

La política del derecho internacional – 20 años después

Martti Koskenniemi[†]

El ensayo examina algunos de los cambios en la forma de pensar de Martti Koskenniemi acerca de la política de participación en el derecho internacional. El ensayo apunta al cambio de enfoque de la indeterminación de los argumentos jurídicos a los sesgos estructurales de las instituciones internacionales. En el ensayo se discuten la política de la definición, es decir, la práctica estratégica de definir las situaciones y los problemas internacionales en nuevos lenguajes de expertos con el fin de obtener el control sobre ellos. Asimismo, el ensayo ataca el creciente ‘gerencialismo’ en la materia y termina con algunas reflexiones acerca de la importancia de las impresiones del autor hace 20 años.

Palabras clave: Estado de Derecho, política

[†] 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 London School of Economics and Political Science (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 New York University (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.

I. DE DOCTRINAS A INSTITUCIONES

Veinte años atrás, el primer artículo de la Revista Europea Sobre Derecho Internacional argumentaba sobre la inevitabilidad de la política en la profesión del derecho público internacional. Este punto era hecho analizando con algún grado de detalle algunos problemas doctrinarios – soberanía, fuentes, historia, jurisprudencia– familiares para todos los abogados internacionalistas. Fue, por su puesto, escrito esbozando una crítica. Su estilo y sus perspectivas siguen las del realismo jurídico y de los estudios legales críticos, de la corriente principal del estructuralismo, y los aspectos de la hermenéutica jurídica –aunque intenta mantener sus compromisos metodológicos bajo la superficie con el fin de poder hablar de forma directa a la comunidad del derecho internacional. Fue inspirado por una frustración debido al aislamiento del derecho internacional público de los avances en la teoría y metodología legal, y la convicción que la ingenuidad de la profesión era todo menos inocente –y que era de alguna forma responsable por la injerencia del derecho internacional público en la perpetuación de los problemas que oficialmente proclamaba aliviar. El artículo no era muy claro respecto de cuál era su objetivo, además de la falta de imaginación profesional, y dejaba abiertos sus propios compromisos, aquello que procuraba “alcanzar” (además de acrecentar la complejidad y la conciencia dentro de la profesión). Tampoco explicaba a qué se refería con “política” en su título más allá del tipo de problemas a los que los abogados siempre han apuntado al discutir el uso de la “discreción” en el derecho.

Tal vez el artículo fue un poco ingenuo en asumir que la demostración de la naturaleza contradictoria e inconsecuente de un argumento jurídico, la forma en que todo lo relacionado con la ley deriva en controvertidas hipótesis (‘políticas’), respecto de que el mundo haría que caigan las escamas de los ojos de los profesionales; que obligaría a un proceso de auto-examinación que transformaría las preferencias de las instituciones internacionales en apoyo de causas “progresistas”. Este tipo de crítica inherente de la cual formaba parte, no funciona en la realidad de esa manera. Principalmente, carece de poder frente al hecho comprobado de que los expertos legales pueden fallar en tomarse con seriedad los reclamos de determinación y coherencia: “Por supuesto que sabemos que no es tan simple. Por supuesto que todavía queda más por hacer allí fuera”. En ese caso, la intervención crítica sólo confirma aquello que ya todos (secretamente) saben –y dispara contra la crítica como una

acusación de que este último ha simplemente perdido el tren. Además, al llamar la atención acerca de la incoherencia y el conflicto pareciera asumir que el derecho internacional es una disciplina intelectual que podría (o debería) prestar mucha consideración a los problemas lógicos. Ello puede ser en su conjunto erróneo. Como oficio, puede simplemente pasar por alto sus ambiciones intelectuales como algo carente de esencia. “Tratamos con serios problemas de paz y guerra, gobernación y distribución; y ustedes se preocupan por la coherencia. ¡Como si eso fuera de alguna forma progresista! Y si la coherencia y la determinación no pueden ser alcanzadas de todos modos, ¿por qué su incoherencia sería mejor que la nuestra?”. Una demostración de que “todo depende de la política” no nos acerca ni un centímetro hacia una mejor política.

Muchos de estos problemas fueron discutidos y distinguidos en forma novedosa durante el trascurso de las últimas dos décadas. Una nueva generación de abogados ha hecho un balance del poder y las debilidades de las críticas y mi propia respuesta y sus revisiones han sido publicadas en diversos lugares, en su más completa versión en el Epílogo de la edición del año 2005 de “De una disculpa a una utopía” y en una conferencia en la London School of Economics en el 2007.¹ Hoy en día hay mayor predisposición que veinte años atrás para involucrarse en una reflexión sobre el rol político del derecho internacional y sus aspectos positivos y negativos. Los estudiantes con ambición intelectual están involucrándose cada vez más en los temas que fueron expuestos por primera vez en el trabajo de David Kennedy y continuados por él junto a muchos otros. La dirección de los nuevos trabajos fue explorada en otros lados.² Una faceta particularmente importante de los nuevos enfoques en esta área es cómo manejan las temáticas post-coloniales, y provienen frecuentemente de estudiantes del Tercer Mundo, inclusive si fueron educados en universidades del Norte. En cualquier caso, a menudo pareciera que las mayores apuestas políticas residen en si la nueva generación de intelectuales del Tercer Mundo es capaz de combinar el

¹ Respecto de comentarios en detalle de lectores, ver especialmente los ensayos de la sección especial de la publicación de la nueva edición de *From Apology in 7 German LJ* (2006), issue 12.

