premio LIAMCO, 20 ILM (1981) 76-77 (paras. 150-151).

⁵⁷ “En el terreno del Derecho no hay hecho por si solo, no hay hecho inmediatamente evidente; solo hay hechos comprobados por las autoridades competentes en un procedimiento determinado por el Derecho” H. Kelsen, *Principles of International Law* (editado & revisado por R.M. Tucker) (1966) 388.

De modo poco sorprendente, la doctrina de las fuentes está impregnada de dualismos que expresan en formas diferentes las fuerzas contradictorias ejercidas por las demandas por concreción y normatividad. La doctrina misma suele entenderse desde dos perspectivas: como una descripción de los procesos sociales por los cuales los Estados crean derechos (concreción) y como una metodología para la verificación del contenido del Derecho, independientemente de las opiniones políticas (normatividad). Al integrar ambas explicaciones, la doctrina de las fuentes puede mantener su objetividad aparente. Por un lado, algo no sería Derecho meramente como resultado de su contenido, sino por el resultado de un proceso social. Por el otro lado, la existencia de fuentes en tanto metodología limitante crea la necesaria distancia entre ella y lo que los Estados puedan desear en un momento dado.

A pesar de que no hay grandes desacuerdos entre internacionalistas acerca de la correcta enumeración de fuentes (tratados, costumbre, principios generales), la fuerza retórica de las fuentes (“fuerza vinculante”) se explica desde perspectivas contrastantes. Su importancia se vincula a veces con su capacidad de reflejar la voluntad estadual (consensualismo). En otras ocasiones, esa fuerza vinculante se asocia con la relación entre los argumentos basados en las fuentes y lo que es “justo”, “razonable”, “conforme a la buena fe” o algún otro tipo de metáfora no consensual.

Discusiones estándar acerca del contenido o de la aplicación de normas legales internacionales utilizan la contradicción entre las explicaciones basadas en el consentimiento y en la justicia. Un sector argumenta en términos de consentimiento, el otro en términos de lo que es justo (razonable, etc.). Sin embargo, ningún argumento es enteramente justificable por sí solo. Un argumento puramente consensual no puede en definitiva justificar la aplicación de una norma en contra de Estados que no han consentido (apologismo). Un argumento basado exclusivamente en una noción de justicia viola el principio de la subjetividad del valor (utopía). Por lo tanto, deben apoyarse el uno en el otro. Los argumentos basados en el consentimiento deben explicar la relevancia y el contenido del consentimiento en términos de lo que parece justo. Los argumentos basados en la justicia deben demostrar que son correctos en referencia a aquello a lo que los Estados han consentido.

Debido a que esos movimientos (del consentimiento hacia la justicia; de la justicia hacia el consentimiento) hacen que las posiciones originalmente contrapuestas se asimilen, no puede crearse una solución simplemente eligiendo una de ellas. Una solución solo parece posible ahora ya sea decidiendo qué es que los Estados “realmente” desean, o cuál es “realmente” el contenido de la justicia. Ninguna de esas preguntas, sin embargo, puede responderse sobre las premisas del Estado de Derecho.⁵⁸

Para el abogado moderno, es muy difícil concebir, y más aún justificar, un Derecho que se separaría de lo que los Estados piensan o desean que el Derecho sea. La necesidad aparente de consensualismo parece anclada en la misma crítica que se le hace a las normas naturales, equiparándolas a la superstición. Sin embargo, las críticas contra el consensualismo total –su circularidad lógica, su distancia de la experiencia, su excusa inherente– son conocidas.⁵⁹ El consensualismo no puede justificar la aplicación de una norma en contra de un Estado que se opone a tal aplicación, a menos de que cree una distancia entre la norma y la voluntad momentánea del Estado relevante. Ha sido explicado, por ejemplo, que a pesar de que el Derecho emerja del consentimiento, no necesita del consentimiento de cada Estado en todo momento, sino que un acuerdo general, una *volonté générale* de un *Vereinbarung* es suficiente para la aplicación de la norma.⁶⁰

No obstante, estas explicaciones violan el principio de igualdad soberana –no pueden explicar por qué un Estado debería estar obligado por lo que otro Estado desea. Esto puede, claro está, explicarse a partir de algún concepto de necesidad social. Pero en ese caso, ya nos hemos alejado del consensualismo puro, y nos enfrentamos a la dificultad de explicar el estatus legal de la necesidad asumida y por qué debería apoyar una norma en lugar de otra.

Una estrategia más frecuente es explicar que el Estado ha consentido originalmente (por medio del reconocimiento, consentimiento, no protestando o accediendo “tácitamente”) aunque ahora niegue que lo ha hecho. Un acuerdo tal es extremadamente importante en el discurso liberal de legitimación. Permite defender la limitación social de una

⁵⁸ Ver también Kennedy, *supra* nota 16, pp. 11-107.

⁵⁹ Koskenniemi, *supra* nota 12, pp. 270-273.

