

Soberanía, derecho y política en la sociedad internacional.

Ensayo sobre la *autonomía relativa* del derecho internacional

Carlos D. Espósito

Sumario: Introducción. / 1. Perspectivas escolásticas de derecho internacional. / 1.1. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico: las tradiciones clásicas del derecho internacional. / 1.1.1. El iusnaturalismo en derecho internacional. / 1.1.2. El positivismo jurídico en derecho internacional. / 1.2. El realismo y su escepticismo frente a las normas jurídicas internacionales. / 1.3. La escuela de New Haven. / 1.3.1. Postulados básicos. / 1.3.2. El derecho internacional como proceso: el ejemplo de R. Higgins. / 1.3.3. El género de los incidentes en derecho internacional. / 1.4. La nueva corriente de estudios jurídicos internacionales. / 1.5. Feminismo y derecho internacional. / 1.6. Derecho internacional y análisis económico del derecho. / 1.7. Las teorías de las relaciones internacionales y el derecho internacional.

Introducción

El presente ensayo es una aproximación a la idea de autonomía relativa del derecho internacional. Esta expresión es equívoca y está llamada a generar un consenso demasiado amplio para ser significativo. En consecuencia es relevante advertir que este trabajo tiene por objeto exponer una defensa de un concepto de derecho internacional no auto contenido,' conectado directamente con la política, que indaga acerca de su grado de *autonomía*, aunque sea como una forma especial del razonamiento práctico. En efecto, creo que en tiempos de inmensidad, madurez y especialización del derecho internacional, la búsqueda de una *autonomía* jurídica representa un desafío para el jurista: la política, la

ideología, la economía, las teorías de relaciones internacionales, todas estas materias quieren "adueñarse" del pensamiento jurídico, restándole autonomía y, en ocasiones incluso, privándolo de autonomía. De ahí el desafío: si el derecho internacional es política, si se trata en realidad de normas de moralidad práctica, si sus juicios están determinados por el género, si sus decisiones deben responder a los análisis de eficiencia y costo-beneficio, entonces ¿tiene autonomía el derecho internacional? ¿cuál es hoy la autonomía del derecho internacional?

El ensayo se organiza de la siguiente manera: (1) En la primera parte expondré algunos rasgos distintivos de las escuelas de derecho internacional que se disputan el protagonismo de la argumentación jurídica en el escenario internacional actual/ La de-

1. Edward HALLIDAY CARR, en el contexto de su defensa del Derecho como una función de un determinado orden político, dijo que el derecho no puede autoabastecerse: "Law cannot be self-contained; for the obligation to obey it must always rest on something outside itself. Edward HALLIDAY CARR, *The Twenty Years' Crisis 1919-1939*, Nueva York: Harper & Row, 2ª ed., 1946, p. 178. Cf el curso de Louis HIZNKIN en la Academia de Derecho Internacional de La Haya: Louis LIENKIN, "International Law: Politics, Values and Functions", 216 *Rec. des Cours* 9 (1989-1V) (conectando Derecho internacional y sistema político internacional). Véase *infra* nota 194 y texto. Sin embargo, conviene tener en cuenta que hoy existen en la teoría social defensas de los sistemas sociales como sistemas autoreferentes y *autopoieticos*, es decir, sistemas que crean sus propias condiciones de existencia y sus propias condiciones de cambio. Esta es la teoría defendida por Niklas LUHMANN en una obra de una extensión impresionante, cuya expresión jurídica está contenida ahora en su libro *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 1995.
2. Sobre los temas que a continuación voy a tratar, me gustaría adelantar algunos libros que me han resultado particularmente útiles: R. Si. J. McDONALD y Douglas M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1983, primera parte; G. J. H. VAN HOOF, *Rethinking the Sources of International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1983; Martti KOSKENNIEMI (ed.), *International Law*, Aldershot et al.: Dartmouth, 1992; Robert J. BECK, Anthony CLARK AREND y Robert D. VANDKOR (eds.), *International Rules*, Oxford: Oxford University Press, 1996. En castellano sólo destacaré dos textos recientes, en primer lugar, el artículo del profesor Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, titulado de forma similar a un excelente libro sobre *El retorno a la gran teoría en las ciencias humanas* editado por Quentin Skinner, "Vuelta a la teoría", aparecido en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 179-196; y el capítulo primero del libro *Derecho internacional* (Madrid: McGraw-Hill, 1997) dirigido por mi maestro Antonio REMIRO

limitación del objetivo que persigo hace necesario un breve tratamiento de las escuelas clásicas de derecho internacional, aunque trataré de que su estudio sea lo más sintético posible teniendo en cuenta la abundancia de análisis que existen sobre las mismas. De esta manera, el positivismo y el naturalismo serán descritos de forma general y en ningún caso con la pretensión de desarrollar un estudio histórico,³ poniendo de relieve aquellas características de los mismos que luego serán criticadas o puestas en duda por las nuevas corrientes de pensamiento jurídico, como es el caso de una cierta manera de comprender el universalismo por las escuelas de derecho natural o el apego a una especie de formalismo por parte del positivismo jurídico. He incorporado unos párrafos dedicados al realismo, teniendo en cuenta que dicho movimiento significó una negación de la eficacia del derecho internacional o, cuando menos, una reducción extrema de su fuerza normativa obligatoria. En cuanto a las escuelas "nuevas", la escuela crítica, el análisis económico del derecho y el feminismo, también con un objetivo mesurado, me concentraré en describir sus rasgos esenciales, sus críticas a la visión "clásica" del derecho internacional y, si existen, sus propuestas de cambio.⁴ Por último, en un intento de

alcanzar la mayor interdisciplinariedad posible, también me ocupó de la relación entre derecho y relaciones internacionales. (2) La segunda parte de este ensayo presenta una forma posible y, a mi modo de ver, también plausible de entender la conexión directa entre política y derecho,⁵ y lo que significa para una concepción relativamente autónoma del derecho internacional. (3) La tercera parte del ensayo tiene una finalidad ilustrativa y, de acuerdo con lo expresado en las anteriores partes del trabajo, pretende mostrar algunos aspectos de la interrelación de la política, la moral y el derecho en el contexto del derecho internacional.

1. Perspectivas escolásticas de derecho internacional

1.1. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico: las tradiciones clásicas del derecho internacional

Tengo la impresión de que las tensiones entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, a diferencia de lo que ocurre entre positivismo y pos positivismo, se han suavizado mucho a finales del siglo XX. Mi experiencia como estudiante de licenciatura en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires fue diversa. Recuerdo muchas controversias entre mis profesores, que empezaban sus clases proclamándose de una u otra escuela, sin especificar claramente los puntos de partida y las consecuencias de sus definiciones. Hacia el final de mis estudios tuve lá buena suerte de conocer al profesor Carlos Niño, que si bien se definía como un positivista conceptual, me enseñó que la controversia entre las dos escuelas, cuando existía, se concretaba en una o dos tesis radicalmente diferentes, y yo mismo he llegado a pensar qué hoy por hoy imperan las posiciones intermedias sobre la conexión importante entre el derecho

BROTÓNS y en el que participan mis compañeros Rosa RIQUELME CORTADO, Javier DIEZ HOCHLEITNER, Esperanza ORJHUELA CALATA-YUD y Luis PÉREZ PRAT DURBÁN. Especialmente en el trabajo del profesor CASANOVAS creo encontrar una especie de llamada de atención sobre la necesidad de una discusión abierta acerca de los fundamentos y el contexto de nuestros trabajos científicos.

3. Para estudios históricos del derecho internacional, véase Antonio TRUYOI Y SERRA, *Historia del derecho internacional*, Madrid: Tecnos, 1998. Véase también LA. CARRILLO SALCEDO, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid: Tecnos, 1991. En otras lenguas véase Arthur NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York: Macmillan, 1947; y Wilhelm G. GREBBE, *Epochén der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Badep: Nomos 1988. Un estudio sobre la influencia de la historia en el derecho internacional puede consultarse en R. P. ANAND, "The Influence of History in the Literatura of International Law", en R. St. J. McDONALD y D. M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1983, pp. 341-380.
4. Incluyo aquellas escuelas que han tenido mayor incidencia en el derecho internacional. Esto explica la exclusión de algunas corrientes ciertamente nuevas como, por ejemplo, la "Teoría racial crítica" o "Derecho y literatura". Respecto de esta última corriente de pensamiento, de hecho, hay al menos dos formas de describir su contenido: el derecho *en* la literatura y el derecho *como* literatura. En una de las posibles versiones, *Derecho y literatura* muestra la influencia que líi última tiene en el primero, lo cual es notorio para la mayoría de los juristas. En este sentido, una obra o escena literaria podría explicar a través del ejemplo o sustentar una justificación determinada en el ámbito jurídico; como cuando Antonio REMIRO introduce el encuentro sobre los árboles entre el barón Cósimo DE PIOVASCO con una colonia de españoles que habitaba en esas alturas para evitar la aplicación de un tratado con su majestad católica que prohibía a los exiliados *tocar el suelo* de Olivabassa (*Derecho internacional público. Derecho de los tratados*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 307). La otra versión de *Derecho y literatura* es mucho más problemática, porque pretende una identificación entre ambas, de manera tal que el

primero sea nada más que un caso especial de literatura. En mi opinión, los defensores de esta tesis no han podido presentar un modelo plausible de relación entre derecho y literatura. Para un estudio de esta relación, que para algunos es una escuela, en general, véase Richard A. POSNER, *Law and Literature*, Cambridge: Harvard University Press, 2^a ed., 1998 y su *Overcoming Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1995. Para una revisión general de estas teorías, si bien desde un punto de vista focalizado en el mundo anglosajón, se puede consultar el interesante libro de Gary MINDA, *Postmodern Legal Movements*, New York: New York University Press, 1995.

5. Debo decir desde ya que esa parte está basada en las ideas de uno de mis grandes maestros, el profesor Carlos Santiago NIÑO y que me gustaría que esas páginas se entendieran como un humilde homenaje a su memoria.

y la moral.⁶ Este apartado tiene como objetivo describir algunos puntos sobresalientes de ambas escuelas en relación con el derecho internacional y poner de manifiesto sus presupuestos, técnicas y consecuencias. Trataré de seguir el consejo de Niño y no confundir la tarea de definir (el concepto de Derecho internacional) con la de describir (la realidad).

1.1.1. *El iusnaturalismo en derecho internacional*⁷

Un estudio histórico de las características de la escuela de derecho natural en derecho internacional público, como se ha advertido, no está dentro de las intenciones de estas páginas.⁸ En cambio, pretendo destacar algunas ideas iusnaturalistas en relación con la teoría del derecho internacional, en concreto el carácter "universal" del derecho internacional (y de los sujetos que gobierna) y sus fuentes de obligación a través de las ideas de la escuela española de derecho internacional y del jurista holandés Hugo Grocio. Ciertamente es, sin embargo, que ese carácter universal deriva de un entendimiento común, en todos los casos, sobre la naturaleza del derecho

natural como un sistema de normas superiores de validez universal y eterna, que pueden ser conocidas a través de la razón, pero que no necesariamente tienen carácter simplemente humano.⁹

El carácter "universal" del derecho internacional, y la "igualdad" de los seres humanos (hombres) como miembros de los pueblos que gobierna dicho derecho, es una idea que aparece con la llamada escuela española de derecho internacional. En efecto, el profesor de la Universidad de Salamanca y padre dominico Francisco de Vitoria¹⁰ (1483-1546), impulsado por el descubrimiento del nuevo mundo y los problemas que planteaba, defendió un concepto de derecho de gentes de corte universal. En sus *re- lecciones*, publicadas después de su muerte, Vitoria explicó su doctrina sobre los indios recientemente descubiertos¹¹ y sobre el derecho de la guerra,¹² de la que surge un cierto concepto de orden universal u *orbis*. Aunque Vitoria no llevó a sus últimas consecuencias su prédica sobre la igualdad racional de los indios y sus derechos para gobernarse según una comunidad política, el fraile dominico pudo transmitir claramente la idea de que la naturaleza racional de los seres humanos es universal.

La solución de Vitoria al problema de la universalidad y su concepto de *orbis* fue secundada y extendida por el pensamiento de los autores de la escuela española,¹³ pero sobre todo por el jesuita Francisco Suárez (1548-1617). Suárez tuvo el mérito de concretar las ideas de Vitoria y brindarles un fundamento jurídico, como lo demuestra su famoso párrafo sobre "la base racional" del derecho internacional: "La razón de esta parte y de este derecho es que el género humano, por muy dividido que esté en distintos pueblos y reinos, siempre tiene alguna unidad, no sólo específica sino también -por así decirlo- política y moral: a ella se refiere el precepto natural del mutuo amor, el cual alcanza a todos, aun a los extraños y de cualquier pueblo.

Carlos NIÑO sostiene que el núcleo del iusnaturalismo consiste en defender conjuntamente dos tesis: "una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana" y "una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de 'jurídicos' si contradicen aquellos principios morales o de justicia". Un problema distinto es la controversia que los iusnaturalistas tienen sobre el fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el "derecho natural" y también sobre cuáles son esos principios. Carlos S. NIÑO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 28. Además de los trabajos clásicos citados más adelante, véase Alfred VERDROSS, "Le fondement du droit international", 16 *Recueil des Cours* 244 (1927); Alfred VERDROSS y Heribert FRANZ KOECK, "Natural Law: The Tradition of Universal Reason and Authority", en R. St. J. MACDONALD y D. M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 17-50. Véase también James BRJERLY, "Le Fondement du caractère obligatoire du droit international", 23 *Recueil des Cours* 458 (1928). También Gerald FITZMAURICE, "The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement", 19 *Modern Law Review* 1 (1956). Desde el punto de vista de las relaciones internacionales: E. MIDGLEY, *The Natural Law Tradition and the Theory of International Relations*, 1975; Joseph BOYLE, "Natural Law and International Ethics", en Terry NARDIN y David R. MAPEL (eds.), *Traditions of International Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, pp. 112-135. Un excelente estudio de teoría general del Derecho actual: John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980. Véase también Robert ALEXI, *El concepto y la validez del derecho*, Madrid: Gedisa, 1997. Por último, para un estudio crítico, véase David KENNEDY, "Primitive Legal Scholarship", 27 *Harvard International Law Journal* 1-98 (1986). Véase *supra* nota 2, con referencias a estudios históricos sobre el derecho internacional. En relación con las escuelas propiamente dichas, véase también Antonio TRUYOL Y SERRA, "Doctrines contemporaines du droit des gens", 54 *Revue Général de Droit international public*, 369-416 (1951), y 55 *Revue Général de Droit international public*, 23-40, 299-236 (1951).