² Véase, e.g., Cass, ‘Navigating the Newstream’, 65 *Nordic J Int’l L* (1996) 341; S.R. Ratner y A.-M. Slaughter, *The Methods of International Law* (2004); A. Orford, *International Law and its Others* (2006); Koskeniemi, “International Legal Theory and Doctrine”, en *Max Planck Encyclopaedia of International Law* (2008), disponible en: www.mpepil.com. Véase también E. Jouannet, H. Ruiz-Fabri, y J.-M. Sorel (eds), *Regards d’une nouvelle génération sur le droit international* (2008) y S. Marks (ed.), *International Law on the Left: Reexamining Marxist Legacies* (2008).

profesionalismo legal con nuevas estrategias de concientización sobre los límites y posibilidades ofrecidas por el derecho internacional para el compromiso político.

El artículo de hace veinte años lidiaba con la estructura internacional del lenguaje legal. La incorporación más significativa al artículo original fue el énfasis en el sesgo estructural que transforma el análisis doctrinal en una discusión de prácticas institucionales, la forma en que los patrones de preferencias están formados y operan dentro de instituciones internacionales. Una demostración de la falta de coherencia (“política”) de los argumentos legales es sólo el prefacio al punto más importante: si bien todas las justificaciones oficiales de la toma de decisiones están desarrolladas de tal manera que pueden apoyar posiciones contrarias o resultados contrarios, en la práctica nunca algo es tan aleatorio. Todo abogado competente sabe que el mundo de la práctica legal es en realidad bastante predecible. Como Susan Marks ha dicho recientemente, junto a la demostración de la “falsa necesidad” –hoy ya una crítica clásica– lo que necesita demostración es la “falsa contingencia”, la idea de que porque las estructuras argumentativas se encuentran abiertas todo vale.³ Recientes debates sobre gobierno global y especialmente la fragmentación del derecho internacional ha demostrado claramente el surgimiento y funcionamiento de un sesgo estructural. A través de la especialización –es decir, a través de la creación de regímenes especiales de conocimiento y experiencia en áreas como “derecho mercantil”, “derechos humanos”, “derecho ambiental”, “derecho de seguridad”, “derecho penal internacional”, “derecho europeo”, etc.– el mundo de la práctica legal está siendo dividido en proyectos institucionales que sirven a audiencias especiales con intereses especiales y un especial carácter distintivo. El punto de crear estas instituciones especializadas es precisamente afectar los resultados que están siendo producidos en un mundo internacional. Pocas cosas son totalmente aleatorias allí fuera, tal como los abogados que ejercen la profesión bien saben a raíz de dirigir sus temas hacia aquellas instituciones donde pueden encontrar oídos más comprensivos.

Esta es la razón por la cual muchas de las búsquedas por una dirección política toman forma de un conflicto jurisdiccional, una lucha entre competencias de lenguajes de expertos, cada uno equipado con un sesgo específico. Si dichos regímenes son audaces en su ambición, y están

³ Marks, ‘False Contingency’, 61 *Current Legal Problems* (próximamente, 2009).

dispuestos a confiar en el apoyo de algún sector poderoso del mundo político, entonces tal vez puedan triunfar en cambiar el sesgo estructural del derecho. Por ejemplo, el aumento de tratados de inversión bilateral han ciertamente transformado la relación entre el inversor privado y el estado receptor comparado con como lo era 20 años atrás. En menor escala, los esfuerzos por el Tribunal Criminal Internacional de la ex Yugoslavia en el caso Tadic para tomar como responsables a los estados externos por el comportamiento de las partes durante una guerra civil sobre la base del control que ejercían en el territorio es otro ejemplo de un (tal vez fracasado) esfuerzo para cambiar la ley en apoyo al proyecto “en contra de la impunidad” de los años 90. Otros ejemplos provienen de una re-interpretación del lenguaje legal general como “derechos humanos” en términos de las preferencias de nuevos intereses sectoriales –por ejemplo, los intereses de propiedad privada o seguridad. Como los “derechos humanos”, así como cualquier otro vocablo legal, es intrínsecamente abierto, lo que se pueda leer en este concepto (o de este concepto) es materia de una sutil interpretación estratégica. Si una corte británica puede interpretar la detención indefinida de una persona en Iraq como una medida de derechos humanos, entonces esa definición forma parte de un patrón cambiante de resultados producidos por instituciones que recurren a un vocabulario de derechos humanos.⁴

Más modesto aunque no necesariamente menos efectivo es abstenerse de ataques contra el viejo sesgo, y argumentar “sólo” en términos de una excepción con patrones. Así es como normalmente se consolidan nuevas preferencias. Este argumento se refiere a que en relación a “recientes desarrollos” en la esfera técnica, económica, política, u otras esferas (típicamente relacionada con alguna definición sociológica de la “globalización”), han emergido nuevas necesidades o intereses que requieren un nuevo tratamiento. El nuevo régimen –por ejemplo, un régimen de protección o seguridad ambiental– busca responder a nuevos “desafíos” no reemplazando la vieja regla sino creando un “excepción” a ella. A veces, sin embargo, la excepción puede ganar más terreno hasta que se convierta en una nueva regla. “Derechos

⁴ Para el primer ejemplo ver *The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) v. Secretaría de Estado para la Defensa*, Sentencia de 12 de Agosto 2005, Caso No. CO/3673/2005 [2005] EWHC 1809 (Admin), [2007] QB 621, at para. 104. En la misma línea, véase la discusión de los argumentos del fiscal general de Australia respecto de las medidas de contra-terrorismo como una implementación de los derechos humanos en *Carne, Reconstituting “Human Security” in a New Security Environment. An Australian, two Canadians and article 3 of the Universal Declaration on Human Rights*.²⁵ *Australian YB of Int’l L* (2006) 1.