⁶⁰ Para el clásico, ver H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (1899) 27, 51-53.

manera consensual, y al mismo tiempo admitir la aplicación de límites en contra de un Estado que niega su consentimiento.⁶¹ Pero incluso este argumento no logra ser convincente ya que debe en definitiva explicarse ya sea de un modo puramente consensual o puramente no consensual, y por lo tanto se vuelve vulnerable a las objeciones acerca del apologismo o de la utopía.

¿Por qué debería un Estado estar obligado por un argumento según el cual ha consentido, si bien “tácitamente”? Si la razón es expresada en términos de respetar su propio consentimiento, entonces debemos explicar por qué nosotros podemos tener un conocimiento superior al Estado mismo acerca de a qué ha consentido. Incluso los consensualistas usualmente conceden que un conocimiento tal no está abierto a observadores externos. Pero incluso si fuera posible “tener un conocimiento superior”, un argumento tal no es realmente defendible dentro de las premisas del Estado de Derecho. Contiene la desagradable implicancia de que ya no podríamos apoyarnos en la voluntad expresada del sujeto legal. Perdería la principal justificación detrás de la legislación democrática y justificaría el establecimiento de un Leviatán –aquel que sabe mejor lo que cada uno “realmente” desea. Es una estrategia para la introducción de opiniones autoritarias con un disfraz democrático.

Los teóricos del consentimiento tácito usualmente explican que la cuestión no se refiere al consentimiento “real”, sino que se trata del consentimiento “supuesto”. Pero entonces, ¿qué permite la aplicación de la suposición en contra de un Estado que niega haber consentido en momento alguno a ello? En este punto, el abogado del consentimiento tácito debe moverse desde el consensualismo hacia el no consensualismo. El consentimiento tácito –o la suposición de consentimiento– obliga porque es “justo” o porque está de acuerdo con la razonabilidad o la buena fe, o porque protege expectativas legítimas o algo similar.⁶² Ahora la dificultad reside en defender la posición no consensual asumida. Pero bajo el principio del valor subjetivo, no puede

⁶¹ Ver, e.g., el argumento en A. Bleckmann, *Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts* (1982) 81, 184-189. Acerca de la construcción del consentimiento tácito de modo general, ver Koskenniemi, *supra* nota 12, pp. 284-291.

⁶² Ver, e.g., J.P. Müller, *Vertrauensschutz im Völkerrecht* (1970); A. Martin, *L'estoppel en droit international public* (1979).

discutirse acerca de la “justicia” de un modo no arbitrario.⁶³ Si esto fuera de otro modo, el Estado de Derecho no tendría sentido, y podría considerarse incluso dañino. Sería posible, claro está, sostener que una noción de razonabilidad se justifica debido a que el Estado en cuestión lo ha aceptado él mismo. Pero esta defensa haría resurgir el problema acerca de cómo es posible oponer una justificación consensual en contra de un Estado que niega su validez. Y, así, ad infinitum.

En el caso del Golfo de Maine (1984), Canadá sostuvo que los Estados Unidos estaban obligados por algún tipo de línea de delimitación, ya que no había protestado en contra de su uso de facto. Basándose en la ausencia de protesta, Canadá explicó por un lado el consentimiento norteamericano a quedar vinculado, y, por el otro, expresó buena fe y equidad. Argumentó en términos tanto de consentimiento como de justicia. La Cámara de la Corte aceptó ambas explicaciones. Comenzó con la segunda, no consensual. El consentimiento y el estoppel tienen en común que “...ambas se derivan del principio fundamental de buena fe y equidad”.⁶⁴

De haber seguido este entendimiento y dado que no todo silencio crea normas, debería haber entrado en una discusión acerca de si las condiciones de la buena fe o de la equidad estaban presentes en ese momento para vincular a los Estados Unidos. Sin embargo, no hubo tal discusión. Esto es comprensible, puesto que argumentar desde la justicia no consensual parece tan subjetivo. En cambio, la Cámara se movió hacia un entendimiento consensual de basarse en la falta de protesta, y siguió con una discusión acerca de si la “carta Hoffman” era evidencia de la aceptación de los Estados Unidos de la equidistancia canadiense. No lo era: “...hechos invocados por Canadá no garantizan la conclusión de que el Gobierno de los EE. UU reconocía de aquel modo la línea mediana de división...”.⁶⁵

En otras palabras, los Estados Unidos no estaban obligados porque no había intención subjetiva de estarlo (independientemente de consideraciones de buena fe o equidad). ¿Cómo llegó la Corte a esta conclusión? Esto hubiera sido apologista y una violación de la soberanía

⁶³ “[I]e principe de bonne foi est un principe moral et rien de plus”. E. Zoller, *La bonne foi en droit international public* (1977) 345.

⁶⁴ Caso Golfo de Maine, CIJ Reports (1984) 305 (para. 130).