9. En el caso de Santo Tomás de Aquino, por ejemplo, la ley natural es la participación de los seres racionales en la ley eterna.
10. Véase Camilo BARCIA TRELLES, "Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international", 17 *Recueil des Cours* 109-342 (1927-11). Para una selección de sus textos de derecho internacional, véase *Vitoria et Suarez: la contribution de théologiens au droit international moderne*, con un prefacio de James BROWN SCOTT, París: Pedone, 1939. Para una bibliografía más reciente, véase Martín ORTEGA, "Recuperar a Vitoria", 16 *Isegoría* 163-170 (1997), y las referencias allí contenidas.
11. *De Indis recenter inventis*, lección extraordinaria, impartida en 1539.
12. *De Indis posterior, o De jure belli*, lección extraordinaria, impartida en 1539.
13. Sobre otros integrantes de la escuela española, como Domingo DE SOTO, ÁLVAREZ DE MENCHACA, etc., véase Antonio TRUYOL Y SERRA, *Historia del derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 56-58.

"Por eso, aunque cada ciudad perfecta, república o reino, sea en sí mismo comunidad perfecta y compuesta de sus miembros, sin embargo todas ellas son de alguna manera miembros de este universo que abarca todo el género humano; pues esas comunidades por separado nunca son autárquicas que no necesiten de alguna ayuda, asociación y comunicación mutua, unas veces para estar mejor y para mayor utilidad, otras veces por cierta necesidad e indigencia moral, como es claro por el uso mismo.

"Por esta razón, necesitan de algún derecho que les dirija y ordene por el camino recto en esta clase de comunicación y asociación. Y por más que esto se hace en gran parte con la ayuda de la razón natural, pero no de una manera suficiente e inmediata en todo; por eso el uso de esos mismos pueblos pudo introducir algunos particulares derechos".¹⁴ Estas palabras bastan para caracterizar la concepción universalista de Francisco Suárez. Sin embargo, conviene tener presente una distinción conceptual y una categoría que aparecen en la obra de Suárez. En cuanto a la mencionada categoría, se trata del concepto de *bonum commune humanitatis*, que bien puede ser el germen de lo que hoy conocemos como "bien común de la humanidad",¹⁵ concepto de derecho natural que ha adquirido gran trascendencia en derecho internacional contemporáneo. La distinción conceptual, cuya importancia siempre se ocupa de resaltar el profesor Truyol, se refiere a sus dos conceptos de derecho de gentes: *derecho de gentes* y *derecho inter gentes*. Estos conceptos representan respectivamente al derecho interno común a diversas naciones y al derecho internacional propiamente dicho.¹⁶

La obra de Hugo Grocio (1583-1642), más allá de las discusiones sobre la cuestión relativa a la paternidad de la materia,¹⁷ es un hito en el derecho internacional porque significó la primera sistematización científica de esta rama jurídica. Grocio mantuvo el ideal de universalismo establecido por la escuela española y, como nos enseña el profesor Truyol,¹⁸ "históricamente, [él] es una figura de transición entre los escolásticos y los teóricos del derecho natural racionalista, llamado 'clásico' de los siglos XVII y XVIII". Esto se explica porque Grocio aceptó abiertamente la sociabilidad como el fundamento racional del derecho internacional, la posibilidad de interpretar ese derecho racionalmente y, en consecuencia, reconoció la existencia de una doble fuente de derecho natural y positivo.¹⁹

Después de Grocio la ciencia del derecho internacional se fundamentó en otro tipo de derecho natural, cuyo centro ya no es la *fe* sino la *razón*. Este iusnaturalismo secular, conocido como naturalismo, fue defendido por Samuel Pufendorf²⁰ (1632- 1694), quien entendía que el derecho internacional era el "derecho natural de los Estados". Se trata de un derecho derivado de la razón, no simplemente de la fe, y su fundamento estaba en el carácter social del ser humano.

Christian Wolff²¹ (1679-1754), discípulo de Leibniz, nos interesa aquí más que por su proyecto racionalista de exponer la teoría del derecho según un método estrictamente científico, por su idea de *civitas maxima*,²² que alude a la forma más alta de sociedad posible: a la sociedad entre naciones o el estado supremo. Es esta idea fundacional la que hace discrepar a Emmerich de Vattel (1714-1767) de las enseñanzas de su maestro. En efecto, como

23. Francisco SUÁREZ, *De legibus*, II (1612), capítulo XIX, parágrafo 9. He utilizado la traducción de José Ramón EGUILLOR MUNJOZGUREN (sólo he cambiado la palabra estado por república), publicada en Madrid por el Instituto de Estudios Políticos, 1967.
24. Véase Alfred VERDROSS y Heribert FRANZ KOECK, "Natural Law; The Tradition of Universal Reason and Authority", en R. St. J. McDONALD y D.M. JONSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 21-22. Cf. también las ideas de John Finnis sobre el bien común en *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 154-156 (Finnis distingue tres tipos de bien común: (1) como valor universal: "For there is a 'common good' for human beings, inasmuch as life, knowledge, play, aesthetic experience, friendship, religion, and freedom in practical reasonableness are good for any and every person"; (2) como valor inagotable: "it can be participated in by an inexhaustible number of persons in an inexhaustible variety of ways or on an inexhaustible variety of occasions", y (3) como valor instrumental: "a set of conditions which enables the members of a community to attain for themselves reasonable objectives, or to realize reasonably for themselves the values, for the sake of which they have reason to collaborate with each other (positively and/or negatively) in a community").
25. Sobre esta distinción, que luego fuera adoptada por Richard ZOUCHÉ (1590-1660) para el título de su obra sobre derecho feodal, véase Antonio TRUYOL Y SERRA, *Historia del derecho internacional*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 62; y también Alfred VERDROSS y Heribert FRANZ KOECK, "Natural Law: The Tradition of Universal Reason and Authority", *supra* nota anterior, pp. 19-20.

17. Véase Arthur NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York, Mcmillan, 1947, p. 107; *contra* James L. BRIERLY, *The Law of Nations*, Oxford, Oxford University Press, 6ª ed. 1963, p. 28.
18. Véase Antonio TRUYOL Y SERRA, *Historia del derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 67.
19. Hugo Grocio, *De iure belli ac pacis*, 1625. Una interesantísima colección de trabajos sobre GROCIO se debe a la labor editora de Hedley BULL, Benedict KINGSBURY y Adam ROBERTS (eds.), *Hugo Grotius and International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990 (véase mi reseña en XLI *Revista Española de Derecho Internacional* 601 (1991)).
20. Samuel PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae universalis*, s. 1660; y *De iure naturae et gentium* (1672).
21. Christian WOLFF, *JUS gentium methodo scientifica pertractatum, 1764*. (ed. de Carnegie, traducido por Joseph H. DRAKE, 1934) y sus *Institutiones juris naturae et gentium, 1749*.
22. Para una revalorización de esta idea en la teoría de las relaciones internacionales y en el derecho internacional en conexión con el republicanismo, véase Nicholas G. ONUF, "Civitas maxima: Wolff, Vattel and the Fate of Republicanism", 88 *American Journal of International Law* 280-303 (1994); y su libro *The Republican Legacy in International Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

dice este autor en el prefacio de su *Droit de gens*,²³ la obra de Wolff es inútil para aquellos que, como él, querían ver expuestos los verdaderos principios del derecho de las naciones. En consecuencia, y ante la imposibilidad de cumplir con su primer objetivo que era hacer un digesto de la obra de Wolff, Vattel escribió un texto propio que se hizo famoso en la época porque era quizá el único que no estaba escrito en latín y porque era un texto práctico que se dirigía a los diplomáticos y gobernantes. Al escribir su *Droit des gens Vattel* siguió a Wolff en estructura y principios generales, pero le fue imposible aceptar su idea de *civitas maxima*, que para el primero era ni más ni menos que "una suerte de gran república".²⁴ Esta discrepancia lleva a Vattel a la idea de soberanía²⁵ como fundamento básico de la estructura del derecho internacional y a la práctica de los estados como fuente del derecho de las naciones de carácter voluntario. Es evidente que Vattel no niega el derecho natural, pero la introducción de las prácticas reconocidas por los Estados como derecho es un puente con el positivismo que rechaza el dualismo para poner todo el énfasis en dicha práctica.²⁶

El iusnaturalismo sigue, por supuesto, ejerciendo una influencia importante en la doctrina y en el concepto de derecho internacional contemporáneo. No se trata sólo de categorías como el derecho común de la humanidad, los crímenes contra la humanidad y el *jus cogens*, sino más bien de la determinación de las bases de obligación en derecho internacional,²⁷ donde destacados internacionalistas han puesto de manifiesto que el derecho natural, independientemente de las divergencias en

su definición, continúa siendo un fundamento plausible del derecho internacional. En este sentido, cabe citar a dos autores: James Brierly y Alfred Verdross. James Brierly, en su trabajo clásico sobre el fundamento obligatorio del derecho internacional,²⁸ sostiene al final de su curso que: "Nous sommes tous contraints d'agir comme si nous étions convaincus de la réalité d'un ordre objectif, à la fois physique et moral, si nous voulons continuer à vivre et à agir. Ceci est sans doute croire au droit naturel, mais, je le confesse, la résurrection moderne des théories d'un droit naturel réformé me semble ouvrir une perspective pleine d'espoir à la science juridique".²⁹

Verdross³⁰ es el gran representante de esa resurrección en el derecho internacional. En uno de sus últimos escritos,³¹ no sólo puso de relieve las contribuciones del derecho natural al derecho internacional positivo, sino que también destacó su "firme convicción de que no sería posible resolver los graves problemas de la comunidad internacional, especialmente los problemas de mantenimiento de la paz y el desarrollo del Tercer Mundo, sin tomar debidamente en cuenta los principios y las normas del derecho natural a los que nos refieren una larga tradición de razón universal y autoridad".³² El núcleo irreductible de ese derecho natural es para Verdross la necesidad de su existencia, que sus principios forman la base de cualquier vida comunitaria pacífica y ordenada y que sus normas son un metro para medir la justicia del derecho positivo.³³

1.1.2. El positivismo jurídico en derecho internacional

Hay muchos tipos de positivismo y, según se ha advertido en varias ocasiones, no es mi intención hacer un repaso de sus características a través de un método histórico. Sí me parece necesario

23. Emmerich DE VATEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires de nations et des souverains*, 1758.

24. Cfr. VOLTAIRE, que hablaba alrededor de 1750 de "une espèce de grande république" para referirse a la Europa cristiana. Véase Adam WATSON, *The Evolution of International Society*, Londres. Routledge, 1992, pp. 206-207.

25. "No obstante, VATEL parece alejarse en alguna medida de aquellos que defienden un concepto absoluto de soberanía, para introducir un cierto relativismo en su definición.

26. Véase infra punto 2.1.B. VATEL no rechaza el dualismo derecho natural/derecho objetivo. Al contrario, toma distancia de la idea de *civitas maxima* porque supone borrar la distinción entre derecho necesario y derecho voluntario. VATEL, sin embargo, introduce precisión en lo que él mismo llama derecho positivo, cuyo fundamento está en el consentimiento de los Estados: el derecho voluntario en el consentimiento presunto, el derecho convencional en el consentimiento expreso y el derecho consuetudinario en el consentimiento tácito. VATEL, *Le droit des gens*, introducción, párrafo

27. Véase también infra punto 4 sobre el cumplimiento del derecho internacional.

28. James BRIERLY, "Le Fondement du caractère obligatoire du droit international", 23 *Recueil des Cours* 458(1928).

29. *Id.*, p. 549.

30. Alfred VERDROSS, "Le fondement du droit international". 16 *Recueil des Cours* 251-321 (1927-1).

31. Alfred VERDROSS y Heribert FRANZ KOECK, "Natural Law: The Tradition of Universal Reason and Authority", en R. St. J. McDONALD y D. M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 17-50.