humanos” y “comercio” se han comportado definitivamente de esa forma. El hecho de que muchas escuelas de derecho norteamericanas (y algunas europeas también) hayan reemplazado los cursos de “derecho internacional público” por cursos de “derecho ambiental internacional”, “transacciones comerciales internacionales”, “derecho penal internacional” o “derecho y globalización” sugieren que el centro habría colapsado totalmente y su lugar ha sido reemplazado por una multitud de especializaciones, cada una con su lenguaje, prospectos vocacionales, y, por su puesto, sesgo estructural. Esta es la razón por la cual los conflictos políticos más importantes de mundo internacional están frecuentemente articulados como conflictos de derecho aplicable y de jurisdicción. Temáticas como “el comercio y medioambiente”, “seguridad y derechos humanos”, “desarrollo e inversión” dan nombre a estos conflictos, mientras que conceptos tales como “desarrollo sustentable”, “responsabilidad de protección” o “seguridad humana”, junto a varias otras, evidencian compromisos frágiles en áreas donde la lucha entre grupos opuestos de expertos y sus preferencias (todavía) no han sido terminadas. Indican además temas de avanzada dentro de los cuales abogados ambiciosos crecientemente intervienen por su efecto político. Todo ello está basado en la idea de que es relevante saber qué institución va a tener el poder de decidir –por ejemplo, si un problema sobre la contaminación proveniente de una planta de reprocesamiento nuclear será solucionado con la ley universal del régimen marítimo o un esquema económico regional; si la gestión de los recursos pesqueros está dirigido a funcionarios de los alimentos y la agricultura (FAO), expertos en comercio (OMC), o conservacionistas (CITES); o si las actividad de oficiales militares en zonas de conflicto deben ser evaluadas a través del prisma de “derechos humanos” o del “derecho humanitario”.⁵

La intervención política es hoy a menudo una política de redefinición, es decir, la definición estratégica de una situación o un problema por referencia a un lenguaje técnico como para abrir la puerta y poder aplicar conocimientos relacionados con ese lenguaje, junto con el ajuste del

⁵ El primer ejemplo es el de la planta de MOX. Respecto de mis comentarios a este tema ver Koskenniemi, *Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education*, 1 *European Journal of Legal Studies* (2007) 1; para el segundo ejemplo ver M.A. Young, ‘A Legal Framework for Regime Interaction: Lessons from International Trade and Fisheries Regimes’, Discurso en el Lauterpacht Centre of International Law, Cambridge, 21 Nov. 2008. Para una petición reciente para aplicar estándares de derechos humanos (sobre ley humanitaria) en conflictos internacionales véase Orakhelashvili, ‘The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?’, 19 *EJIL* (2008) 161.

sesgo estructural. Aquí, sólo la imaginación pone el límite. Piense en un hecho cotidiano en el plano internacional, como el transporte de productos químicos peligrosos por vía marítima. Esto puede ser conceptualizado al menos por media docena de lenguajes técnicos, acompañada por el mismo número de áreas de competencia y sus tipos correspondientes: derecho mercantil, ley de transporte, derecho del medio ambiente, derecho del mar, “derecho de los productos químicos”, y las leyes de derechos humanos. Cada uno tendría algo que decir sobre el asunto. Cada una de las áreas lo narraría como parte de un conjunto diferente de actividades humanas, valores y prioridades. La legislación comercial podría centrarse en los acuerdos comerciales entre los países y sus relaciones con terceros. Derecho del transporte podría destacar las relaciones legales – técnicas entre las diferentes partes de un único contrato de transporte y asignar jurisdicción diferente entre los sistemas jurídicos a los que se adhieren. Derecho ambiental podría examinar la naturaleza de la carga y las propiedades del entorno a través del cual está pasando. Derecho del mar podría concentrarse en la jurisdicción del Estado costero y el Estado del puerto, o tal vez en las normas pertinentes de la OMI, mientras que “derecho de los productos químicos” lo examinaría desde la perspectiva de las mejores prácticas, las formas del funcionamiento estándar, y la situación económica de la industria. Y, finalmente, las leyes de derechos humanos podrían concentrarse en los peligros del transporte para las personas que participan en él, las condiciones a bordo del barco y durante la descarga del cargamento, y así sucesivamente. Es probable que cada uno de estos lenguajes señale algunas soluciones, algunos actores, algunos intereses. Ninguna de ellas es más ‘verdadera’ que las otras. Cada una hace algunos aspectos de la cuestión más visibles, mientras oculta otros aspectos, prefiriendo ciertas maneras de tratar con él, a costa de otras maneras.

Lo que es presentado como significativo y lo que es empujado a la oscuridad se determina por la elección del lenguaje a través del cual el asunto se mira, el cual proporciona la base para la aplicación de un tipo particular de ley y conocimientos jurídicos. Que esta elección no se ve generalmente como tal –es decir, como una elección– entre lenguajes, sino como algo natural, los torna ideológicos. Si hace 20 años parecía intelectualmente necesario y políticamente útil demostrar la indeterminación (y, por lo tanto, la preferencia política) dentro del lenguaje del derecho internacional público, la crítica actual tendrá que centrarse en el choque de los diferentes lenguajes –derecho internacional

público tan sólo un competidor entre muchos de la autoridad mundial– y poner de relieve la manera en que sus diversas descripciones trabajan para impulsar algunos actores e intereses, dejando otros en las sombras. La política de la redefinición consiste en cambios en la producción de tipos de resultados dentro de las instituciones internacionales, reflejando así los esfuerzos por parte de los hablantes de lenguas nativas de algún idioma local para elevar el estatus de sus lenguajes a una suerte de Esperanto. Esto es lo que el énfasis en la “universalidad” en nuestra profesión intenta cuidar. Puede que no sea suficiente simplemente ocupar el lugar de la decisión. Uno también podría querer asegurar que las decisiones emanen de una lógica externa o de un método lógico que sea neutral entre los participantes, que lo que haga el trabajo no sea el método “de uno” sino el método universal (o “científico”) –o, aún mejor, que lo que haga el trabajo no sea un “método” sino la misma realidad.⁶