⁶⁵ *Id.*, p. 307 (para. 138).

canadiense. La conclusión de la Cámara no concernía la falta de intención “real”, sino la falta de intención “constructiva” de los Estados Unidos. ¿Sobre qué principios estaba basada esta construcción? Principalmente sobre la inconsistencia en los hechos y sobre el bajo estatus gubernamental de las autoridades involucradas.⁶⁶ Pero, ¿qué justificó esta elección de hechos relevantes y su interpretación resultante? ¿Qué hizo a la construcción de la Corte mejor que a la canadiense? El argumento se detiene aquí. Los principios de la construcción no fueron discutidos.

En teoría, la Cámara podría haber utilizado dos principios de construcción: 1) una construcción está justificada si corresponde a la intención; 2) una construcción está justificada si refleja justicia no consensual. Estas son justificaciones exclusivas. Pero ninguna estaba disponible para la Cámara. La primera se encontraba excluida por el argumento previo que impedía la posibilidad de conocer la intención real de los EE.UU. y de utilizarla en contra de Canadá. La segunda se encontraba excluida ya que hubiera involucrado discutir de un modo totalmente no consensual en contra de las justificaciones no consensuales de Canadá. Esto hubiera asumido la corrección de una justicia objetiva, y hubiera entrado en conflicto con el rechazo previo de la Cámara a analizar el consentimiento-estoppel en forma puramente no consensual. La Cámara simplemente tomó una interpretación de la conducta de los EE.UU. diferente a la de Canadá. No se analizó por qué era mejor aquella, ya que no podría haberse analizado. La decisión estaba, en sus propias premisas, socavada por el argumento legal.

Una estructura argumentativa idéntica está presente en la interpretación de tratados. El origen de interpretaciones particulares se encuentra ya sea en la voluntad de alguna parte o en alguna idea de buena fe, razonabilidad, etc.⁶⁷ Debido a que la voluntad “real” de alguna de las partes no puede ser identificada y justificablemente opuesta a una parte que niegue tal intención, y debido a que el contenido de lo que constituye una interpretación “justa” no puede determinarse en modo legal, las doctrinas modernas tardías usualmente conceden el carácter estético e impresionista del proceso interpretativo.⁶⁸ Puntos controversiales

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Para este contraste de modo general, ver, e.g., Zoller, *supra* nota 63, pp. 205-244.

⁶⁸ Sur, *supra* nota 13. Ver también McDougal, *supra* nota 23, pp. 149-157.

acerca de la voluntad de las partes entran en contradicción con puntos igualmente controversiales acerca de la justicia de interpretaciones particulares.

En el Asunto de la Interpretación de las Declaraciones Argelinas del 19 de Enero de 1981, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos debía decidir si el Artículo II de la Declaración de Acuerdo de Reclamaciones incluía el derecho de Irán a presentar cargos en contra de los ciudadanos norteamericanos. La mayoría del Tribunal sostuvo que no podía interpretarse de ese modo. Una “formulación clara” de ese Artículo excluía reclamos iraníes de la jurisdicción del Tribunal. Esta formulación clara tenía autoridad debido a que era la evidencia más clara del consentimiento de las Partes.⁶⁹ La minoría sostuvo que una construcción literal no lograba dar efecto al carácter recíproco del acuerdo. Según su argumentación, la reciprocidad había sido la base misma sobre la cual Irán había aceptado el acuerdo. Al excluir la reciprocidad, la mayoría había violado el consentimiento iraní y había preferido injustificablemente la justicia de la literalidad a la justicia de la reciprocidad.⁷⁰ Ambos lados invocaron el consentimiento y la justicia, pero no fueron capaces de abordar la posición del otro en forma directa. Ninguna de las partes argumenta sobre la base del “consentimiento real”. Pero mientras la mayoría ve al consentimiento manifestado en el texto, la minoría lo ve en la reciprocidad. Ambos lados sostienen qué principio interpretativo es superior dado que refleja mejor el consentimiento. Pero decidir la disputa en base a estos argumentos requeriría un modo de conocer el consentimiento independientemente de sus manifestaciones –una posibilidad excluida ya que se hizo referencia a manifestaciones por la asunción de que no era posible conocer el consentimiento real. Además, tampoco puede ninguna de los dos lados sostener que su justicia –la justicia de la literalidad o la justicia de la reciprocidad– es mejor sin argumentar desde una teoría de la justicia que parece indefensible bajo el Estado de Derecho. En definitiva, las dos interpretaciones no fueron discutidas. Una doctrina que excluye argumentos en base a “tener un conocimiento superior” y a la justicia natural no tiene manera de decidir acerca de la superioridad de interpretaciones contrapuestas.

⁶⁹ Iran – United States Claims Tribunal, ‘Interpretation of the Algerian Declaration of the 19th January 1981’, 62 ILR (1982) 599-600.

⁷⁰ Id., pp. 603-606.