32. La traducción me pertenece.

33. *Id.* p. 42. En la doctrina española no faltan excelentes autores que podrían adscribirse a esta línea de pensamiento, entre los que cabe incluir, aun considerando sus diferencias, a Juan Antonio CARRILLO SALCEDO y a José Antonio PASTOR RIDRUEJO, ya que ambos enfatizan la importancia de los valores humanísticos como fundamento y guía del derecho internacional.

distinguir al menos dos grandes momentos positivistas.³⁴ El primero ocurre tempranamente y consiste en el giro que se produce en la teoría del derecho internacional desde el iusnaturalismo hacia el racionalismo y que significó cambiar el punto de apoyo de la doctrina internacionalista: las normas ya no son derivadas dualísticamente a partir de principios metafísicos, sino que se hace hincapié en la *práctica de los Estados* en sus relaciones internacionales para establecer y probar las reglas consuetudinarias que informan el derecho internacional.³⁵ El positivismo supuso no solamente un *énfasis* diverso, sino también, en una medida bastante considerable, la fragmentación de las pretensiones universalistas de la teoría del derecho internacional;³⁶ Esta fragmentación se reflejaba en lo que Phillip Jessup llamó la visión "provincial" del derecho internacional,³⁷ en la proposición de teorías constitutivas del reconocimiento³⁸ y, en definitiva, como consecuencia de la consolidación del Estado no sólo como actor principal en las relaciones internacionales, sino especialmente como definidor de los espacios jurídicos relevantes, de la negación o afirmación del derecho internacional según reglas de "moralidad positiva", como sostuvo John Austin (1790-1859) en su clásico trabajo *The Province of Law Determined* (1832). Estos principios de moralidad positiva definen no sólo la voluntaria aceptación del derecho internacional, sino un tipo de Estados que

se hacen llamar "civilizados", frente a los bárbaros y salvajes.³⁹

Austin nos lleva en realidad al segundo momento del positivismo, que Ago llama el positivismo propiamente dicho, y que tiene lugar en los últimos años del siglo pasado y principios del presente. El derecho positivo de esta escuela no admite elementos extraños al *jus positum*, es decir, el derecho creado por hechos expresamente destinados al nacimiento de reglas jurídicas. Esta concepción trae consigo, no sólo la negación de la dualidad entre derecho objetivo o natural y derecho positivo, sino también el problema de la fundamentación del derecho internacional y de su mismísima existencia. En efecto, se trata de una concepción que, en principio, precisa unas fuentes formales que operan como procesos de formación de normas y que presuponen un estatismo voluntarista⁴⁰ y una idea de las normas como mandatos.⁴¹ Estos presupuestos pueden entenderse como otra causa de fragmentación, o mejor dicho, de negación del carácter universal y, lo que es más grave, jurídico del derecho internacional porque hacen necesaria una nueva fundamentación de su naturaleza obligatoria. En efecto, una concepción estatalista y voluntarista del derecho, como la que comienza a imperar bajo los postulados de la filosofía jurídica inglesa y sobre todo alemana de finales del siglo pasado y principios de este tiene que negar el valor estrictamente jurídico del derecho internacional a través de fórmulas como las de la moralidad práctica⁴² o, buscar un nuevo sentido en un cierto origen contractual del derecho internacional. Esto es exactamente lo que se pretende mediante el recurso al *consentimiento* explícito o tácito de los Estados y no ya a los principios universales del derecho natural, como fundamento del carácter obligatorio del derecho internacional. En efecto, como lo puso de relieve Brierly hace ya muchos años en su famoso curso de la Academia de Derecho Internacional, una consecuencia de la doctrina del consentimiento es "la négation virtuelle de l'existence d'un

34. Esta es la tesis de Roberto AGO en su curso "Science juridique et droit international", 90 *Recueil des Cours* (1956-11), pp. 857-954.

35. Este giro tuvo muchos protagonistas. AGO pone como ejemplos al ya citado Richard ZOUCHÉ y también a Cornelius BYNKERSHOEK. Unos párrafos atrás en el texto he citado ciertos autores que también pueden inscribirse en esta línea, como PUFENDORF, WOLFF y VATTEL, que aceptan una tradición naturalista no necesariamente teológica, sino más bien racionalista. Mucho más claro es el caso de Johan Jacob MOSER (1701-1785), quien, como una figura de transición a lo que Ago llama positivismo propiamente dicho, directamente rechaza el iusnaturalismo en general, aceptando sólo los tratados y la costumbre como fuentes del derecho internacional. J. J. MOSER, *Neues Deutsches Staatsrecht*, 12 volúmenes, 1777-1780.

36. Por ejemplo, G. F. de MARTENS, *Précis du droit des gens* (1789), que se niega a reconocer la existencia de un derecho internacional positivo universal, confinado según el autor a los estados europeos, (Citado por R. P. ANAND, "The Influence of History in the Literature of International Law", en R. St. J. McDONALD y D. M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1983, p. 353).

37. Phillip C. JESSUP, *The Use of International Law*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1959, p. 10.

38. Véase Hersch LAUTERPACH, *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947. *Contra* Ti-Chiang Cheng, *The International Law of Recognition*, Londres, Stevens & Sons, 1951. Sobre el tema, véase también. Joe VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine*, Paris: Editions A. Pedone, 1975; y John DUGARD, *Recognition in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

39. Véase GONG, *The Standard of Civilization in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984. Para una visión sugestiva y moderna del tema, véase el libro de Antonio REMIRO BROTONS, *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

40. En este sentido, Roberto AGO en su curso "Science juridique et droit international", 90 *Recueil des Cours* (1956-11), parágrafo 5.

41. John AUSTIN, *The Province of Law Determined* (1832).

42. Véase, por ejemplo, Henry WHEATON, *Elements of International Law: With a Sketch of the History of the Science* (reimpresión de la edición de 1836), New York, Da Capo Press, 1972.

43. Así Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, traducción de la segunda edición alemana, 1980; y Heinrich TRJEPPEL, *Vülkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Verlag von C.L. Hirschfeld, 1899.

systeme universel de droit international; car, pour etre admise dans un systeme de ce genre, une regle doit avoir ete le consentement de tous les Etats, et c'est la un etat de choses a la fois peu probable en lui-meme et sans doute impossible a demontrer meme s'il existait".⁴⁴

Conviene poner dos ejemplos de la fundamentación consensual del carácter obligatorio del derecho internacional: las teorías voluntaristas de Georg Jellinek (1851-1911) y Heinrich Triepel (1868-1946). Hay acuerdo en que la doctrina del consentimiento mejor elaborada fue la del profesor Jellinek,⁴⁵ quien siguiendo a Hegel sostuvo dicha teoría basándose en las ideas de autodeterminación (*selbstbestimmung*) y autolimitación (*selbstbeschränkung*). De esta manera, el Estado, una vez autodeterminado, entra en las relaciones internacionales a través de una autolimitación que consiste en la prestación de su consentimiento en aceptar la autoridad de otros Estados. El derecho internacional no se impone desde el exterior, sino que se compone de la suma de sistemas de derecho público exterior. Briery ha dicho con razón, sin embargo, que esta teoría es inadecuada desde el punto de vista jurídico, porque presupone el carácter no obligatorio de las normas internacionales y niega su función limitativa.⁴⁶

Triepel, por su parte, argumentó sobre la base de su teoría de la *Vereinbarung* de los Estados,⁴⁷ es decir, una fusión de voluntades estatales diferentes con un mismo contenido. A través de esta teoría pretendía superar los inconvenientes planteados por la autolimitación, sin renunciar a la concepción estatista del derecho internacional. Sin embargo, autores como Kelsen han sostenido que la teoría de la *Vereinbarung* se trataría, en realidad, de una paráfrasis de la teoría de la autolimitación.⁴⁸

44. James L. BRIERLY, "Le Fondement du caractère obligatoire du droit international", 23 *Recueil des Cours* 458 (1928), p. 482.

45. Georg JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, 1880.

46. James L. BRIERLY, "Le fondement du caractère obligatoire du droit international", 23 *Recueil des Cours* 458 (1928), p. 483.

47. Heinrich TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899. Véase también Heinrich TRIEPEL, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *Recueil des Cours* 82 (1923).

48. Una crítica muy aguda de esta teoría fue presentada por Roberto AGO en su curso de la Academia de Derecho Internacional sobre la ciencia del Derecho. Allí sostuvo el profesor AGO que el problema de estas teorías estaba en la premisa de que sólo la voluntad del Estado puede crear normas positivas. Roberto AGO, "Science juridique el droit international", 90 *Recueil des Cours* (1956-11), p. 882. Otra excelente crítica de ambas teorías voluntaristas, en parte coincidente con la de AGO, es la del profesor Herbert L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, pp. 276-279. Aquí HART esgrime un triple argumento contra estas teorías: primero, estas teorías no explican cómo los Estados solamente pueden autoobligarse sin referencia al derecho internacional; segundo, es una doctrina incoherente, al menos que

Desde la perspectiva de la teoría general del derecho, el positivismo jurídico de derecho internacional desarrollado en el presente siglo, por su tratamiento de las normas internacionales, tiene a Hans Kelsen (1881- 1973) y Herbert Hart (1907-1992) como figuras esenciales. A diferencia de Austin, Kelsen⁴⁹ cree que el derecho internacional pertenece al ámbito jurídico (y que incluso tiene una norma básica⁵⁰) si bien también creía que su evolución aún no había sobrepasado un estadio ciertamente primitivo, donde la autotutela se constituye como una pieza esencial del sistema. En efecto, para Kelsen "no hay ninguna diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como éstos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito. El derecho internacional conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias, pero se encuentra en un estadio primitivo, superado desde hace mucho tiempo por los órdenes jurídicos nacionales".⁵¹ No obstante, aquí se esconde un peligro muy grave del que nos alerta Antonio Remiro cuando afirma que "salvar la juridicidad del sedicente derecho internacional demostrando su coercibilidad obliga a

tome a los acuerdos como meras promesas sin valor jurídico (así Philip ZORN en su *áusserés Staatsrecht* de 1895); tercero, hay un argumento fáctico, descuidado por la teoría de que toda obligación internacional es autoimpuesta, que indica que "sólo un examen desapasionado de la práctica efectiva de los Estados, puede mostrar si ese modo de ver es correcto o no".

49. Hans KELSEN, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, p. 201 (Esta es una traducción al castellano de una versión francesa de la *Teoría pura*. Roberto VERNENGO ha realizado una traducción al castellano de la última edición de KELSEN, que está publicada en la editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1991). En relación con el derecho internacional, véanse sus cursos en la Academia de Derecho Internacional, "Les rapports de système entre le droit international et le droit international public", 14 *Recueil des Cours* 231- 329 (1926-IV); "Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", 42 *Recueil des Cours* 121-351 (1932); y su libro *Principles of International Law*, segunda edición, revisado y editado por Robert TUCKER, New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1967. Sobre la teoría pura y el derecho internacional, véase José PUENTE EGIDO, *La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional*, Madrid, CS1C, Instituto Francisco de Vitoria, 1962.

50. Para KELSEN, esa norma básica fue primero la regla *pacta sunt servanda*; sin embargo, ante los problemas que le planteaba la existencia de una extensión jurídica mayor que la de los meros pactos, por más amplios que éstos se concibiesen, cambió a una regla básica cuya formulación es: "los Estados están obligados a comportarse según sus costumbres". Hay innumerables críticos de esta posición, ya sea por hipotética (Roberto AGO, "Science juridique et droit international", 90 *Recueil des Cours* (1956-11), pp. 892 y sigs.), ya sea por confusa e innecesaria (Herbert L.A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, pp. 287-292).

51. Hans KELSEN, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, p. 201.

incorporar a su definición la violencia del Estado en sus relaciones con otros Estados, identificando guerra y represalias con las sanciones propias del ordenamiento jurídico, las que lo hacen coercible".⁵² De ahí la importancia de nuestro siguiente autor, que logró criticar la concepción de reglas como mandatos dentro de un sistema positivista.

El profesor Herbert Hart⁵³ desarrolló un concepto de derecho positivista basado en la distinción entre reglas primarias (de obligación) y reglas secundarias (de reconocimiento, cambio y adjudicación). Una de las contribuciones más relevantes de la teoría del derecho ha sido su distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo de las obligaciones jurídicas. No obstante su magnífica crítica a las normas como mandatos⁵⁴ y su concepción de las normas como prácticas sociales, en el último capítulo de *El concepto del derecho*, Hart sigue manteniendo el carácter primitivo del derecho internacional: un derecho compuesto casi exclusivamente de normas primarias de obligación, que se encuentra privado del desarrollo que supone la incorporación de reglas secundarias. En efecto, según este autor, se puede sostener que, ante la ausencia de instituciones adecuadas, el derecho internacional "no sólo carece de reglas secundarias de cambio y adjudicación que establezcan una legislatura y tribunales, sino que carece también de una regla de reconocimiento unificadora que especifique las "fuentes" del derecho y que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas".⁵⁵ Por supuesto, Hart reconoce que estas dudas acerca de la obligatoriedad⁵⁶ de las normas de

derecho internacional surgen de la analogía que se pretende establecer con el derecho nacional. Mediante el rechazo de la existencia de una norma básica, como pretendió Kelsen o Anzilotti, Hart sostiene que la analogía no existe en cuanto a la forma, pero sí en relación con el contenido y con la función. En efecto, la analogía funcional se establece, por ejemplo, al pensar sobre la distinción entre moral y derecho, que también opera y es válida en derecho internacional;⁵⁷ "las analogías de contenido consisten en el campo de los principios, conceptos y métodos que son comunes al derecho nacional y al derecho internacional, y hacen que la técnica de los juristas sea libremente transferible de uno al otro".⁵⁸

La vigencia y discusión sobre el positivismo hoy, como dije al principio y volveré a tratar en la conclusión, pasa por nuevos derroteros que tratan de eludir las exageraciones de formalismo y legalismo que tanto han criticado sus detractores. En el campo del derecho internacional, el positivismo ha propuesto una forma de proceder muy coherente y plausible que consiste en que sólo se puede descubrir el derecho vigente a través del estudio de la práctica internacional y de los principios que la fundamentan. Además, en el ámbito jurisprudencial, ha impuesto también cierto orden al considerar que allí el derecho internacional es lo que un tribunal imparcial diría que es en un caso concreto.⁵⁹ Sin embargo, es en gran medida sobre la base de las críticas al positivismo, su pretensión de neutralidad y su anclaje en principios del liberalismo ilustrado, como han nacido y se han formado las escuelas realistas, la jurisprudencia configurativa de New Haven y la más reciente escuela crítica, hoy conocida con el más amplio nombre de *Nuevas corrientes de pensamiento jurídico*.