No hay nada que sea nuevo o fuera de orden en este proceso –aparte del hecho de que las luchas se describen en el lenguaje neutral de especialización.⁷ Esto oculta u oscurece la naturaleza contingente de las decisiones tomadas, el hecho de que lo que está en cuestión es el sesgo estructural y no la aplicación de algunos derechos neutrales económicos, ambientales y humanos, o razones de seguridad. En esta medida, los lenguajes actúan como “ideologías” en el sentido técnico de cosificar, haciendo parecer parcial y controvertido algo que es necesario o neutral. Conciencia de sesgo en este sentido sugiere dos conclusiones en lo que respecta a la enseñanza de los estudiantes, la redacción de artículos, la cooperación con sus colegas. Una es la de examinar más de cerca las decisiones estratégicas que se abren con los vocabularios particulares de la gobernanza global. La otra concierne a la actitud adecuada a tomar con respecto al gerencialismo subyacente en los debates legales internacionales actuales.

II. PRÁCTICA: UN OJO A LAS OPCIONES ESTRATÉGICAS

El derecho internacional de hoy en día ofrece una amplia variedad de lenguajes e instituciones especializadas con la que nos involucramos en la práctica jurídica. Muy a menudo, como ha señalado David Kennedy, nos

⁶ He descrito esto en otras situaciones como una disputa por la hegemonía: ver Koskeniemi, ‘International Law and Hegemony: A Reconfiguration’, 17 Cambridge Review of Int’l Affairs (2004) 197.

⁷ Véase también Kennedy, ‘The Mystery of Global Governance’, 1 Kormendy Lecture, Ohio Northern University, Pettit College of Law, 25 Jan. 2008, disponible en: www.law.harvard.edu/faculty/faculty-workshops/kennedy.workshop.pdf.

comprometemos con ellas sin reflexionar sobre sus consecuencias en el mundo de los efectos.⁸ Existe la sensación de que la práctica del “derecho internacional” o de los “derechos humanos” o el “libre comercio” o trabajar para las instituciones que se han comprometido con “refugiados”, “el derecho humanitario”, o la “seguridad humana” es por sí mismo un movimiento progresista, y que la adhesión a los hablantes nativos de esos idiomas es automáticamente un movimiento beneficioso para llevar a cabo. Pero si la crítica de la indeterminación de hace 20 años es acertada, entonces eso no puede ser automáticamente el caso. Por el contrario, los lenguajes y las instituciones deben a su vez aparecer como lugares de controversia y compromiso donde las “corrientes prevalecientes” constantemente chocan con contrincantes minoritarios. Un acuerdo amplio sobre los objetivos institucionales entre los abogados de la misma especialidad a menudo conduce al completo desacuerdo sobre cómo deben ser entendidos y cuál podría ser la mejor manera de llevarlos a cabo en una determinada situación; hay una izquierda y una derecha del derecho mercantil, así como formas conservadoras y anti conservadoras de hablar acerca de los derechos humanos. La globalización puede haber cambiado la locus del compromiso político de los «estados soberanos» a los «regímenes funcionales».⁹ Sin embargo, apenas ha transformado la dinámica de tal compromiso. Todavía consiste en conquistar la posición de toma de decisiones dentro de la institución de uno, y luego trazar la agenda de la reforma. Es útil pensar en el “régimen funcional”, por analogía con el “Estado soberano” que existió en otro tiempo. Como este último, los regímenes se caracterizan ideológicamente por el solipsismo y el imperialismo, tanto la auto-absorción y la urgencia por traducir todo lo que está a la vista a su idioma preferido. Sin embargo, no se trata de “bolas de billar”, sino que se dividen en cuanto al punto y propósito y en cuanto a las decisiones estratégicas correctas para tomar a la vista de cualquier situación particular de los Estados-nación.

Por ahora hemos aprendido que la posesión de alguna identidad nacional particular no es determinante. No compromete a uno con particulares formas de pensar o de comportarse, al menos no en la medida que uno no asimile inconscientemente con algún fantasma del “espíritu nacional” –algo en contra de lo que los abogados internacionales

⁸ D. Kennedy, *The Dark Sides of Virtue. Reassessing International Humanitarianism* (2005).

⁹ Véase G. Teubner and A. Fischer-Lescano, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts* (2006).

han sido apuntalados a raíz de su profesión. Análogamente, los lenguajes funcionales son indeterminados, coexistiendo con las más variadas formas de pensar y actuar en el mundo. Los economistas, ambientalistas y expertos en derechos humanos están tan divididos entre sí como lo están los finlandeses, franceses, o los habitantes de Fiji sobre la forma de entender el mundo y qué hacer con él. Los regímenes, instituciones y lenguajes que se ofrecen a los abogados como idiomas para gestionar la “globalización” no tienen consecuencias automáticas: unirse a una institución o elegir un lenguaje profesional implica encerrarse a uno mismo en una jaula de hierro a al igual que lo hace el ser un nacional de Finlandia, Francia, o Fiji. La crítica de hace 20 años demostró la indeterminación del derecho internacional público. Hoy en día, el análisis crítico tendrá que hacer lo mismo en lo que respecta a este tipo de lenguajes alternativos.¹⁰ Esta es una buena noticia en tanto las perspectivas de una vida profesional significativa son afectadas: muchas cosas están abiertas a la redefinición y la innovación dentro de los propios vocabularios.