Intentos de explicar por qué los Estados deberían verse obligados por declaraciones unilaterales se han encontrado con problemas similares. En primer lugar, tal como observó la CIJ en el caso de las Pruebas Nucleares (1974), dichas declaraciones pueden considerarse vinculantes “(c)uando la intención del Estado que realiza la declaración es quedar vinculado conforme a sus términos”.⁷¹ Sin embargo, su fuerza vinculante no puede ser plenamente consensual, ya que de ese modo el Estado podría liberarse simplemente por medio de otro acto de voluntad. Por lo tanto, la Corte también notó que “(u)no de los principios que gobiernan la creación y el cumplimiento de las obligaciones legales ... es el principio de buena fe...Por consiguiente, los Estados interesados pueden tomar conocimiento de las declaraciones unilaterales y confiar en ellas, y tienen el derecho de requerir el respeto de la obligación así creada”.⁷² Así, el Estado que realiza la declaración está obligado independientemente de su voluntad, por el simple hecho de la declaración y de la confianza por parte de los otros.

La necesidad de formular ambos argumentos parece evidente. El primer argumento –consensual– de la Corte justificó mantener a Francia obligada por sus declaraciones. Pero, a la vez, era amenazante porque implicaba que Francia podía modificar o concluir esa obligación a su voluntad. Esto violaría las voluntades y la soberanía de los demandantes (Australia y Nueva Zelanda). El segundo argumento –no consensual– acerca de la buena fe y las expectativas legítimas era necesario para proteger las voluntades y la soberanía antes mencionadas. La decisión fue al mismo tiempo consensual y no consensual. Permitió basar la norma aplicable sobre la protección de la soberanía de cada Estado involucrado. Simultáneamente, pareció dar efecto a lo que la justicia parecía requerir.

No obstante, la decisión continúa siendo también vulnerable desde cada una de las perspectivas. ¿Cómo pudo la Corte basar su norma sobre el consentimiento de Francia, frente a la negación de tal consentimiento por parte de Francia misma? La Corte no explica cómo puede proteger la confianza de los demandantes, dado que ellos niegan haber confiado. Tampoco explica su teoría de la justicia según la cual estas declaraciones

⁷¹ Caso Nuclear Tests, CIJ Reports (1974) 267 (para. 43).

⁷² Id., p. 268 (para. 46).

y acciones, en estas circunstancias, son vinculantes porque ello está en acuerdo con la buena fe.

En ninguna parte la estructura, importancia y debilidades del consentimiento tácito resultan más patentes que en el argumento ortodoxo acerca del derecho internacional consuetudinario.

De acuerdo con este argumento, existe costumbre vinculante si hay una práctica material de Estados a tal efecto, y si tal práctica se encuentra motivada por la creencia de que es obligatoria. Esta “teoría de dos elementos” da expresión al principio de la sociología liberal por el que el significado –sea o no Derecho– de la acción social no reside ni en su apariencia externa ni en lo que alguien pueda pensar, sino que es una combinación de ambos: un elemento externo (material) y uno interno (psicológico).⁷³ La función del elemento externo es asegurarse de que la costumbre pueda establecerse sin tener que apoyarse en la visión política momentánea de los Estados. El punto del elemento interno es distinguir a la costumbre de la coerción.

El problema con la teoría de dos elementos es que ninguno de los elementos puede identificarse independientemente del otro. Por lo tanto, no pueden utilizarse para evitar la aparición de Mr. Hyde en cada uno.

Los abogados modernos han rechazado explicaciones puramente materialistas acerca de la costumbre por considerarlas apologistas e incapaces de distinguir entre las limitaciones de hecho y el Derecho. Si queda excluido que esta distinción pueda hacerse en base a la justicia del comportamiento relevante, entonces solo puede trazarse haciendo referencia al elemento psicológico, la *opinio juris*. Sin embargo, tal como han mostrado numerosos estudiantes de la jurisprudencia de la CIJ, no existen criterios independientemente aplicables para establecer la presencia de la *opinio juris*. La CIJ ha inferido su presencia o ausencia simplemente a partir del grado y de la intensidad de la práctica material que ha estudiado.⁷⁴ Además, no parece siquiera posible asumir la existencia de un criterio tal y que la opinión de ese modo recibida pueda

⁷³ Ver Hart, *supra* nota 19, p. 91. Para una discusión al respecto, ver Koskenniemi, “The Normative Force of Habit; International Custom and Social Theory”, 1 *Finnish Yearbook of International Law* (a publicar).

⁷⁴ Ver, e.g., M Sørensen, *Les sources du droit international* 1946) 108-111; Virally, “The Sources of International Law” en Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (1968) 134-5; H. Günther, *Zur Entsehung von Völkergewohnheitsrecht* (1970) 70. Ver también Koskenniemi, *nota supra* 12, p. 380-381.

oponerse a un Estado que no haya consentido. Eso sería un argumento acerca de tener un conocimiento superior. En otras palabras, si bien parece posible distinguir a la “costumbre” de lo que es de hecho efectivo solo en base a lo que los Estados creen, no pareciera que estas creencias puedan identificarse independientemente de lo que es de hecho efectivo.