1.2. El realismo y su escepticismo frente a las normas jurídicas internacionales

Los postulados realistas son simples y fuertes. El núcleo doctrinal del realismo está constituido por la idea de poder de los Estados y pertenece principalmente al ámbito de la teoría de las relaciones

- 52 Antonio REMIRO BROTONS, Javier Díez-Hochleitner, Luis Pérez-Prat Durbán, Rosa Riquelme Cortado, Esperanza Orihuela Cala-Tayud, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 2. Cf. Anthony D'Amato, "Is International Law Really Law?", en su libro *International Law: Process and Prospect*, Irvington, NY, Transnational, 1987, pp. 1-26 (defendiendo la teoría de los "entitlements").
- 53 Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977. Esta es una excelente traducción del profesor argentino Génaro Garrío de la versión original inglesa publicada en Oxford University Press en 1961. Hoy existe una nueva edición inglesa a cargo de Joseph Raz, publicada también por Oxford University Press en 1994, que incluye un "postscript" de Hart en las páginas 238-276.
- 54 Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, capítulo I a 3. En relación con el derecho internacional, Hart dice claramente que: "Argumentar que el derecho internacional no es obligatorio por la falta de sanciones organizadas, es aceptar en forma tácita el análisis de la obligación contenido en la teoría de que el derecho es esencialmente una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas". *Id.*, p. 268.
- 55 Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, p. 264.
- 56 Hart es muy esclarecedor en este sentido. Una vez desechado el argumento de las sanciones y el argumento voluntarista de la autolimitación (*Id.*, pp. 276-279), Hart sostiene que "la prueba de que existen reglas obligatorias en una sociedad cualquiera es simplemente que ellas son concebidas así, que en el lenguaje se alude a ellas en esos términos y que funcionan como tales" (*Id.*, p. 285).

57. Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, pp. 279 y ss.
58. *Id.*, p. 292.
59. Véase H.W. A. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leiden: Sijthoff, p. 52. Véase también Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980; y su capítulo sobre responsabilidad en Max Sorensen (ed.), *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 506-566.

Internacionales⁶⁰ aunque influye directamente en la forma en que los iusinternacionalistas definen las normas y el concepto de derecho internacional. El realismo "clásico" del siglo XX,⁶¹ así llamado para distinguirlo del realismo estructural o neorrealismo,⁶² comienza como una reacción al idealismo de finales de siglo pasado y principios del presente. En efecto, se trata de reaccionar frente a la utopía basada en "ciego pasillo del arbitraje y el arreglo judicial", que se demostraron ineficaces para auspiciar los cambios necesarios en la sociedad internacional sin violencia. Esta es la gran acusación de Edward Hallet Carr, formulada en 1939 en su espléndido y ya clásico libro *La crisis de los veinte años*⁶³

El neorrealismo comparte con el realismo clásico su posición escéptica frente a las normas jurídicas, debido a que la anarquía y la competencia son sus postulados básicos. Lo que distingue a ambas posturas es, según Waltz, sus ambiciones teóricas, el cambio del énfasis desde el mero poder del Estado y su maximización hacia la instrumentalización del mismo para obtener el importante fin de la seguridad de los Estados.⁶⁴ Waltz también pone de relieve

que el neorrealismo se ocupa de las causas estructurales de los conflictos y la cooperación en las relaciones internacionales, como la escasez de recursos o la anarquía en sí misma. De todas maneras, para lo que aquí interesa, es decir, la influencia del realismo en el derecho internacional, tanto el realismo clásico como el neorrealismo niegan un valor autónomo e independiente a las normas jurídicas, asignándoles una influencia marginal. Últimamente, *la nueva corriente de estudios jurídicos internacionales* ha englobado bajo el rótulo "realismo" todas las tendencias estructuralmente enfrentadas al "idealismo", y la necesidad de superar ese discurso. Más adelante dedicaré unas páginas a explicar *la nueva corriente de estudios jurídicos internacionales*, sus postulados principales y su proyecto iusfilosófico y político. Sin embargo, en las líneas que siguen deseo dejar constancia de al menos un ejemplo, el más radical, en relación con los trabajos incluidos bajo el título "realismo" por uno de los más importantes representantes de esa corriente, Martti Koskenniemi, en su selección de textos sobre derecho internacional⁶⁵. Mi intención aquí no es tanto describir, compartir o rechazar el planteamiento de Koskenniemi sobre la estructura binaria y casi sin salida del discurso del derecho internacional en el esquema utopía/apología,⁶⁶ sino más bien preguntar acerca de la influencia del realismo en las normas internacionales. Ante la pregunta por la influencia que tiene una concepción realista de las relaciones internacionales en el derecho internacional, lo primero que hay que subrayar es, por supuesto, un gran escepticismo frente a las normas jurídicas y la construcción de un derecho internacional apoyado fundamentalmente en la práctica de los Estados, un rasgo que comparte con

60. Sobre realismo moderno del siglo XX, fundado por CARR (*The Twenty Year's Crisis*, 1946), NIEBUHR (*Moral Man and Immoral Society*, 1932) y MORGENTHAU (*Politics among Nations*, 1954), puede consultarse como guía el libro de Michael Joseph SMITH, *Realist Thought from Weber to Ktssinger*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1986. He dicho que el realismo internacional se desarrolla principalmente en la teoría de las relaciones internacionales, que para autores tan autorizados como Stanley HOFFMANN comienza con el texto de CARR. Sin embargo, es interesante poner a la teoría en contexto: tanto en el ámbito jurídico (HOLMES en Estados Unidos, IHERING en Alemania, Ross en escandinavia) como en el filosófico en general (MOORE, RUSSEL, etc.) se desarrolla una teoría realista, que sería interesante tener en cuenta para el origen de dicha teoría en las relaciones internacionales. Para un breve repaso de esta escuela de pensamiento jurídico y su valor actual, véase Liborio HIERRO, "Realismo", en Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta et al., 1996, p. xx.

61. Por supuesto, también se ha identificado al realismo con TUCÍDEDES y MAQUIAVELÓ.

62. El iniciador y gran representante del neorrealismo es Kenneth N. WALTZ, Véase su *Theory of International Politics*, Reading, Mass., Addison-Wesley, 1979; "The Richness of the Tradition of Political Realism", 38 *International Organization* 287-304 (1984); "Reflections on Theory of International Politics", en Robert O. Keohane (ed.) *Neorealism and Its Critics*, 1986, pp. 322-345. Sobre el neorealismo, además del citado libro editado por KEOHANE, véase David A. BALDWIN (ed.), *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate*, Nueva York, Columbia University Press, 1993. Véase también Robert POWELL, "Anarchy in International Relations Theory: The Neorealist-Neoliberal Debate", 48 *International Organization* 313-344(1994).

63. Edward HALLET CARR, *The Twenty Years' Crisis 1919-1939*, Nueva York, Harper & Row, 2ª ed., 1946.

64. Según la doctrina neorealista, la voluntad de supervivencia constituye la motivación esencial de los estados. Véanse los trabajos ya citados de Kenneth WALTZ, *supra* nota 62.

65. Martti KOSKENNIEMI (ed.), *International Law*, Aldershot et al., Dartmouth, 1992. Los tres trabajos que se incluyen en esa sección son: J. S. WATSON, "A Realistic Jurisprudence of International Law", 30 *The Year Book of World Affairs* 265-285 (1-980) (que, como dice KOSKENNIEMI, defiende *sans peur et sans reproche* una posición realista cruda); Anthony D'AMATO, "Is International Law Really Law?", 79 *Northwestern University Law Review* 1293-1314 (1984-1985) (sosteniendo que el derecho internacional es realmente derecho y que se aplica a través de un proceso que él describe y denomina como "reciprocal-entitlement violation"); y Friedrich KrATTOCHWIL, "Thrasymachos Revisited: On the Relevance of Norms and the Study of Law for International Relations", 37 *Journal of International Affairs* 343-356 (1984) (rechazando las objeciones de irrelevancia y proponiendo una comprensión discursiva del valor de las normas, no como causas o razones para actuar sino como parte de una deliberación necesaria para tomar una decisión).

66. Véase *infra* punto 1.2.4.

el positivismo clásico,⁶⁷ que tiene principalmente en cuenta al poder y la política como elementos esenciales de su doctrina. Así se deduce, por ejemplo, del primer artículo incluido en la selección citada, que pertenece a J. S. Watson.⁶⁸ Para Watson⁶⁸, la validez jurídica del derecho internacional debe buscarse en la práctica de los Estados soberanos. La costumbre, entendida en un sentido muy tradicional, es la última base de validez jurídica en el derecho internacional. Y en este sentido, la obligación, muy limitada, depende de la práctica. Esto debe ser así, en su modelo, porque de otra manera el derecho internacional estaría condenado a tener normas ineficaces y ser una teoría estéril. Watson propone un sistema jurídico internacional extremadamente conservador, que en su intento por atacar concepciones alternativas de costumbre internacional acaba por negar gran parte de la evolución del derecho internacional contemporáneo como, por ejemplo, los derechos humanos.

1.3. La escuela de New Haven

A continuación voy a describir la posición original de la escuela de New Haven y las principales críticas a las que se ha visto sometida. También pondré un ejemplo de una defensora de esta escuela, la jueza Rosalyn Higgins, cuya teoría concuerda básicamente con la original y supone una formulación reciente de la misma. Por último, trataré de ilustrar la forma en que esta escuela se proyecta sobre el método de derecho internacional, en este caso a través del "género de los incidentes".

1.3.1. Postulados básicos

La escuela de New Haven o escuela de Yale⁶⁹ debe su nombre a una propuesta y a un inmenso proyecto

de investigación iniciado por dos profesores de la Universidad de Yale: un politólogo, Harold Lasswell, y un jurista, Myres McDougal, quienes concibieron a partir de la década de 1940 un plan interdisciplinar para el estudio del derecho internacional⁷⁰, con el fin explícito de crear una "jurisprudencia"⁷¹ configurativa, "un contexto prescriptivo para el desarrollo de un método de decisión racional óptimo". El punto de partida, que desde la perspectiva jurídica concuerda hasta cierto punto con el realismo estadounidense,⁷² constituye una reacción frente a los postulados de neutralidad y el formalismo del positivismo imperante en la época; en este sentido, la jurisprudencia configurativa se aleja del esquema descriptivo de la ciencia jurídica positivista para adherirse a un esquema prescriptivo. Los presupuestos de la escuela de New Haven traen aparejada una ampliación del ámbito relevante del derecho internacional, porque el escepticismo hacia las normas (formales y neutrales) conduce a una re- definición del concepto mismo de norma, incluyendo tanto a la autoridad (legitimidad) como al control (eficacia) en un sistema que no puede con-

67. Véase *supra* sección 2.2.B. Esto no quiere decir que los positivistas deban ser considerados defensores del realismo de manera automática. En realidad, tanto positivistas como iusnaturalistas pueden inscribirse dentro de la corriente realista -o también de la idealista. De hecho, KOSKENNIEMI incluye a un iusnaturalista como D'AMATO entre sus ejemplos de teoría del derecho internacional realista.

68. J. S. WATSON, "A Realistic Jurisprudence of International Law", 30 *The Year Book of World Affairs* 265-285 (1980), reproducido en Martti KOSKENNIEMI (ed.), *International Law, Aldershot et al.*, (Dartmouth, 1992, pp. 3-23.

69. La producción de MCDUGAL y sus asociados es admirable. Aquí voy a destacar las siguientes obras: Harold D. LASWELL y Myres MCDUGAL, "Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest", 52 *Yale Law Journal* 203-295 (1943); MCDUGAL, Myres S., "International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception", 82 *Recueil des Cours* 133-259 (1953); Myres MCDUGAL y Harold D. LASWELL, "The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order", 53 *A.J.I.L.* 1-29 (1953); M. MCDUGAL y M. REISMAN, "Theories About International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence", 8 *Virginia*

Journal of International Law 188-299 (1967); Myres MCDUGAL and Michael REISMANN, "International Law in Policy-Oriented Perspective", en Ronald St. J. McDONALD and Douglas M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 103-130. Todos los trabajos que he citado en esta nota, salvo el último y el curso de la Academia de La Haya, están reproducidos en Myres S. MCDUGAL and ASSOCIATES, *Studies in World Public Order*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987. Sobre la escuela de New Haven, véase Gray L. DORSEY, "The McDougal-Lasswell Proposal to Build a World Public Order", 82 *A.J.I.L.* 41-51 (1988); Symposium, "McDougal's Jurisprudence: Utility, Influence, Controversy", 79 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 266 (1985). En castellano contamos con una revisión temprana de esta escuela por Manuel MEDINA ORTEGA, "Una nueva concepción del derecho internacional: el sociologismo de Myres S. McDougal", 14 *Revista Española de Derecho Internacional*, 517-533 (1961). Diez volúmenes después, el profesor Antonio REMIRO recensionó el libro de Bent ROSENTHAL sobre la obra de MCDUGAL, véase 24 *Revista Española de Derecho Internacional*. 439-442 (1971).

70. Este no fue, sin embargo, un movimiento reservado a lo internacional, sino que adquiría fundamentos y se aplicaba a un contexto de discusión norteamericana. En efecto, la teoría jurídica norteamericana se había dividido en dos grandes escuelas a finales del siglo pasado, conocidas por conceptualismo (C.C. LANGDELL) y normativismo (HOLMES), que con grandes matices entremedio se traduce en una síntesis llamada la teoría del proceso legal (H. HART y A. SACKS). Es en este contexto donde LASSWELL y MCDUGAL desarrollan su teoría, que internamente se interpreta como una teoría acerca del modo en que los jueces pueden aplicar un análisis políticamente orientado a través del sopesamiento de los intereses envueltos en una controversia jurídica. Véase de Gary MTNDA, *Postmodern Legal Movements*, Nueva York, New York University Press, 1995, pp. 33-34.

71. La palabra "jurisprudencia" denota aquí el significado introducido por Bentham y Austin, equivalente a lo que nosotros solemos denominar ciencia jurídica.

72. Sobre el realismo véase Oliver WENDELL HOLMES, *The Path of Law*, Nueva York, 1920 (primera ed. 1897).

siderarse desde un punto de vista normativo estático, sino como "proceso". De ahí la importancia de la elaboración de un método sistemático de investigación de procesos de decisión,⁷³ que deben constituir el objeto de estudio del derecho internacional frente a las tendencias dominantes que ponían el énfasis en el estudio de un conjunto normativo estático. Ese proceso debe incluir *análisis prudenciales* para superar la irrelevancia del derecho internacional positivista denunciada por los realistas.