Pero para sacar provecho de esto se requiere la adopción de una actitud más matizada respecto de los conflictos jurisdiccionales y las decisiones concomitantes de efectos distributivos. Rara vez es autoevidente de qué lado se debe estar en disputas acerca de la competencia: el lenguaje del comercio puede ser usado para unir y para liberar, como lo es el lenguaje del medio ambiente. Esto exige aumentar la sensibilidad respecto de las decisiones estratégicas. Permítanme tomar un ejemplo familiar. Activistas de derechos humanos y expertos en seguridad con frecuencia optan por estrategias de “integración” para aumentar su influencia en la política comercial, el gobierno de los Estados fallidos, o la cooperación para el desarrollo.¹¹

Si la estrategia tiene éxito, la institución hará que el uso creciente del lenguaje de los derechos humanos o del lenguaje de la seguridad en sus documentos oficiales y las nuevas posiciones administrativas se abran

¹⁰ Nada es más simple que esto, y mucho trabajo ha sido hecho, por ejemplo, para mostrar la indeterminación de los lenguajes de los derechos humanos, la seguridad y el medioambiente -y por ende para señalar las elecciones políticas predilectas y minimizadas por ese tipo de discursos. Hasta ahora, los sesgos del sistema de comercio han sido más bien asumidos que rigurosamente demostrados. Sin embargo, un comienzo útil es Orford, “Trade, Human Rights, and the Economy of Sacrifice”, en Orford (ed.), *supra* nota 3, especialmente en 166 – 192.

¹¹ Dos estudios de dichas estrategias, a los cuales he sido vinculado recientemente, incluyen S. Seppänen, *Possibilities and Challenges of the Human-Rights Based Approach to Development* (2005) y T. Pajuste, *Mainstreaming Human Rights in the Context of The European Security and Defence Policy* (2008).

para “expertos en derechos humanos” o “expertos en seguridad”. Si bien todo esto puede de hecho empoderar a los activistas de derechos humanos o profesionales de la seguridad, aún está muy lejos de tener algún efecto en los resultados institucionales. En primer lugar, como he tratado de argumentar más arriba, cualquier política puede, con un poco de ingenuidad, ser descripta en términos de “derechos humanos” o en términos de “seguridad”, debido a la apertura de esos términos. Si no se cambian los resultados institucionales, entonces el cambio de vocabulario sólo acabará aturdiendo la capacidad de transformación que se buscaba en un principio. Pero a menudo es poco claro lo que la “preferencia de los derechos humanos” o la “preocupación por la seguridad” podrían implicar. En los proyectos de desarrollo, por ejemplo, los derechos humanos pueden ser utilizados para apoyar la propiedad privada indígena, así como también para establecer cooperativas apoyadas por el gobierno. Pueden invocarse para atacar o apoyar algún proyecto agrícola a gran escala, en función de si se prioriza la preocupación por la producción de alimentos o la prevención de la contaminación. Y ¿qué sucede con los ataques masivos contra supuestos “puestos terroristas” en países técnicamente neutros? ¿Efectivamente limitan o aumentan el terrorismo? El punto no es que esas preguntas no se pueden responder; sino que la aplicación de un lenguaje particular no puede proveer directivas claras para la toma de cursos de acción. Uno debe conocer la comprensión de “derechos humanos” de quién, o cuál noción de seguridad debe ser preferida y, una vez que la preferencia es fijada, qué tipo de acción mejor la apoyará.¹²

Es una experiencia recurrente que cuantos más activistas participan en la gestión administrativa, mayor es la dificultad que enfrentan para identificar aquella política que realmente fomenta aquellos intereses que querían apuntalar al iniciar su gestión. La apertura de los lenguajes profesionales a decisiones en pugna empujará a los abogados hacia análisis cada vez más detallados respecto de eficiencia económica, adecuación administrativa, causalidad social. Cuanto más acuciantes se tornan tales preguntas, más difícil resultará distinguir el trabajo legal de la actividad que realizan otros expertos, expertos en economía, coordinadores administrativos, sociólogos, etc. Al final, se plantea la pregunta respecto de si hay (o puede haber) algún compromiso

¹² Otro estudio reciente, publicado en Helsinki, marca algunos de estos puntos: ver P. Niemelä, *The Politics of the Responsibility to Protect. Problems and Prospects* (2008).

distintivo con los “derechos humanos” o la “seguridad” –o incluso con la “ley”– que no constituya un compromiso con una teoría particular del desarrollo económico, la equidad en la distribución, o la rectitud administrativa. Es difícil ver cómo los peligros inherentes a la búsqueda de transformar a los reformistas institucionales en administradores ordinarios podrían evitarse sin tomar distancia absoluta de la “integración”. Hay mucho que decir en favor de las voces críticas que permanecen fuera de los procedimientos administrativos regulares, como los críticos y los organismos de control, marcando los intereses y preferencias de aquellos que no están regularmente representados en las instituciones internacionales. Esto los protege de la necesidad de hacer el tipo de decisiones mundanas que los administradores tienen que realizar de forma rutinaria y que exigen una reducción de las preferencias personales al empleo de reglas universales, pragmáticas, que se han simplificado con las prácticas actuales. Y sin embargo, a raíz de esto se corre el riesgo de la marginación, la irrelevancia, o incluso la arrogancia del martirio y no se puede recomendar más, en términos generales, respecto de su contraparte. La elección entre participar o no es un dilema siempre presente en cualquier política institucional y no puede ser resuelto mediante una fórmula general. Sólo la sensibilidad estratégica y la búsqueda de distancia crítica pueden recomendarse – cualidades que se oponen a la plena inmersión en la cultura administrativa en la que uno está llamado a trabajar, es decir, que se oponen al gerencialismo.