Se podría intentar evitar la circularidad antes mencionada asumiendo que algunos tipos de comportamiento son por su naturaleza – “intrínsecamente”– tales que pueden generar (o no generar) una costumbre normativa. Sin embargo, intentos de formular listas de estos tipos de comportamiento no han sido exitosos. Un concepto “flexible” de la práctica material ha emergido: todo acto o declaración puede considerarse práctica generadora de costumbre tan solo si los Estados así lo desean.⁷⁵ (De hecho, cualquier otra conclusión manifestaría un naturalismo ilegítimo y violaría los principios de la sociología liberal: no estaría considerando el “aspecto interno”). Usar este criterio (aquellos que los Estados desean), sin embargo, asumiría que es posible conocer la opinión independientemente del acto en el que ésta se expresa. No obstante, esta posibilidad ya quedó excluida por nuestro argumento previo acerca de la necesidad de observar en primer lugar la práctica material. En efecto, si pudiéramos conocer las intenciones de los Estados independientemente de lo que éstos hacen, toda la teoría de los dos elementos sería innecesaria: podríamos, simplemente, aplicar esas intenciones. La costumbre podría fusionarse con el acuerdo (informal). (En tal caso, claro está, nos encontraríamos con la dificultad de tener que interpretar el contenido imbuido en un argumento de ese tipo haciendo referencia nuevamente a las voluntades “reales” de las partes o a alguna noción de justicia, tal como explicamos más arriba).

La doctrina del derecho consuetudinario continúa indeterminada porque es circular. Asume que el comportamiento es evidencia de las intenciones de los Estados (opinio juris) y asume que estas últimas son evidencia del comportamiento que es relevante como costumbre. Para evitar las excusas (apoyándose en la voluntad presente del Estado), tiene en cuenta el elemento psicológico desde la perspectiva del material; para evitar el utopismo (realizando la distinción entre el usos vinculantes y no vinculantes haciendo referencia a lo que es justo), tiene en cuenta el

⁷⁵ Ver, e.g., Ferrari-Bravo, ‘La coutume internationale dans la pratique des Etats’, 192 RCDI (1985) 243 y Koskenniemi, *supra* nota 12, pp. 383-384.

elemento material desde la perspectiva del psicológico. No puede ocupar ninguna de las dos posiciones en forma permanente sin volverse vulnerable a las críticas generadas por la otra. Los supuestos mismos detrás del derecho internacional consuetudinario proveen el mecanismo para su autodestrucción.

Para la práctica internacional de fines de la modernidad, la teoría estándar es cada vez más un camuflaje para lo que es en realidad un intento de entender a la costumbre en términos de una equidad bilateralizada. La CIJ, por ejemplo, siempre ha sido ambigua en cuanto a la naturaleza de las reglas no escritas que ha identificado. El argumento de la Corte acerca de la costumbre relevante en los casos de las *Pesquerías Anglo-Noruegas* (1951) y de la *Jurisdicción sobre las Pesquerías* (1974) ya consideran la cuestión más en términos del interés relevante en juego que intentando buscar alguna regla general para “aplicar”.⁷⁶ Los diversos casos sobre delimitación marítima extendieron aún más esta movida. El veredicto en el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares de EE.UU.* (1986) ni siquiera intentó seriamente justificar sus cuatro reglas consuetudinarias –no-uso de la fuerza, no-intervención, respeto por la soberanía y, especialmente, las reglas humanitarias relevantes– en términos de práctica material y de *opinio juris*.⁷⁷

Muchos han quedado insatisfechos con la estrategia moderna de argumentar que cada estándar no-escrito imaginable es “costumbre”. Sir Robert Jennings, entre otros, ha notado que lo que tendemos a llamar costumbre: “no solo no es derecho consuetudinario: ni siquiera se asemeja vagamente al derecho consuetudinario”.⁷⁸ Sin embargo, si un estándar no-escrito no puede discutirse en términos de prácticas materiales o de creencias relacionadas a tales prácticas, entonces solo puede existir como derecho natural –siendo únicamente defendible por referencia a la importancia política de su contenido. De hecho, mucha de la práctica de la CIJ en el sentido relevante permanece *ex cathedra*: la Corte ha “instituido un sistema de toma de decisiones en el que la conclusión alcanzada es determinada por la aplicación de reglas que son

⁷⁶ Caso *Anglo-Norwegian*, CIJ Reports (1951) 1933; Caso *Fisheries Jurisdiction*, Reports (1974) 30-33 (paras. 69-79).

⁷⁷ Caso *US Military and Paramilitary Activities*, CIJ Reports (1986) 97-115 (paras. 183-220).

⁷⁸ Jennings, ‘The Identification of International Law’ en Cheng (ed.), *International Law, Teaching and Practice* (1982) 5

en gran parte tratadas como autoevidentes”.⁷⁹ Sin lugar a dudas, suele haber consenso sobre esas reglas, por ejemplo, sobre las “consideraciones elementales de humanidad” invocadas por la Corte en el caso del Canal de Corfú (1949). No obstante, el problema es claramente menos explicar por qué aquellos que consienten están obligados, que por qué también lo están aquellos que no consienten y cómo debería argumentarse si surgen controversias interpretativas.