Por consiguiente, la escuela de Yale concibe al derecho internacional como decisiones más que como normas; esas decisiones combinan autoridad (legitimidad que se manifiesta a través de las expectativas comunitarias sobre futuras decisiones) y control (participación efectiva en la decisión), constituyendo un flujo continuo de decisión de origen e impacto transnacional.⁷⁴ Esta concepción precisa determinar los valores que la sociedad internacional maximiza en el contexto total del orden público. Con ese fin, la teoría debe adoptar unos rasgos caracterizados por un punto de observación que se identifica con la humanidad entera,⁷⁵ por la creación de un proyecto de investigación a la vez comprensivo y selectivo, por la explicitación de unos valores deseables para el orden público mundial, y por la identificación de una serie de tareas intelectuales importantes para solucionar problemas sobre la interrelación del derecho internacional con los procesos sociales mundiales, especificando procedimientos económicos y efectivos para cada tarea.⁷⁶

El problema más acuciante de esta teoría proviene de la mencionada incorporación de esos análisis prudenciales, ya que los mismos presuponen unos "valores" perseguibles por la comunidad internacional, cuya realización debe ser favorecida por las normas jurídicas. Por supuesto, la escuela de New Haven dedica gran parte de su esfuerzo a determinar el conjunto de

principios que conforma el "orden público mundial", es decir, los valores superiores de la comunidad internacional. Sin embargo, y esta es la crítica más fuerte a que se ha visto sometida esta escuela, la inclusión de esos valores conlleva una indeterminación del derecho tan grande que lo priva de una de sus cualidades básicas: un mínimo de autonomía e independencia.⁷⁷ Los defensores de esta escuela responden que dicha inclusión ocurre realmente en el juicio práctico de los operadores jurídicos y que cuanto más clara sea, mejor.⁷⁸ Vamos a ver un ejemplo en el caso de R. Higgins.

1.3.2. El derecho internacional como proceso: el ejemplo de R. Higgins

Según Rosalyn Higgins, el jurista está condenado a hacer una elección primordial frente al derecho internacional, de la que depende la solución de problemas difíciles en ese ámbito normativo. Esa elección consiste en escoger entre la idea del derecho internacional como un sistema de reglas neutrales y la idea del derecho internacional como un sistema de procesos decisivos dirigidos hacia la realización de ciertos valores.⁷⁹ La mencionada visión del derecho internacional como normas antes que como proceso se ve reflejada, según Higgins, en dos argumentos relativos al poder y la neutralidad:

- La relación entre derecho y poder. Estos conceptos no están enfrentados sino inextricablemente unidos.⁸⁰ O, en otras palabras, la incorporación de las decisiones políticas en el discurso jurídico es inevitable y, en conse-

73. M. McDOUGAL, "Some Basic Theoretical Concerns about International Law: A Policy Oriented Framework of Enquiry", 4 *Journal of Conflict Resolution* 337 (1960).

74. Myres MCDUGAL and Michael REISMANN, "International Law in Policy-Oriented Perspective", en Ronald St. J. McDONALD and Douglas M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 113.

75. Esto trae su causa, en la jurisprudencia configurativa, de un intento de superación de puntos de vista parciales, como los del positivismo, historicismo, sociologismo, etcétera.

76. Estos rasgos aparecen en toda la obra de esta escuela; para una visión general y resumida se puede consultar Myres MCDUGAL and Michael REISMANN, "International Law in Policy-Oriented Perspective", en Ronald St. J. McDONALD and Douglas M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 112-128.

77. Véase, por ejemplo, Symposium, "McDougal's Jurisprudence: Utility, Influence, Controversy", 79 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 266 (1985). Cfr., en la teoría general del derecho, Robert SUMMERS, "Pragmatic instrumentalism in Twentieth-Century American Legal Thought - A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory about Law and Its Uses", 61 *Cornell Law Review* 861 (1981); David Lyons, "Foundation and Instrumentalism: A Pathological Study", 61 *Cornell Law Review* 949 (1981).

78. Así, por ejemplo, Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 5: "Because I believe there is no avoiding the essential relationship between law and policy, I also believe that it is desirable that the policy factors are dealt with systematically and openly".

79. En sus palabras: "there is an essential and unavoidable choice to be made between the perception of international law as a system of neutral rules, and international law as a system of decision-making directed towards the attainment of certain declared values". Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. vi.

80. En efecto, para HIGGINS "Law, far from being authority battling against power, is the interlocking of authority with power". *Id.*, p. 4. Aquí HIGGINS critica explícitamente (nota 5) la posición de Georg SCHWABENBERGER, "The Misery and Grandeur of International Law", Inaugural Lecture 1963; y Marten Bos, *A Methodology of International Law*, 1984, cap. xi.

cuencia, el poder es un elemento integrante del derecho internacional.

• Higgins rechaza la idea del derecho internacional como normas que pueden ser aplicadas neutralmente, independientemente de las circunstancias y el contexto. Esta posición está ilustrada en el curso de Higgins con una referencia al antiguo juez Fitzmaurice, para quien el derecho internacional opera mejor si sirve a la comunidad distanciándose de las políticas sociales.⁸¹

Higgins sostiene que las consideraciones políticas (principios) pertenecen al derecho, "son parte integrante de ese proceso de decisión al que llamamos Derecho Internacional".⁸² En esto muestra su coincidencia con los postulados y el proyecto de la escuela de Myres McDougal, porque se preocupa de sistematizar todos los factores que determinan el proceso de decisión sin excluirlos del concepto de derecho.

Higgins, por supuesto, no desconoce el problema que se deriva de su posición, que antes señalaba como la principal crítica a la jurisprudencia configurativa. Higgins lo presenta preguntándose directamente si en este caso no estamos ante una situación en la que "los fines justifican los medios".⁸³ Frente a esta pregunta, ejemplificada por Higgins con la discusión doctrinal sobre la justificación jurídica de las invasiones estadounidenses en Nicaragua (1983), Granada (1983) y Panamá (1989) o el bombardeo de Libia en 1986, ella se plantea otro interrogante: si la preferencia por una visión del derecho internacional como proceso lie-

va necesariamente a concluir que estas acciones fueron llevadas a cabo de conformidad con el derecho internacional. Su respuesta, y aquí se debe buscar una clave a su pensamiento, es negativa.⁸⁴ Mas el fundamento de esta respuesta puede ser equívoco para un jurista que no se ha formado en el *common law*, porque ella parece decir que el contexto y el fin deseado tienen que operar cuando hay ambigüedad e incerteza, y que las "tendencias de las decisiones pasadas" tienen importancia.

En definitiva, Higgins se plantea si cabe hoy una reconciliación de norma y proceso. Su respuesta es negativa. Por ejemplo, para Koskeniemi,⁸⁵ los cursos de Schachter⁸⁶ y Virally⁸⁷ en la Academia de Derecho Internacional son ejemplos de reconciliación o combinación de ambos tipos de visión. No obstante, para Higgins la elección sigue siendo imprescindible.⁸⁸ Yo creo que su posición sigue inalterable porque, en realidad, su discrepancia es de tipo conceptual y comienza en la definición misma del sistema jurídico internacional como un sistema

81. Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 5. HIGGINS incluye una cita del asunto *Africa Suroccidental* que reproduzco: "Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered", 1C.I Reports 1962, p. 6, párrafo 49.
82. R. HIGGINS, "Integrations of Authority and Control: Trends in the Literature of International Law and Relations", en B. WESTON y M. REISMAN (eds.), *Towards World Order and Human Dignity*, 1976, p. 85, reproducido en Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 5.
83. Literalmente: "If international law is not the mere application of neutral rules in an impartial fashion, but requires choices to be made between alternative norms that could, in context, each be applicable, then do we really have something other than a justification of the end by the means?", Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 5-6.

84. Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process. international Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 6. Esta idea habría que conectarla con la teoría de Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991. En especial, su distinción entre dos tipos de toma de decisiones: el modelo conversacional y el modelo, atrincherado (*entrenchment*): "the distinction between the conversational and entrenchment model of decision-making starts from the premise that instantiations may encounter recalcitrant experiences when those instantiations indicate results other than the results indicated by direct application of their background justifications. In the form of decision-making tracking the conversational model, such recalcitrant experiences are resolved in favor of the justification, with the instantiation modified at the moment of application to conform the justification. In rule-based decision-making, however, tracking the entrenchment model, the instantiation persists, and a decision-maker who follows this method of decision-making treats the fact of the existence of the instantiation as providing a reason for reaching a decision in accord with its mandates even when the indicated decision differs from that which would be reached by direct application of the instantiation's justification" (p. 54).
85. Martty KOSKENIEMI, *From Apology to Utopia*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989, p. 159.
86. Oscar SCHACHTER, "International Law in Theory and Practice", 178 *Recueil des Cours* 9-396 (1982-V).
87. Michel VIRALLY, "Panorama du droit international contemporain", 183 *Recueil des Cours* 9-382 (1983-V).
88. Dos consecuencias importantes de la teoría preferida por HIGGINS son (1) la desaparición de la distinción *lex lata* y *lex ferenda*, que para ella se borra cuando uno se aleja del positivismo y (2) la superación del problema de las lagunas del derecho, porque el derecho como proceso siempre puede decidir, sea a través de analogías, referencias contextuales u otros medios alternativos. Véase H. HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 10.

compuesto por decisiones y procesos⁸⁹ antes que por normas jurídicas, frente a las cuales sólo cabe una actitud escéptica.

1.3.3. El género de los incidentes en derecho internacional⁹⁰

En relación con el método del derecho internacional según la escuela de Yale, dentro de lo que he marcado como uno de sus rasgos típicos, es decir, la identificación de tareas intelectuales con fines específicos,⁹¹ últimamente han surgido también algunas propuestas metodológicas que podríamos calificar como innovadoras. En ciertas universidades extranjeras se han llevado a cabo cursos opcionales de *incidentes* para el estudio del derecho internacional.⁹² Los iniciadores de esta experiencia fueron Michael Reisman y Andrew Willard, que impartieron un seminario sobre "incidentes" internacionales, que luego se convirtió en un libro llamado *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*.⁹³ El libro citado podría ser un estudio más sobre el análisis y la identificación de normas internacionales a partir de ciertos hechos relevantes de la realidad internacional, si no fuera porque los editores instan a "crear un nuevo género

y establecer un nuevo paradigma" en el estudio del derecho internacional. En consecuencia, de acuerdo con esta teoría, los incidentes se convertirían en una nueva unidad epistémica para el estudio del derecho internacional.⁹⁴

¿Qué es un incidente? Reisman define un "incidente" como "un conflicto abierto entre dos o más actores en el sistema internacional. El mismo debe ser percibido así por otros actores fundamentales y ser resuelto de alguna forma que no sea judicial. Finalmente, y de importancia extrema, su resolución debe proveer alguna indicación de qué es lo que las élites consideran una conducta aceptable en una variedad de procesos efectivos".⁹⁵ Willard es más directo al definir un incidente: incidente es "una situación que crea, clarifica o cambia las expectativas de las élites frente a las normas internacionales".⁹⁶

Para Reisman, el incidente se diferencia de lo que conocemos como la *práctica*⁹⁷ de los Estados en que el primero no examina una serie de actos de los Estados para establecer la existencia de una norma internacional, sino que considera las acciones de los Estados a partir de un sólo evento, es decir, el incidente. Puede decirse que esta distinción es una de las más controvertidas de la teoría de los incidentes, porque aquí divergen las diferentes tendencias que en derecho internacional existen sobre el valor de la práctica de los Estados en general y como elemento material de la costumbre. No entraré en una discusión detallada sobre el problema de la costumbre como fuente de derecho internacional. Sin embargo, es conveniente dejar constancia de que hoy siguen existiendo grandes divergencias en relación con la definición de la costumbre como fuente del derecho internacional.⁹⁸

89. En el ámbito de la teoría general del derecho, Robert ALEXI también admite la distinción entre sistemas jurídicos vistos como proceso y como resultado; este autor, sin embargo, no parece creer que ambas perspectivas sean excluyentes, asimilando la primera al punto de vista interno (o del participante) y la segunda al punto de vista externo (o del observador). Véase Robert ALEXI, *El concepto y la validez del Derecho*, Madrid, Gedisa, 1997, pp. 30-31. ALEXI establece una cierta analogía entre esa distinción y lo que Lon FULLER quería decir cuando escribió que uno de los credos del positivismo consistía "in the belief that clear thinking is impossible unless we effect a neat separation between the purposive and the moral that goes into the making of law and (the law that in fact) emerges from that". Lon FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, p. 193.

90. Esta parte se basa en una crítica del libro del mismo nombre, que publiqué en 64/65 *Lecciones y ensayos*, 389-394 (1995/1996).

91. Véase *supra* 1.2.3.1.

92. Cf. Christine M. CHINKIN y Romana SADURSKA, "Learning about International Law through Dispute Resolution", 40 *International and Comparative Law Quarterly* 529-550 (1991). Llamo la atención sobre esta contribución, porque estas profesoras organizaron un curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sidney, que si bien estuvo basado en parte en el método de los incidentes, no puede asimilarse por completo, porque se trataba de un curso de resolución de controversias internacionales, en el que se incluía a los medios jurisdiccionales.

93. Michael REISMAN y Andrew WILLARD (eds.), *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*, New Haven, Yale University Press, 1987. Sobre el tema véase los comentarios de Richard FALK, "The Validity of the Incidents Genre", 12 *Yale Journal of International Law*, 376-385 (1987); Derek W. BOWETT, "International Incidents: New Genre or New Delusion?", 12 *Yale Journal of International Law*, 386-395 (1987).

94. Michael REISMAN y Andrew WILLARD (eds.), *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*, New Haven, Yale University Press, 1987, p. 16.

95. *Id.*, p. 15. Traducción del autor.

96. *Id.*, p. 29. Traducción del autor.

97. *Id.*, p. 16. Cf. Ian BROWNLEE, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 4ª ed. 1990, pp. 4-11.