III. TEORÍA: CONTRA EL GERENCIALISMO

Desde aquel temprano artículo muchas cosas han sucedido en el mundo académico jurídico internacional. En la actualidad existe un creciente cuerpo de la escritura crítica que utiliza el tipo de técnicas que se desplegaron en el artículo y encarna el mismo tipo de impulso de transformación, pero es quizás más clara en aquello que rechaza y aquello que quiere lograr en el mundo. El proyecto crítico se ha extendido a las normas de derechos humanos, al derecho penal internacional, al derecho ambiental, a la gobernanación post-conflicto, a la construcción del Estado, y “intervención”, entre otros. La nueva redacción ha buscado vínculos con el nuevo pensamiento en el derecho comparado, el derecho internacional privado *tout court*, el derecho y desarrollo, así como con la

historia del derecho.¹³ El trabajo sobre las prácticas institucionales (en lugar de las simplemente argumentativas) de los actores internacionales (las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales, los regímenes de expertos y redes) se ha centrado en la brecha entre las promesas y los logros.¹⁴

Se ha vuelto común adoptar un lenguaje feminista, tercermundista, post-colonial, o incluso un lenguaje marxista, y así poner en primer plano los compromisos políticos del análisis.¹⁵ No es en absoluto extraño ver la doctrina salpicada por referencias antropológicas o sociológicas o por reflexiones traídas de las relaciones internacionales, la teoría política o la economía política.

Pero la “interdisciplinarietà” a menudo viene con una dudosa política.¹⁶ En particular, me refiero a la clase de “gerencialismo” que sugiere que los problemas internacionales –problemas de la “globalización”– deben ser resueltos mediante el desarrollo de lenguajes técnicos cada vez más complicados para la formulación de la política institucional. Uno encuentra a menudo esto en la sugerencia de reemplazar las costumbres arcaicas del derecho internacional por un lenguaje político de la “gobernabilidad”, la “regulación”, o la “legitimidad” inspirado en la ciencia. El enfoque de gestión es crítico de los aspectos formales de la estructura legal que a menudo se ve como un obstáculo para una acción eficaz. Su preferencia recae sobre los “regímenes” informales y su atención se centra en (el hecho del) “cumplimiento” en lugar de en el análisis (normativo) de aquello con lo que hay que cumplir. El gerencialismo procura realizar los “intereses” más o menos problemáticos de “actores” (a menudo identificados como estados de bolas de billar o “billiard-ball states”). Para ello, los objetivos de la acción institucional están dados y las únicas preguntas restantes se refieren a la forma de realización óptima. La posición con que fantasea el

¹³ El trabajo es demasiado extenso para ser adecuadamente reflejado aquí. Para algunos ejemplos, véase, e.g., A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (2001); K. Knop, R. Michaels, y A. Riles (eds), *Transdisciplinary Conflicts of Laws, 71 Law and Contemporary Problems* (2008); D. Trubek y A. Santos, *The New Law and Economic Development* (2006); Orford, *supra* nota 3; A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (2004); N. Berman, *Passions et ambivalences. Le colonialism, le nationalisme et le droit international* (2008).

¹⁴ Véase, e.g., R. Wilde, *International Territorial Administration. How Trusteeship and The Civilizing Mission Never Went Away* (2008); Bhuta, ‘Against State-Building’, *15 Constellations* (2008) 517.

¹⁵ Véase, e.g., C. Chinkin and H. Charlesworth, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis* (2000); Anghie, *supra* note 14; Marks (ed.), *supra* nota 3.

¹⁶ Por no decir nada acerca de cómo sirve para reforzar los límites disciplinarios al darlos por sentados y al perpetuar las identificaciones disciplinarias de los participantes al evaluarlos como “representantes” de orientaciones académicas particulares.

gerencialismo es la de sujetar la oreja del príncipe –de ahí la apremiante preocupación por obtener resultados concretos, la insistencia en la propuesta política al final del artículo.¹⁷ Para el gerencialista, las cuestiones normativas acerca de los fines de la acción o sobre el orden correcto de los fines en conflicto aparecen solamente en el lenguaje de la “legitimidad” que las traduce en “sentimientos” empíricamente maniobrables ante la audiencia.¹⁸ Como el comportamiento no es causado por la ley, sino por la “coincidencia de intereses y la coacción”, el gerencialista sólo puede ver la “interdiscipliniedad” como un camino hacia la toma de control académico: ‘Hay una literatura del derecho internacional más sofisticada en un campo dentro de las relaciones internacionales: las ciencias políticas’.¹⁹