V. LA POLÍTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

La idea de un Estado de Derecho internacional ha sido creíble dado que luchar por él no implica compromiso alguno respecto del contenido de las normas así establecidas, o del carácter de la sociedad promovida. Era posible para las potencias europeas del siglo 19 empezar a pensar en sus relaciones en términos de reglas legales porque formalizaron relaciones inter-soberanas y ningún soberano necesitó sentir que sus políticas substantivas quedaban excluidas. Era posible para la Asamblea General de la ONU aceptar por consenso la Declaración sobre la “Década para el Derecho Internacional” precisamente por los mismos motivos. Esto se ve resaltado de modo impresionante por el hecho de que la Década no contenía un programa substantivo. La declaración, meramente, llama a la promoción del respeto de los principios del derecho internacional y la resolución pacífica de disputas, y del aliento al desarrollo y diseminación del derecho internacional. Las cuestiones del propósito al que el Derecho debía servir o de qué tipo de reglas debía promover no fueron tratadas por ella.

El derecho internacional moderno es un marco teórico elaborado para deferir la resolución substantiva en otro lado: en el procedimiento subsiguiente, la interpretación, la equidad, el contexto, etc. La Convención sobre Derecho del Mar de 1982 representa el ejemplo típico: en lugar de una lista de cosas para hacer y cosas para no hacer, establece un marco teórico para delimitar los poderes soberanos y asignar jurisdicciones – asumiendo que los problemas substantivos acerca de los usos del mar pueden resolverse mejor asignando el poder decisorio en otro lugar, dentro del contexto y usualmente haciendo referencia a los

⁷⁹ Kearney, ‘Sources of Law and the International Court of Justice’, en Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice* (Vol. I) (1976) 653.

“principios de equidad”.⁸⁰ El éxito del derecho internacional depende de esta formalidad; esta negativa a establecer reglas determinantes o resoluciones prefabricadas a futuros conflictos. A pesar de que hay un “proceso” inequívocamente legal –y en este sentido, un sistema relativamente autónomo y coherente que puede ser abstraído en tratados académicos– no hay estándares legales determinantes. Déjenme explicar esto de alguna manera esquemática.

El Estado de Derecho constituye un intento de proveer a la vida comunal sin dejar de lado la autonomía individual. La vida comunal, claro está, es necesaria para asegurarse de que el individualismo no lleve a una anarquía o tiranía. El individualismo es necesario porque, de otro modo, seguiría siendo objetable por parte de aquellos que sienten que el tipo de comunidad provista no cumple con sus criterios políticos. Desde esta perspectiva, las pretensiones comunitaristas del Derecho se volverían apologías totalitaristas.⁸¹

El Derecho apunta a cumplir esta doble tarea por medio de formalizarse: apoyando ni ideales comunitarios particulares ni políticas soberanas particulares. O, a la inversa, una regla, argumento o doctrina legal es aceptable si puede explicarse tanto desde la perspectiva de mejorar a la comunidad (porque de otro modo parecería apologistas) como desde la perspectiva de salvaguardar la soberanía (porque de otro modo sus implicancias serían totalitaristas). El problema es que, desde el momento en que alguna de estas justificaciones se esgrime en defensa de algún tipo particular de existencia comunal o algún límite determinado a la autonomía soberana, son vulnerables desde una perspectiva substantiva contrapuesta. Por lo tanto, mientras un defensor justifica su resultado substantivo preferido en base a su capacidad de apoyar a la comunidad, se vuelve simultáneamente posible para su contraparte – quien no comparte el mismo ideal comunal – atacar a la misma justificación por totalitarista. Del mismo modo, una regla, principio o solución justificada en base al modo en que protege a la soberanía puede –para alguien que delinee los límites de la “soberanía” en forma diferente– ser atacada por apoyar el egoísmo y la anarquía.

⁸⁰ Ver, de modo general, Allott, ‘Power Sharing in the Law of the Sea’, 77 AJIL (1983) 1-30; Kennedy, *supra* nota 16, pp. 201-245.

⁸¹ Ver, para mayor detalle, el influyente artículo de Kennedy, ‘The Structure of Blackstone’s Commentaries’, 18 Buffalo L.R. (1979) 205.