98. Véase, por todos, Antonio REMIRO BROTONS, Javier DIEZ-HOCHLEITNER, Luis PÉREZ-PRAT DIJRBÁN, Rosa RIQUELME CORTADO, Esperanza ORIHUELA CALATAYUD, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 317 y ss.

Por poner sólo un ejemplo, que considero muy interesante y provocativo, CHENG ha sostenido en un estudio sobre el tema, que *costumbre* puede ser sinónimo de *derecho internacional general* en el derecho internacional. Ello implica erigir a la costumbre en la fuente principal de derecho internacional. En este sentido, Bin Cheng dice que "costumbre internacional, en el uso general del término hoy, significa en realidad *Derecho internacional general*, el cual no corresponde necesariamente al uso tradicional del término «costum-

Una vez establecida esta primera incertidumbre, hay que preguntarse cuáles son las unidades epistémicas que se utilizan para el estudio del derecho internacional. Esta es la pregunta que guía el trabajo introductorio del profesor Reisman, quien acusa a los que nos dedicamos al derecho internacional de construir nuestra ciencia sólo a partir de los textos. Para Reisman los incidentes internacionales brindan la posibilidad de convertirse en una nueva unidad epistémica para el estudio del derecho internacional, mucho más rica que las decisiones de árbitros y de jueces de tribunales internacionales. Parafraseando a O. W. Holmes, diríamos que para Reisman el "Derecho internacional son las profecías sobre lo que los actores relevantes de la escena internacional harán en un incidente".

La riqueza de los incidentes consiste en que no se basan en el estudio de lo que tradicionalmente se han llamado las fuentes formales del derecho, sino en la respuesta de ciertos actores principales de la comunidad internacional frente a un evento crítico. Lo que se pretende es ir más allá de lo meramente institucional, probadamente inefectivo en el campo de las relaciones entre Estados, dirigir la mirada hacia lo que *realmente* tiene importancia en la toma de decisiones internacionales, las verdaderas normas, según Reisman, del derecho internacional.

bre», porque está claro que el «consuetudo» no es un requisito" (La traducción me pertenece). La frase transcrita nos muestra también que no hay acuerdo sobre los elementos constitutivos de la costumbre. Si, siguiendo la línea del profesor CHENG, aceptáramos que la costumbre sólo necesita de la *opinio iuris* para ser una fuente de derecho internacional general, sería mucho más complicado establecer una diferencia clara entre la determinación del derecho a través de un *incidente* frente a la que obtenemos por medio de la constatación de una *opinio iuris*. Esto es así, porque la postura mencionada conlleva la posibilidad de una costumbre instantánea. La tesis de CHENG, en una palabra, es afirmar que sólo la *opinio iuris generalis* es el elemento *constitutivo* de la costumbre, mientras que la práctica (*consuetudo*) es evidencia de lo que comúnmente se llama derecho internacional consuetudinario. Bin CHENG, "Custom: The Future of General State Practice in a Divided World", en R. St. J. McDONALD y D. M. JOHNSTON (eds.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 513-554. En esta misma línea pueden incluirse estas palabras de C.W. JENKS, *A New World of Law* (1969), quien dice en la página 143 que "The acceleration of the rhythm of modern life has been reflected in an acceleration of the formation of custom. New questions calling for an urgent solution emerge with startling speed and frequency. Custom creating acts which should formerly have been few in number and spread over long or at least substantial periods of time now follow each other in such repeated instances and quick succession that regularity of conduct can be established in a brief period. The notoriety of practice necessary to presume general acquiescence in it no longer presupposes effluxion of time; modern communications have made it immediate". Véase también el asunto *la plataforma continental de Mar del Norte*, ICJ Reports 1969, párrafos 74-75.

En este punto, ya se puede introducir algún matiz sobre las consecuencias que, según mi entender, surgen de la adopción del método de los incidentes, en el sentido de que la aplicación de ese método implicaría decir que el sistema institucional internacional no es efectivo. Yo diría que si bien hacer esta afirmación es posible, es mucho mejor decir que la efectividad del aparato institucional internacional es menor a la que existe en algunos Estados,⁹⁹ donde el respeto a la regla del derecho es usual y los sujetos pueden ser compelidos a respetarla. Por otra parte, si lo que se pretende es ir del análisis de las sentencias judiciales y laudos arbitrales hacia el estudio de los incidentes, alegando que los primeros elementos son insuficientes para la determinación del derecho, no habría ningún inconveniente, porque ese estudio se convertiría en una vía más de indagación de lo que los Estados, órganos creadores de derecho, opinan que debe ser el derecho internacional (*opinio individualis iure generalis*). En el nivel internacional, no obstante, esa opinión individual de cada Estado debe tener el consenso general de la comunidad internacional para convertirse en una norma de derecho internacional general, es decir, debe gozar de una *opinio generalis iuris generalis*.

No obstante, la pretensión es presentada como algo más ambicioso. Reisman afirma que "las expectativas normativas que los analistas políticos infieren de los eventos son la sustancia de gran parte del derecho internacional contemporáneo".¹⁰⁰ El profesor Reisman, en coherencia con la escuela de Yale, distingue entre expectativas de autoridad y de control. Según adelanté algo más arriba, las expectativas de autoridad son ideas sobre cómo debe ser ejercido el poder; mientras que las expectativas de control son ideas sobre cómo el poder es ejercido de hecho. Pero, nuevamente: ¿cuál es la fuerza normativa de las expectativas de los analistas políticos internacionales? Una respuesta podría ser que las expectativas de los analistas tendrán una fuerza normativa directamente proporcional a la coincidencia que las mismas presenten con el poder político en un momento dado. El problema, sin embargo, sigue exis-

99. Aunque, como demostrara el profesor HENKIN en un trabajo pionero, publicado en 1968, sobre el cumplimiento del derecho internacional, las normas de ese conjunto normativo suelen cumplirse la mayoría de las veces. Véase Louis HENKIN, *How Nations Behave*, New York, Columbia University Press, 2ª ed., 1979.

100. Michael REISMAN y Andrew WILLARD (eds.), *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*, New Haven, Yale University Press, 1987, p. 5.

tiendo, porque lo fundamental es resolver las eventuales contradicciones entre el poder y el derecho -a menos que consideremos al poder político como derecho sin más, idea con la que no simpatizo.

Para terminar con el ejemplo de concreción de la escuela de Yale a través del comentario de este importante libro, hago más las conclusiones del profesor Bowett en una reflexión sobre el mismo texto.¹⁰¹ Este autor sostiene, en concordancia con nuestra argumentación, que el género de los incidentes no es tan nuevo como podría suponerse; y, segundo, que el estudio de los incidentes internacionales es sólo un complemento útil de los métodos tradicionales de estudio del derecho internacional, idea que también se deduce de la posición arriba defendida.

Estas conclusiones no obstan para considerar que la utilidad del incidente como alternativa para la determinación del derecho es, sin embargo, grande. Esto es así porque el incidente, después de todo, no es una sentencia de legalidad de una conducta de un determinado actor. Es, más bien, un intento de identificación de las normas que realmente estuvieron en juego en un evento determinado a través del estudio de la reacción de todos los demás actores.¹⁰² En este sentido, se puede decir que la investigación de los incidentes cubre espacios que otras vías de identificación del derecho internacional no abarcan. Los cursos y estudios basados en incidentes,¹⁰³ en consecuencia, pueden ser de gran ayuda para la determinación del derecho internacional autointerpretativo frente al derecho internacional judicial o juzicable.¹⁰⁴

1.4. La nueva corriente de

estudios jurídicos internacionales

La "nueva corriente de estudios jurídicos internacionales",¹⁰⁵ ahora también conocidos como "nue-

vas aproximaciones al derecho internacional",¹⁰⁶ se origina en el movimiento de estudios jurídicos críticos o escuela crítica.¹⁰⁷ Este movimiento es una corriente de pensamiento que tiene ciertas raíces de crítica marxista y que en el ámbito de la dogmática jurídica tiene su expresión más temprana en "la revuelta contra el formalismo" que se produce hacia finales del siglo pasado.¹⁰⁸ Ya en nuestro siglo reaparecen versiones de crítica jurídica con aquellas raíces, como por ejemplo, la escuela crítica francesa,¹⁰⁹ el uso alternativo del derecho en Italia,¹¹⁰ las diversas manifestaciones críticas en latinoamerica¹¹¹ y la escuela de estudios jurídicos críticos en el Reino Unido y Estados Unidos. Esta última nos interesa aquí de manera especial, porque son miembros identificados con esta escuela, conocida inicialmente como movimiento Critical Legal Studies (CLS), los que trasladan el método crítico al análisis del derecho internacional. El movimiento CLS nace y se afianza en Estados Unidos durante las décadas de los años setenta y ochenta¹¹² como una crítica a una concepción liberal del derecho.¹¹³ En derecho internacional habrá que esperar a los trabajos

101. Derck W. BOWETT, "International Incidents: 'New Genre or New ^ Oclusión?', 12 *Yale Journal of International Law* 394-395 (1987).

102. Michael REISMAN y Andrew WILLARD (eds.), *International Incidents: The Law that Counts in World Politics*, New Haven, Yale University Press, 1987, p. 22.

103. Yo mismo intenté llevar a la práctica una experiencia similar en un curso de trabajos prácticos sobre la guerra de Yugoslavia en 1992. Digo similar porque sólo utilicé un incidente, analizado desde el punto de vista de diversos protagonistas.

104. Esta distinción ha sido propuesta por Bin CHENG, "The Nature and Sources of International Law", en el libro editado por el mismo autor, *International Law Teaching and Practice*, London: Stevens & Sons, 1982, pp. 203-233, especialmente pp. 209-215.

105. David KENNEDY, "A New Stream of International Law Scholarship", 7 *Wisconsin International Law Journal* 1 (1988).

106. David KENNEDY y Chris TENNANT, "New Approaches to International Law: A Bibliography", 35 *Harvard Journal of International Law* 417-460 (1994).

107. En estas páginas, aun admitiendo que hay una cierta evolución desde la escuela crítica hacia las nuevas aproximaciones, yo utilizaré los nombres indistintamente.

108. Aquí deben incluirse la jurisprudencia finalista de IHERING; la jurisprudencia de intereses de HECK; la escuela libre del derecho de KANTOROWICZ; la sociología jurídica liderada por EHRLICH; la escuela científica de GÉNY; el pluralismo jurídico de Otto GIERKE; la jurisprudencia sociológica de POUND; el realismo jurídico norteamericano, que en su versión más radical estuvo representado por LLEWELLYN, FRANCK y COHEN, y el realismo escandinavo de autores como Ross y HÅGERSTRÖM.

109. En Francia se funda una asociación Crítica del Derecho en 1977. cuyos miembros publican en una colección de libros llamada *Critique du Droit* y en una revista llamada *Procés*. Cabe citar, entre otros, a M. MIALLE, J. MICHEL, A. JEAMMAUD, P. DUJARDIN.

110. Representado por autores como P. BARCELLONA y L. FERRAJOLI.

111. Óscar CORREAS en México, director de la revista *Crítica Jurídica*; Enrique MARÍ y Carlos CÁRCOVA en Argentina; J. E. PARIÁ, B.S. de SANTOS y R. LYRA FIHLO en Brasil.

112. Su punto de partida se hace público cuando un grupo de académicos se reunieron en 1976 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin y crearon la Conferencia sobre Estudios Jurídicos Críticos. Sobre su origen véase Mark TUSHNET, "Critical Legal Studies: A Political History", 100 *Yale Law Journal* 1515 (1991). Un excelente conjunto de ensayos en David KAIRYS (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York, Pantheon Books, edición revisada de 1990. En español existe un excelente estudio del movimiento CLS que se debe a Juan A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento "Critical Legal Studies"*, Madrid, Tecnos, 1996.

113. Además de los autores citados en la nota anterior, véase Roberto MANGABEIRA Unger, *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press, 1975: id. "The Critical Legal Studies Movement", 96 *Harvard Law Journal* 563 (1983).

pioneros en la materia del profesor David Kennedy¹¹⁴ para que los postulados críticos sean aplicados a este ámbito normativo. Esta es una escuela que adopta un sistema de indagación con elementos neomarxistas y estructuralistas, cuyo objetivo, al menos en sus orígenes, es abiertamente crítico (el derecho es política) y explicativo antes que prescriptivo.¹¹⁵

Sin entrar en cuestiones particulares, la Nueva Corriente se caracteriza por explicar el derecho internacional como una estructura esencialmente contradictoria, compuesta por normas (radicalmente) indeterminadas, sustantivamente vacías y manipulables. Esto lleva al profesor Kennedy a calificar el derecho internacional como "una conversación sin contenido".¹¹⁶ El objetivo principal de la escuela

es mostrar el carácter retórico de la estructura del derecho internacional: lo que Kennedy llama retórica se corresponde con la descripción de ese movimiento ascendente/descendente que mantiene la ilusión del derecho internacional.¹¹⁷ Esa tarea se hace a través del estudio de los componentes de esa estructura, que Kennedy divide en fuentes, proceso y sustancia del derecho internacional.¹¹⁸ Las fuentes tratan del origen y la autoridad del derecho internacional. El proceso se interesa por los participantes y la jurisdicción. Para Kennedy, el predominio del discurso sobre el proceso es aplastante, tanto que opera independientemente de las fuentes y de la sustancia. La doctrina sobre la sustancia se ocupa de la cooperación soberana y del conflicto.