Sin embargo, cuanto más se concibe el derecho internacional en esos términos, más absurdo empieza a parecer. Las causalidades del mundo son demasiado complejas y las simplificaciones estratégicas demasiado crudas. El “interés” funcional no es un dato sólido de políticas para ‘aplicar’ sino un objeto de controversia interpretativa, inestable en el lugar y en el tiempo y tan indeterminada como la “regla” que debía reemplazar –aunque, por supuesto, acompañado de un sesgo diferente, el de la élite en la ciencia política. Esto no sólo es un problema sobre el anacronismo de un retorno sugerido a un tiempo (¿De inocencia?) anterior al “Positivismusstreit” de los años 1960 y 1970, es decir, antes del colapso de la idea de que la ciencia social normativa debe ser construida a través del idiolecto de la explicación del comportamiento y la predicción.²⁰ Por supuesto, los conocimientos empíricos y técnicos tienen su utilidad. Estos afilan el análisis y dan un sentido más claro de las alternativas disponibles para la acción. Pero no tienen nada que decir que sería de interés normativo y aún menos emancipador.²¹ Y, sin embargo, el gerencialismo tiene su normatividad oculta que privilegia los valores y actores que ocupan posiciones dominantes en las instituciones internacionales y que, por lo tanto, no tienen ninguna razón para tener una actitud crítica hacia las instituciones. Esto refuerza la idea de que las

¹⁷ He discutido esto en Koskeniemi, ‘Constitutionalism as Mindset. Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization’, 8 *Theoretical Inquiries in Law* (2007) 9. Véase también Koskeniemi, ‘Miserable Comforters: International Relations as Natural Law’, 15 *European Journal of International Relations* (próximamente, 2009).

¹⁸ Véase también Koskeniemi, ‘Legitimacy, Rights and Ideology: Notes towards a Critique of the new Moral Internationalism’, 7 *Associations. J Legal and Social Theory* (2003) 349.

¹⁹ J. Goldsmith and E. Posner, *The Limits of International Law* (2005), pág. 15.

²⁰ Para una introducción véase T. Adorno (ed.), *The Positivist Dispute in German Sociology* (1976).

²¹ Para otra introducción véase J. Habermas, *Knowledge and Human Interests* (1976).

cuestiones de distribución y preferencia ya han sido decididas en otro lugar, por lo que todo lo que queda son cuestiones técnicas, preguntas acerca de cómo allanar el camino del príncipe.

Por otra parte, cuanto más pienso en la jurisprudencia tradicional (europea) de la exégesis y en el gerencialismo que busca desafiarla, más claro se hace que los dos parecen habitar el mismo espacio conceptual. La búsqueda de la correcta interpretación de un concepto y la derivación óptima de una política de alguna noción de “interés” parece igualmente obsesionada con la búsqueda de una respuesta correcta, y la creencia de que esto es posible a través del razonamiento técnico, en un caso, a través de la interpretación, en el otro a través de la “elección racional”. Ambos son igualmente insistentes en restar importancia al papel de la voluntad y el azar, la pasión y la ideología en la forma en que el mundo está gobernado, y su propia implicación en el mismo. Aunque ambos caen ligeramente de nuevo en la contextualidad de la solución que ofrecen, cada uno todavía piensa en sí mismo como una teoría general o un método. Por esto, asignan los poderes de toma de decisiones a los hablantes nativos de sus lenguajes concomitantes, y así logran cambios sutiles en el patrón de las decisiones institucionales y los resultados. En el mejor de los escenarios, ambos arrojan luz sobre algunas experiencias de los participantes del mundo, y por lo tanto permiten planificar y comunicarse profesionalmente en las instituciones internacionales. En el peor de los escenarios, oscurecen las formas en que el poder se ejerce y hace que determinadas jerarquías intelectuales o sociales parezcan aspectos naturales de nuestras vidas.

Esto sugiere que la yuxtaposición entre el formalismo constitucional europeo y el reto “imperial” a las instituciones internacionales por parte de los EE.UU. en los últimos años –el motivo de muchos apretones de manos académicos– puede estar algo fuera de lugar. Creer que el compromiso con la “ley” sería una opción automática progresiva no es una directiva a la política menos cruda que la creencia de que todo debe ser racionalizado para el logro de la preferencia imperial. La pregunta sigue siendo siempre: ¿qué tipo de ley (o la ley de quién), y qué tipo de preferencia (o la preferencia de quién)? son acordes con el constitucionalismo y el imperio, como surge del testimonio tanto de la experiencia europea del siglo XIX como con la experiencia estadounidense actual. Por supuesto, el constitucionalismo adoptado especialmente por las universidades alemanas hoy en día está conectado culturalmente con (o tiene un sesgo por) la transparencia y la rendición

de cuentas, que son aspectos valiosos de la vida institucional.²² Pero esto no son pruebas para convertirse en una fachada para el estatismo, y la pregunta debe ser hecha siempre, qué debe ser incluido en la Constitución, y qué queda afuera (como “privado”, por ejemplo, o como “científico”), y a quién sitúa la actual constitución en los puestos de toma de decisiones. Apruebo completamente la gesta política para redefinir el mundo gerencial de las instituciones internacionales a través de lenguajes constitucionales o administrativistas –no por el valor intrínseco de los lenguajes, sino por el desafío crítico que suponen para la cultura vigente hoy en día de la regla del experto político, y tal vez por el atractivo del (Kantiano) perfeccionismo que establecieron como meta reguladora de las instituciones humanas.²³ Sin embargo, la ley no es la panacea.

Los problemas en la “guerra contra el terror”, por ejemplo, no surgen de la ausencia de “ley” o de “derechos” –de hecho, una gran cantidad de leyes y reglamentos posibilitan y dirigen las actividades de aquellos implicados.²⁴ Esto quiere decir que meramente hacer algo “legal” o una cuestión de “derecho”, no bastará como garantía del carácter beneficioso de la elección que uno haga. ¿Acaso una autorización del Consejo de Seguridad a la guerra de Irak realmente hubiera cambiado lo que pensamos de ella? Una vez más, no se puede evitar recurrir a las decisiones estratégicas. O –de manera más realista– no se puede evitar la oscilación entre descubrir la opción estratégica correcta y volver a caer en las maneras de actuar institucionalmente convencionales, en tanto reglas generales adecuadas, sobre la política adecuada.