Tomemos el caso de la contaminación transfronteriza. Gases nocivos circulan desde el Estado A hacia el territorio del Estado B. El Estado A hace referencia a su “derecho soberano a utilizar sus recursos naturales de acuerdo con sus políticas nacionales”. El Estado B sostiene que A tiene que poner fin a la contaminación. Argumenta que la posición de A es egoísta, mientras que hace que su propio argumento parezca comunitarista. Puede referirse a una norma de “uso no-dañino del territorio”, por ejemplo, y justificar esto por referencia a analogía a la regla que concierne a los ríos internacionales y a los recursos naturales, así como a precedentes y a resoluciones de la Asamblea General.⁸²

El Estado A puede ahora responder diciendo que no pueden oponérsele normas de un modo tan totalitarista. A se encuentra obligado únicamente por normas que ha aceptado. Nunca ha aceptado las analogías trazadas por B. Esto forzaría a B ya sea a argumentar que su norma preferida es vinculante independientemente de la aceptación –en cuyo caso lleva las de perder ya que su argumento parecería utópico– o ya sea a cambiar su postura para hacer que su posición parezca también protectora de la soberanía. El Estado B podría ahora sostener que la contaminación viola su propia libertad y constituye una interferencia en sus cuestiones internas, tal como hizo Australia en el caso sobre las Pruebas Nucleares.⁸³ La posición de B parecería ahora tanto comunitarista (respecto de A) como individualista (respecto del mismo B).

Para responder a este último argumento de B, A necesita formular un punto comunitario. Podría sostener que existe una norma que regula la vecindad amigable, por ejemplo aquella observada en el caso sobre el Lago Lanoux (1957), que requiere que un Estado tolere inconvenientes menores que resulten de usos legítimos del territorio de Estados vecinos.⁸⁴ B no puede demandar integridad territorial completa. La posición de A es ahora tanto individualista (respecto del mismo A) como comunitarista (respecto de B).

El argumento podría continuarse. Ambas partes podrían apoyar la faceta comunitarista de sus posiciones, haciendo referencia a la equidad,

⁸² Para ambos argumentos, ver Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, supra nota 50, y para mayor detalle, Koskenniemi, supra nota 51, pp. 100-103.

⁸³ Caso Nuclear Tests, CIJ Pleadings I-14.

⁸⁴ Caso Lake Lanoux, XII UNRIIAA p. 316.

a principios generales y cosas por el estilo, para negar la autonomía (egoísmo) del otro. Y podrían también apoyar los argumentos basados en la soberanía, enfatizando su independencia, consentimiento, integridad territorial, autodeterminación, etc. Para atacar los argumentos comunitaristas (totalitarios) de su adversario. De tal modo, no es posible decidir el caso simplemente eligiendo a autonomía por sobre la comunidad o viceversa. Ambos argumentos apoyan ambas posiciones. El caso no puede resolverse haciendo referencia a cualquiera de los conceptos disponibles (soberanía, uso no-nocivo del territorio, integridad territorial, independencia, buena vecindad, equidad, etc.) ya que cada uno de esos conceptos puede construirse para apoyar cualquiera de las dos pretensiones. Asimismo, las construcciones no tienen ninguna preferencia legalmente determinada. Una Corte podría decir que una de las posiciones es mejor por cuestiones de equidad, por ejemplo. O podría intentar “balancear” las posiciones. Sin embargo, al justificar su concepción de lo que es equitativo, la Corte deberá asumir una teoría de la justicia –una teoría, no obstante, que no puede seguir justificando mediante referencia a los conceptos legales mismos.

Otro ejemplo concierne las relaciones entre un inversor extranjero y el Estado huésped. Podría proponerse la visión que enfatiza el individualismo, la separación y el consentimiento para apoyar la soberanía del Estado huésped –su derecho a nacionalizar la empresa sin compensación “pronta, adecuada y efectiva”. La misma posición, no obstante, puede ser derivada de igual modo de puntos comunitaristas acerca de la justicia, la igualdad o la solidaridad, o el carácter vinculante del nuevo orden económico internacional, por ejemplo.⁸⁵ El caso del Estado de origen puede argumentarse de una forma similar, haciendo énfasis en la libertad, la individualidad y el consentimiento de dicho Estado –tal y como lo expresa la doctrina de los derechos adquiridos– o en el carácter vinculante no-consensual de la norma *pacta sunt servanda*, buena fe u otra concepción conveniente de la justicia. Para elegir, quien resuelve el problema debería simplemente preferir una de las soberanías –en cuyo caso la igualdad soberana es rechazada– o debería utilizar otra

⁸⁵ Ambas justificaciones para este derecho pueden encontrarse, por ejemplo, en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, Res. 3281 (XXIX) UNGA (12 de diciembre 1974).

teoría de la justicia (o equidad) que no puede, sin embargo, justificar haciendo referencia al Estado de Derecho.⁸⁶

La relación entre los principios de autodeterminación y de integridad territorial, ambos habiendo sido consagrados en un sinnúmero de Resoluciones de la Asamblea General de la ONU, continúa siendo un rompecabezas.⁸⁷ El problema, según podemos ahora entenderlo, es que ninguno de los principios en conflicto puede preferirse al otro, porque son en definitiva iguales. Cuando un pueblo exige integridad territorial, exige respeto de su identidad en tanto entidad auto-determinativa y viceversa. Para solucionar el conflicto, uno debería necesitar un principio externo acerca de qué tipo de asociación humana conlleva este respeto, y cuál no lo hace. Esto parece involucrar argumentar sobre la base de visiones discutidas y políticas acerca del tipo de organización a la que debería apuntar materialmente el Derecho.