El carácter estructuralmente contradictorio del derecho internacional se refleja, por ejemplo, en su categoría más emblemática: *la soberanía*. En efecto, Kennedy mostró abiertamente la ambivalencia, la naturaleza binaria, del concepto de soberanía, que a la vez confirma y limita la autoridad del Estado.¹¹⁹ Este tipo de indagación crítica ha sido llevado a sus últimas consecuencias por un discípulo de Kennedy llamado Martti Koskenniemi, cuyo libro *From Apology to Utopia*¹²⁰ constituye la obra más significativa del género por su agudeza, profundidad de análisis y provocación al pensamiento. En ese libro, Koskenniemi argumenta que el derecho internacional es indeterminado en el sentido de que, por su estructura, no ofrece soluciones para "justificar o criticar la conducta internacional".¹²¹ Partiendo de la "ilusión" puesta de manifiesto por Kennedy en relación con la estructura fuentes-sustancia-proceso, Koskenniemi describe la estructura del discurso jurídico internacional como interminables discusiones de tipo ascendente (recurso a la voluntad concreta de los Estados) y descendente (recurso a un valor normativo superior). Conciliación.

114. Véase su interesante libro *International Legal Structures*, Baden-flieden; Nonios, 1987 (mi comentario en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, 1991, pp. 601-602). Del mismo autor: "Theses About International Law", 23 *Germán Yearbook of International Law* 353-391 (1980); "Spring Break", 63 *Texas Law Review* 1377-1423 (1985); "Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship", 21 *New England Law Review* 209-289 (1985-1986); "International Legal Education", 26 *Harvard International Law Journal* 361-384 (1985); "Primitive Legal Scholarship", 27 *Harvard International Law Journal* 1-98 (1986); "The Move to Institutions", 8 *Cardozo Law Review* 941-988 (1987); "The Sources of International Law", 2 *American University Journal of International Law and Policy* 1-96 (1987). Otros títulos relevantes de la escuela crítica en derecho internacional comienzan a aparecer en la década de 1980 de la mano de autores como James BOYLE, *World Politics and International Law*, Durham, Duke University Press, 1985; James BOYLE, "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", 133 *University of Pennsylvania Law Review* 685-780 (1985); Anthony CARTY (véase infra); Martti KOSKENNIEMI (véase infra). Un artículo muy temprano, incorporado a la selección de Martti KOSKENNIEMI en *International Law* (1992), pertenece a Philip ALLOT, "Language, Method and the Nature of International Law", 45 *British Yearbook of International Law* 79-135 (1971). Sobre la escuela crítica en derecho internacional véase el interesante trabajo de Nigel PURVIS, "Critical Legal Studies in Public International Law", 32 *Harvard International Law Journal* 81 (1991). Este es un artículo muy útil porque lleva a cabo un análisis crítico de los postulados de la escuela crítica, en un sentido similar a la crítica liberal de la escuela crítica de Andrew ALTMAN (*Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1990), PURVIS articula su ensayo a través de cuatro coordenadas del pensamiento crítico: 1) la lógica del liberalismo en derecho internacional es internamente incoherente; 2) el discurso jurídico internacional opera dentro de una estructura restringida; 3) el análisis jurídico internacional es indeterminado, y 4) cualquiera sea la autoridad del derecho internacional, ésta es autovalidante. Sobre la escuela crítica en castellano, véase Oriol CASANOVAS Y LA ROSA, "La vuelta a la Teoría", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Icenos, 1993, pp. 191-196.

115. Esto se puede afirmar de la escuela en general, pero hablo del origen porque es verdad que desde mediados de la década de 1980 empezaron a aparecer trabajos que trascendían "la contradicción estructural fundamental" avanzada por Duncan KENNEDY hacia conceptos más prescriptivos como la idea de "construcción social".

116. David KENNEDY. "Theses About International Law", 23 *Germán Yearbook of International Law* 376 (1980).

117. Anthony CARTY, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", 2 *European Journal of International Law* 66 (1991), en la página 80.

118. Véase, especialmente, su libro *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos, 1987.

119. Para una interesante interpretación de esta doble cara de la soberanía, véase Robert JACKSON, *Quasi-States*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990. JACKSON utiliza aquí la distinción clásica de Isaiah BERLÍN, libertad positiva y negativa, para describir a la soberanía como un atributo que no siempre se compone de ambas y que cumple diversas funciones: en su sentido negativo, la soberanía actúa como un freno y se traduce en el derecho de no intervención, mientras que en su sentido positivo la soberanía implica un poder concreto para actuar en el terreno internacional.

120. Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989.

121. *Id.*, p. 48.

Tanto Kennedy como Koskenniemi intentan probar las tensiones realistas e idealistas que conviven dentro de la idea (liberal y universalista) sobre la sociedad internacional u orden mundial con que trabajamos los académicos. En efecto, si miramos al lado idealista de la definición de sociedad internacional, vemos cómo las soluciones de los problemas que se plantean tienden a ser concordantes con la consigna "más comunidad". En cambio, si la cuestión se plantea desde el otro elemento estructural, la solución suele estar a favor de la consigna "más autonomía". Por lo tanto, el derecho no puede ser una solución autónoma sin hacer una elección política: idealismo o realismo, como conceptos *a priori* que definen las características constitutivas de lo que conocemos como autoridad legítima en derecho internacional, por ejemplo, nuevamente, la soberanía.¹²² El problema de la autoridad legítima está conectado con el discurso procesal (jurisdiccional) en derecho internacional, mientras que el discurso sobre la sociedad internacional está directamente en relación con el discurso sustantivo;-a esto hay que añadir el discurso de las fuentes, que para los integrantes de la escuela crítica no sólo actúa con independencia de los otros discursos, sino que además es irrelevante.

Soy consciente de que con los párrafos anteriores no hago justicia a una descripción profunda de la ambición crítica de deconstruir el derecho internacional de una forma general, reduciendo al liberalismo racional en que se funda ese cuerpo

normativo a una "pobre" tradición¹²³ autocontradjetona, pero esa importante tarea se encuentra más allá de mis intenciones.¹²⁴ En cambio, con mi descripción anterior he tratado de poner de manifiesto dos cuestiones generales entrelazadas de la concepción jurídico internacional de la escuela crítica que considero útiles para la discusión sobre el problema de la autonomía del derecho internacional. Me refiero, por un lado, a la pretensión de que el derecho es política y, por otro lado, a la tesis de la indeterminación radical del derecho. Estas ideas están íntimamente unidas y pueden ser concebidas desde un punto de vista estratégico, en el que la indeterminación sería un instrumento de deslegitimación del orden jurídico.¹²⁵ Sin embargo, aquí sólo quiero destacar una vez más la tesis de la indeterminación radical desde un punto de vista descriptivo para volver sobre ella más adelante.¹²⁶

Independientemente de su conexión con una tendencia realista radical,¹²⁷ la escuela crítica defiende por sí misma una concepción del derecho no autónomo, es más, para esta corriente de pensamiento el derecho es política y sus normas se encuentran indeterminadas en un sentido radical. Además del ejemplo de la estructura del discurso jurídico internacional en el caso de la soberanía, al que hice referencia unos párrafos atrás, la imagen de movimiento retórico, ascendente y descendente, puede encontrarse en todas las fundamentaciones decisorias relativas a casos difíciles. Esto es así por varias causas: por las contradicciones¹²⁸ del derecho derivadas de la contingencia o pertenecientes al carácter inherente de

122. Esta tensión conceptual no ha pasado desapercibida ni mucho menos a los internacionalistas tradicionales. Lo nuevo es la forma de aproximación al estudio de esa dicotomía. Para poner sólo un par de ejemplos notables, voy a citar las palabras de KELSEN y CARRILLO SALCEDO. K I-I .SEN escribió en la primera mitad de este siglo que "la théorie du droit international (...) oscille d'une manière tout à fait inconsé- quente entre deux poles, une conception individualiste de l'État et une conception universaliste de l'humanité, entre le subjectivisme de la primauté de l'État et l'objectivisme de la primauté de l'ordre international". Hans KELSEN, "Les rapports des systems entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des Cours* (1926-1 V), p. 235.

CARRILLO SALCEDO ha mantenido en su magnífico libro *El derecho internacional en un mundo en cambio* (Madrid, Tecnos, 1984, p. 192) que "[el] orden internacional (...) tiene que ser entendido e interpretado en función de dos polos de atracción, la soberanía de los Estados y la comunidad internacional". Del mismo autor y en el mismo sentido, véase también: "Funciones del Derecho internacional contemporáneo: garantía de la independencia de los Estados e instrumento para la cooperación entre los Estados", en *1 Homenaje al profesor (Jarcia de Enterría, Madrid, Civitas, 1991, pp. 259-266; y Curso de . Derecho internacional público, Madrid, Tecnos, 1994, p. 26.*

123. Véase Anthony CARTY, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *2 European Journal of international Law* 66 (1991). En la página 71 Carty va aún más allá cuando dice que no obstante los intentos ciertos de describir el significado de los principios normativos a la luz de las prácticas sociales, "liberalism cannot simply save itself from vacuity by turning itself into a tradition". Para él "the liberalism of the Enlightenment intended to break with, to dispense itself from, tradition in favour of a rational autonomy. The positivist legal scholar cannot both priori- se freedom against a constraining traditional, customary practice and engage in a rigorous searching of social, i.e. State, practice to see whether it really affords evidence of consent to rules".

124. Una buena descripción pertenece a Nigel PURVIS, "Critical Legal Studies in Public International Law", *32 Harvard International Law Journal* 81 (1991).

125. Andrew ALTMAN, "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin", *Philosophy and Public Affairs* (1986), p. 215, nota 27.

126. Véase *infra* parte II.

127. Por ejemplo, el texto de Jerome FRANK de 1930: *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970.

128. David KENNEDY, "Theses about International Law Discourse", *23 German Yearbook of International Law* 353 (1980). También G. Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction: The Dialectic of Duplicity*, 1990.

la experiencia humana, por la paradoja del seguimiento de las reglas,¹²⁹ por la existencia de reglas competitivas¹³⁰ disímiles que pueden decidir el caso, etc. Luego volveré brevemente sobre este punto, pero desde ya adelanto mi posición: yo creo que hay una descripción plausible de la sentencia "el derecho es política" y creo también que el derecho está parcialmente indeterminado.

Antes de pasar a exponer la teoría feminista de derecho internacional, que bien puede describirse como una escuela afín al movimiento de estudios jurídicos críticos, me gustaría decir dos palabras sobre algo que atribuí a la escuela crítica al comienzo de esta sección. Dije que la tarea de esta escuela era fundamentalmente crítica y descriptiva antes que prescriptiva. Pues bien, eso es exactamente lo que en su origen pretendieron autores como David Kennedy, al poner de manifiesto la estructura del derecho internacional como retórica, y Koskenniemi al concretar la crítica en la práctica interminable de las argumentaciones descendientes y ascendientes basadas en cadenas de diferenciación. Este tipo de crítica de(con)structiva ha llevado a muchos autores a calificar a la escuela crítica como un movimiento que conlleva a un "nihilismo jurídico", que se concreta en la falta de propuestas de la escuela y la perspectiva pobrísima que ofrece la tesis de la indeterminación radical del derecho¹³¹. Si

bien yo he participado en alguna medida en esta crítica¹³², creo también que la corriente crítica ha hecho grandes aportes a la doctrina del derecho internacional. Esos aportes ya están ahí, sin necesidad de considerar aquellos desarrollos más modernos de la teoría que pretenden aplicar técnicas deconstru- tivas y postestructuralistas, porque los internacionalistas tenemos ahora que responder a un edificio crítico que aún no ha recibido un tratamiento adecuado, que tiene como objetivo mostrar otros significados de los conceptos y los discursos que solemos utilizar y considerar autoritativos. Además, si bien la intención de Kennedy en su obra sobre la estructura del derecho internacional era crítica y descriptiva, como adelantaba, no se puede decir lo mismo de los que le sucedieron. Así, por ejemplo, el propio Koskenniemi propone una metodología concreta que se caracteriza como un antifundacionalismo hermenéutico,¹³³ también conocida como perspecti- vismo. Es exactamente en ese rechazo al conocimiento objetivo que consiste en la adopción de una teoría filosófica antifundacional donde reside el punto de inflexión entre lo que se puede describir como teorías modernas y postmodernas. Por eso, con respeto, creo que Rosalyn Higgins se equivoca cuando pretende arrimar las posiciones de la jurisprudencia configurativa a los postulados políticos de la escuela crítica.¹³⁴ Esto es así, porque las diferencias entre ambas visiones son irreconciliables desde un punto de vista filosófico y se derivan de los proyectos mismos que cada escuela tiene: mientras que la jurisprudencia configurativa cree en un proyecto sisté- mico total engarzado dentro de lo moderno, la escuela crítica rechaza cualquier proyecto universalista en favor de particularismos más adecuados a la teoría posmoderna.¹³⁵

129. Esta es una agudísima crítica, quizá la más brillante de todas para fundamentar la tesis de la indeterminación, que se basa en una interpretación que el filósofo realista Saúl KRIPKE (*Wittgenstein on Rules and Private Language*, Oxford, Blackwell, 1982) hizo de una idea de Ludwig WITTGENSTEIN aparecida en sus *investigaciones filosóficas* (1953). En concreto, y siguiendo la descripción que José Juan MORF.SO ha hecho de la misma en su libro *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 209 y ss.), la paradoja consiste en que "ningún curso de acción podría ser determinado por una regla, porque cualquier curso de acción puede ser realizado de acuerdo con la regla". A esto se responde que "si todo puede realizarse de acuerdo con la regla, entonces también puede realizarse en conflicto con ella. Por ello, no habría lugar para el acuerdo ni para el conflicto". Las consecuencias de esta paradoja para el derecho son, como dice MORESO, devastadoras, porque llevan a un escepticismo radical que no permite atribuir significados a las normas generales.

130. Andrew ALTMAN, "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin", *Philosophy and Public Affairs* 205 (1986).

131. Por ejemplo, Nigel PURVIS dice al respecto que: "To date, the most disappointing aspect of the New Stream literature has been its failure to commit to an affirmative image of international law's role in the world order". Nigel PURVIS, "Critical Legal Studies in Public International Law", 32 *Harvard International Law Journal* 81 (1991), p. 116 y en relación con el problema del nihilismo pp. 120- 124. En la página 123 se dice: "There is, therefore, a strange duality to the New Stream's epistemology. It can produce a reasoned critique of international utopian theories, but not offer its own alternatives".