Un antídoto para la exégesis y el gerencialismo radica en un giro hacia la historia, muy visible recientemente en el derecho internacional. Esto puede haber estado inspirado por una preocupación puramente historiográfica: la idea de que no se ha hecho lo suficiente para dilucidar el a menudo ambivalente papel que la ley y los abogados han cumplido en la elaboración de políticas y conflictos, o que las historias habituales han o bien errado en el lado de la hagiografía o han reducido las

²² Para la política del constitucionalismo véase ahora ‘The Exercise of Public Authority by International Institutions’, Special Issue of the German LJ (ed. A. von Bogdandy, R. Wolfrum, J. von Bernstorff, P. Dann, and M. Goldmann), 9 German LJ (2008) 1375. Para el giro hacia el lenguaje administrativista ver B. Kingbury, N. Krisch, and R.B. Stewart (eds), ‘The Emergence of Global Administrative Law’, 68 Law & Contemporary Problems (2005).

²³ Véase Koskeniemi, ‘Constitutionalism’, supra nota 18, en 33 – 36.

²⁴ Véase D. Kennedy, *Of War and Law* (2006); Johns, ‘Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception’, 16 EJIL (2005) 613.

causalidades del mundo a narrativas de época excesivamente homogéneas. Nuevas historias han tratado de crear una sensación real de que la profesión no se trata solamente acerca de limitar el uso del poder, sino también de permitir y facilitar el uso del poder. A menudo han estado inspirados por una preocupación normativa, en particular por el presentimiento de que algún aspecto de la política actual se entiende mejor como una versión acabada de algún viejo patrón de privilegios (típicamente el eurocentrismo, el colonialismo, o la “misión civilizadora”).²⁵ Historia magistra vitae puede ser una base metodológica dudosa en la que para hacer el punto sobre la importancia de la historia. Como estilo de la escritura legal, sin embargo, la narrativa histórica libera la imaginación política para avanzar con mayor libertad en el mundo de las opciones alternativas, iluminando sus falsas necesidades y falsas contingencias.

IV. REVISTA EUROPEA DE DERECHO INTERNACIONAL

Hace algunos años publiqué un relato de la creación de la primera revista de derecho internacional, la *Revue de droit international et la législation comparée* en 1869 y la primera sociedad internacional profesional, el *Institut de droit international* en 1873, como parte del arraigo liberal europeo después de un período de progreso en Europa, con motivo de las nubes de la crisis venidera que habían comenzado a aparecer en el horizonte político.²⁶ El derecho internacional nació en el marco de un movimiento para defender un proyecto liberal-internacionalista en un momento de peligro y oportunidad. Los hombres de 1873 sabían lo que Lenin supo, a saber, que un diario no es sólo un propagador colectivo o un agitador colectivo, sino también un organizador colectivo. Había también, supongo, gran parte de eso en la creación de la Revista Europea de Derecho Internacional en 1989 y la Sociedad Europea de Derecho Internacional algunos años después. Veinte años atrás, al igual que a finales del siglo XIX, los abogados animados por lo que los ‘hombres de 1873’ llamaron su *esprit d'internationalité* respondieron a los cambios en curso en el mundo con un cambio hacia la intensificación de la profesionalidad con la

²⁵ Véase especialmente los trabajos de Berman y Anghie, supra nota 14 y, e.g., la extensivamente histórica C. Mieville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (2005) y E. Jouannet and H. Ruiz-Fabri, *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis* (2007).

²⁶ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall and International law 1870 – 1960* (2001), en 11 – 97.

modernización del ethos.²⁷ Esa respuesta se organiza a partir de una variedad de lugares distintivos. En 1873 los lugares claves fueron la Universidad de Columbia, Ghent, Heidelberg, y Ginebra; en 1989 Florencia, Munich, de nuevo Ginebra, y Greenwich Village. El punto era convertir una posición de privilegio en causas progresistas (e inevitablemente a la inversa). La Revista Europea desde entonces se ha convertido en una de las publicaciones más interesantes de la especialidad y la Universidad de Nueva York ha llegado a ser considerada como el hogar de la mundialmente más prestigiosa escuela europea de derecho. Pero es difícil decir si eso se traduce en influencia política, o qué dirección puede haber tenido esa influencia. El hecho de que la Revista ya no acepta manuscritos franceses habla mucho acerca de la inclusión de “Europa” en su título. Pero los proyectos políticos significativos no están necesariamente vinculados con una base territorial determinada, un Nomos.

Los argumentos presentados precedentemente en la Parte 2 sugieren que el etiquetado de un proyecto bajo el título de “Europa” puede evocar todo tipo de asociaciones culturales y políticas ambivalentes. Se trata de una opción estratégica que no puede ser reducida a la alineación con un espíritu utópico inherente a ese nombre sobrecargado. Y sin embargo, hay que tener en cuenta que lo que aquella elección logra en el mundo no puede constantemente ser repensado en términos estratégicos. Al igual que cualquier nombre o concepto, se torna independiente; se convierte en un vehículo autónomo de un sesgo y es adoptado como una segunda naturaleza, una casa y una fe, una prisión y una puerta abierta.

²⁷ En efecto, a menudo pareció, durante y luego de 1989, que el cambio internacional había sido al revés, hacia un futuro que debería haber sido entonces.