La formalidad del derecho internacional hace posible que cada Estado piense su concepción substantiva de la sociedad mundial, así como su visión acerca del alcance de la libertad soberana, a través del prisma de los conceptos y de las categorías legales. No existe una distorsión externa introducida en el Derecho. Se trate de una consecuencia necesaria de una visión según la cual no hay una "buena vida" naturalmente existente, no hay un límite a la libertad soberana que existiría por fuerza de alguna necesidad histórica. Si rechazamos este tipo de naturalismo – y, desde la Ilustración, todos han tenido buenos motivos para rechazarlo –, entonces imponer una concepción substantiva de la vida comunal o de los límites a la soberanía solo puede aparecer como una restricción ilegítima – prefiriendo la política de un Estado por sobre la de otro.

Es imposible tomar decisiones substantivas dentro del Derecho y que éstas no impliquen una elección política. El giro moderno tardío hacia la equidad en los distintos ámbitos del derecho internacional es, en este sentido, una admisión saludable de algo que está presente de cualquier modo: al final, legitimar o criticar determinado comportamiento estatal

⁸⁶ "A solution therefore should recognize the home state's and the host state's sovereign right to the investment concerned and should endeavour to find an equitable balance between them", Seidl-Hohenveldem, 'International Economic Law. General Course on Public International Law', 198 RCDI (1986) 54.

⁸⁷ Ver UNGA Res. 1514 (XV), 14 de diciembre 1960; 2625 (xxv) 24 de octubre 1970 y comentarios, por ej. En M. Pomerance, *Self-Determination in Law and Practice; the New Doctrine in the United Nations*, 43-47 y *passim*.

no es una cuestión de aplicar reglas formalmente neutrales, sino que depende de lo que uno considere políticamente correcto, o justo.

VI. CONCLUSIÓN

Los teóricos del presente tienden a explicar nuestra condición post-moderna como el resultado de una tragedia de derrotas. Para los abogados internacionalistas, la Ilustración significó la pérdida de la fe en un orden natural entre los pueblos, las naciones y los soberanos. Para contener el subjetivismo político, los juristas de los siglos 19 y 20 varían su fe entre la lógica y los textos, la historia y el poder para encontrar bases seguras y objetivas. Cada intento condujo a la desilusión. El uso de la lógica dependía de qué axiomas políticos eran insertos como premisas. Los textos, los hechos, y la historia eran capaces de ser interpretados de las formas más variadas. Al hacer su interpretación, el jurista siempre estaba forzado a depender en matrices conceptuales que ya no podían ser defendidas por los textos, los hechos o las historias a las cuales estas últimas le otorgaban significado. Estas fueron –y son– arenas de luchas políticas.

Pero retrotraerse a la fe incuestionable de Victoria o de Suarez no es más una opción. No es posible empezar a asumir que la política –justicia y equidad– puede ser discutida de forma tal que, en el final, todos lleguen a un acuerdo. Esto enseña una lección. Porque el mundo –incluyendo las visiones de los abogados acerca de esto– es conflictivo, y cualquier gran diseño para un “orden mundial” siempre resultará sospechoso. Cualquier regla legal, principio o proyecto de orden mundial sólo parecerá aceptable cuando sea estipulado de una forma abstracta y formal. Cuando sea aplicada, habrá descartado algunas interpretaciones, algunas experiencias colectivas, y parecerá apologista.

Teóricos sociales han documentado un giro reciente en las sociedades nacionales que se alejan del *Rechtstaat*, a una sociedad en la que el conflicto social se encuentra cada vez más con estándares y compromisos flexibles y contextualmente determinados.⁸⁸ El alejamiento de los principios generales y de las reglas formales a una equidad determinada contextualmente puede reflejar un giro similar al del desarrollo del

⁸⁸ Ver, e.g., R.M. Unger, *Law in Modern Society, Toward a Criticism of Social Theory* (1976); T. O' Hagan, *The End of Law?* (1984).

pensamiento y la práctica legal internacional. Existen razones de sobra para tomar seriamente este giro –a pesar de que esto pueda significar que los abogados deben re-pensar su propia imagen profesional. Los problemas de justicia contextual no pueden ser resueltos por aplicación de reglas o principios previamente preparadas. Su solución requiere aventurarse en terrenos tales como la política, la casuística social y económica, que fueron formalmente delimitadas más allá del punto en el que el argumento legal se supone debe llegar como para permanecer “legal”. Para estar seguros, debemos permanecer inciertos. Resoluciones basadas en la aceptabilidad política no puede ser lograda con el tipo de certeza que los abogados de la post-Ilustración deseaban lograr. Y sin embargo, es sólo a través de su permanencia, que se prevendrá prevenir su utilización para la tiranía.