132. Véase mi recensión del libro de David KENNEDY en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII, 1991, pp. 601-602.

133. Para una revisión de los proyectos de reformulación teórica provenientes de la escuela crítica, véase Anthony CARTY, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", 2 *European Journal of International Law* 66 (1991) (describiendo y criticando los trabajos de KENNEDY, KOSKENNIEMI, KRATOCHWIL y FASTENRATH y formulando su propia propuesta hacia una etnografía de la hermenéutica jurídica internacional). Para la posición de CARTY, véase también su libro *The Decay of International Law!*, Manchester, Manchester University Press, 1986.

134. Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process, International Law and How We Use It*. Oxford University Press, 1994, p. 9 (sosteniendo que la escuela crítica tiene más en común con la ciencia política que lo que ambos, cientistas políticos y realistas críticos, estarían dispuestos a admitir).

135. Sobre estas concepciones, véase el estudio de Gary MINDA, *Postmodern Legal Movements*, New York, New York University Press, 1995.

1.5. Feminismo y derecho internacional

El objetivo principal del feminismo jurídico en general, y específicamente en materia de derecho internacional,¹³⁶ es poner al descubierto la discriminación contra la mujer que contienen las normas jurídicas internacionales de una sociedad internacional patriarcal, unas normas que lejos de ser neutrales subordinan a la mujer frente al hombre. Por supuesto, como ocurre con todos los rótulos, detrás de éste también conviven múltiples concepciones de feminismo. Por lo pronto, creo que conviene decir que hay al menos un feminismo liberal, uno radical y otro cultural.¹³⁷ El primero pondría el acento en los derechos, el segundo en la dominación y el tercero en la diferencia, aunque la verdad es que la mayoría de las veces aparecen mezclados. Yo diría que, en cierto sentido, el feminismo se ha convertido hoy en una corriente que se inscribe dentro de la llamada Nueva Corriente, en tanto adopta los instrumentos metodológicos y la posición de la escuela crítica: su tarea supone una crítica del liberalismo y presupone que el derecho es una actividad ideológica. Sin embargo, esto sólo se puede decir de un tipo de feminismo que difiera del feminismo liberal, ya que uno de los postulados centrales de la escuela crítica es exactamente el ataque contra el liberalismo filosófico. Además, hay una diferencia con la

escuela crítica que puede describirse de una manera más general, porque el objetivo del feminismo no se queda en esa crítica sino que tiene pretensiones prescriptivas.

Además de la tesis general con que abrí esta sección, siguiendo en alguna medida el artículo de Charlesworth, Chinkin y Wright,¹³⁸ destacaría de las propuestas feministas su crítica de la estructura organizativa y normativa del derecho internacional, que no favorece una participación femenina en las instituciones internacionales, la denuncia de las categorías público/privado, y el escepticismo frente a la idea liberal acerca de los derechos como vía de emancipación.

El problema central es, como se indicó, la exclusión de la mujer de los procesos internacionales. Charlesworth, Chinkin y Wright creen que esta exclusión se produce por causas estructurales: en primer lugar, organizativamente, el derecho internacional está dominado por las élites de decisión que imperan en los Estados y las organizaciones internacionales, fundamentalmente compuestas por hombres; en segundo lugar, normativamente, el derecho internacional se ocupa de regular el ámbito público y excluye de su alcance los importantes ámbitos privados donde la mujer ocupa un lugar vulnerable. Un ejemplo es la prohibición de la tortura, que sólo afecta al ámbito público y estatal, pero no al privado o doméstico. La denuncia que me parece mejor fundada, al menos fácticamente, es la llamada de atención del feminismo jurídico internacional sobre la discriminación de la mujer, inherente a la estructura organizativa y normativa del derecho internacional. Como acabo de decir, las autoras citadas dicen que dicha estructura está esencialmente dominada por hombres, es una estructura patriarcal donde la mujer está infrarepresentada en el mejor de los casos. La verdad es que, si uno mira la composición de la Corte Internacional de Justicia, que hoy cuenta por fin con una mujer entre sus magistrados,¹³⁹ Rosalyn Higgins, o la Comisión de Derecho Internacional, que nunca ha contado con una mujer entre sus miembros, las críticas feministas hallan una base fáctica muy plausible respecto de este punto. Ahora bien, independientemente de que sería justo, y no simplemente conveniente, que hubiere una mayor representación femenina en las instituciones internacionales, habría que analizar

136. Un estudio sobre feminismo y derecho internacional que causó un gran impacto en la disciplina fue el artículo de Hilary CHARLESWORTH, Christine CHINKIN y Shelley WRJGHT, "Feminist Approaches to International Law", 85 *American Journal of International Law* 613 (1992); que fue objeto de una muy bien fundamentada respuesta de Fernando Tesón, "Feminism and International Law: A Reply", 33 *Virginia Journal of International Law* 647-684 (1993). Véase también Rebecca J. COOK, "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women", 30 *Virginia Journal of International Law* 643-76 (1990); *id.*, "Women's International Human Rights: A Bibliography", 24 *New York University Journal of International Law and Policy* 857-888 (1992); Christine CHINKIN, "A Gendered Perspective to the International Use of Force", 12 *Australian Yearbook of International Law* 279-293 (1991); Judith GARDAM, "A Feminist Analysis of Certain Aspects of International Humanitarian Law", 12 *Australian Yearbook of International Law* 265-278 (1991); Hilary CHARLESWORTH, "The Public/Private Distinction and the Right to Development in International Law", 12 *Australian Yearbook of International Law* 190-204 (1991); Marilyn WARING, "Gender and International Law: Women and the Right to Development", 12 *Australian Yearbook of International Law* 177-189 (1991); Shelley WRIGHT, "Economic Rights and Social Justice: A Feminist Analysis of Some International Human Rights Conventions", 12 *Australian Yearbook of International Law* 265-278 (1991).

137. Cf Carol GILLIGAN, *From a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge: MIT Press, 1982. ¿Hay una moralidad femenina distintiva? ¿Puede desarrollarse una moralidad femenina internacional? Menos litigiosidad, menos confrontación y más negociación. Los problemas de una visión tal son claros: una posición sociobiológica de la diferencia lleva a la mujer, necesariamente, a una posición de la que se esfuerza por escapar.

138. Hilary CHARLESWORTH, Christine CHINKIN y Shelley WRIGHT, "Feminist Approaches to International Law", 85 *American Journal of International Law* 613(1992).

139. Es verdad que anteriormente hubo una jueza *ad hoc*, la profesora Suzanne BASTID.

esta denuncia del sistema jurídico internacional con más detenimiento. Esto es lo que hace Fernando Tesón en su respuesta a las citadas autoras. Este autor, que adopta una posición (feminista) liberal y achaca a Charlesworth y sus asociadas una postura radical, dice que el derecho internacional "no puede ir más allá de prescribir un gobierno democrático y la no discriminación en general". No voy a entrar aquí a discutir la posición de este autor respecto de la democracia¹⁴⁰ como principio de derecho internacional independiente del consentimiento de los Estados, pero Tesón mantiene que la tesis general de las autoras falla porque trivializa la distinción entre democracias y tiranías. En relación con el contenido el ordenamiento jurídico interancional, Tesón cree que el problema del derecho internacional está más bien en la sobreprotección de los gobiernos y de los Estados frente a los individuos.

La teoría feminista rehuye y critica las divisiones entre lo público y lo privado, entre lo interno y lo externo, para concentrarse en el impacto real que las normas tienen sobre las mujeres. Por supuesto, el estudio concreto de los problemas de las mujeres en cada ámbito jurídico internacional tendrá unos puntos de coincidencia y también de divergencia según los grupos y la ubicación de las mujeres sobre las que recaen las normas. No son iguales, por ejemplo, los problemas de las mujeres del mundo desarrollado que aquellos que deben afrontar las mujeres del mundo subdesarrollado. Al parecer, el enfoque feminista de derecho internacional debe construirse sobre la base de los puntos comunes. Sin embargo, volviendo a la distinción público/privado, creo que la misma es necesaria para distinguir ámbitos de libertad, pero que la teoría feminista lleva razón cuando sostiene que la distinción ha servido para limitar el efecto de algunos derechos en favor de una posición privilegiada de los hombres. Esto es fácil de comprobar en la relativamente reciente reacción frente a los abusos contra las mujeres dentro de la familia. En derecho internacional, sin embargo, la extensión es menos clara desde mi

140. Véase su libro *The Philosophy of Human Rights* (1998) y, especialmente, su artículo "Two Mistakes about Democracy", presentado en el *Annual Meeting of the American Society of International Law de 1998*. Para una opinión distinta, véase Thomas FRANCK, "The Emergent Right to Democratic Government", 86 *American Journal of International Law* 42 (1992). Véase también el estudio general de Javier ROLDÁN, *Democracia y Derecho internacional*, Madrid, Civitas, 1993; James CRAWFORD, *Democracy and International Law*, Inaugural Lecture, Cambridge, Cambridge University Press, 1994; véase también el curso de Jean-Yves MORIN, "L'Etat de droit; émergence d'un principe du droit international", *Recueil des Cours* (1999).

punto de vista. Charlesworth y sus asociadas piensan que una consideración distinta de este tema cambiaría, por ejemplo, el campo de efectividad del derecho a la libre determinación en derecho internacional, poniendo los casos de la posición de mujer en los pueblos afgano y saharauí.

Por último, en relación con la tesis de los derechos, defendida en gran medida por una versión liberal del feminismo, Charlesworth y sus asociadas apuntan algunos problemas en relación con su efectividad. Esta tesis sostiene que una aproximación basada en derechos equipararía la posición de la mujer frente a la del hombre. Sin embargo, para algunas feministas esta vía se encuentra agotada. Se basan en varios argumentos para sostener esta posición: la desigualdad de poder que debe presuponerse, la formulación individual de los derechos, los derechos que compiten con los derechos de la mujer, y la idea de que algunos derechos pueden actuar en detrimento de la mujer. Sin desconsiderar estos argumentos, creo que la vía de los derechos no se encuentra agotada. Por el contrario, ahora que existe una conciencia y unos datos certeros sobre las violaciones de los derechos de la mujer, se hace necesario aumentar los esfuerzos para combatirlos desde el derecho internacional, sencillamente porque al ser derechos humanos de derecho positivo internacional ya no hay obstáculos formales para crear agencias de control y poner en marcha la maquinaria institucional del derecho internacional. Así parece entenderlo el Secretario General de las Naciones Unidas, quien en su último informe sobre la labor de la Organización escribe:

Según el informe de UNICEF titulado *El progreso de las naciones*, publicado en 1997, la violencia contra las mujeres y las niñas es la forma más generalizada de violación de los derechos humanos en el mundo actual. Esta práctica trasciende las distinciones habituales entre los países basadas en factores tales como el ingreso nacional. El UNIFEM ha elaborado un programa de derechos humanos de la mujer orientado fundamentalmente a lograr que se tengan debidamente en cuenta sus derechos, a combatir y eliminar la violencia de que es víctima y a que conozca mejor y haga valer sus derechos humanos. En el programa se presta particular atención a lograr la ratificación universal de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que podría considerarse la 'carta de derechos de la mujer'.¹⁴¹

141. Kofi A. ANNAN, *Transición y renovación. Memoria anual sobre la labor de la Organización*, Nueva York, Naciones Unidas, 1997, párrafo 34.

1.6. Derecho internacional y análisis económico del derecho

La relación entre la economía y el derecho en el ámbito del derecho internacional público ha sido confinada, hasta hace muy poco tiempo, a los temas directamente relacionados con la soberanía de los Estados, como las nacionalizaciones, el comercio con la propiedad de enemigos o la posibilidad de una intervención económica.¹⁴² En relación con esta idea, tengo la impresión de que, desde la perspectiva del derecho internacional público, aún hoy se sigue considerando, en gran medida, a las relaciones económicas internacionales como las describiera Antonio Cassese cuando decía que se trataba de un lugar reservado a unos pocos especialistas, que a menudo esconden para sí las claves de una complicada mezcla entre derecho y economía.¹⁴³ Esto es así no solamente por la incidencia de la distinción entre lo público y lo privado, sino también porque los fundamentos del derecho económico internacional difieren de los fundamentos del derecho internacional, en la medida en que la idea de soberanía es necesariamente la pieza esencial del primero, al que le importa menos la independencia que la interdependencia.¹⁴⁴ Debido a esta causa se puede hablar de dos regímenes, dos sistemas.¹⁴⁵ En este esquema, "los Estados son relevantes para el derecho comercial internacional por sus funciones regulativas en ambos lados de las fronteras, porque pueden facilitar o impedir el comercio internacional, porque pueden implementar las reglas del co

mercio internacional y porque en algunos casos ellos mismos comercian".¹⁴⁶

A partir de este presupuesto contextual, que asume condicionadamente el modelo de análisis propuesto por la teoría de los juegos de dos niveles,¹⁴⁷ debemos preguntarnos por el concepto de análisis económico del derecho y avanzar algunas opiniones sobre su incidencia en el derecho internacional.

Es imprescindible comenzar diciendo que se han distinguido varias concepciones posibles de la llamada escuela económica del derecho. Independientemente de las coincidencias con otros movimientos jurisprudenciales,¹⁴⁸ esta escuela en su versión actual nace en un contexto estadounidense y, más concretamente, con la publicación de dos trabajos aparecidos a comienzos de la década de 1960,¹⁴⁹ que advertían que el derecho no puede separarse absolutamente de la lógica del mercado. A partir de aquí se pueden divisar dos momentos en la escuela, especialmente si ponemos nuestra atención en la figura de Richard Posner, líder de ambos momentos jurisprudenciales. El primer proyecto de Posner coincide con una teoría del derecho que, no obstante buscar su fuente de apoyo en la economía, creía en una función jurídica desde un punto de vista científico y generalista;¹⁵⁰ por el contrario, el segundo proyecto de Posner se decanta por una teoría jurídica pragmática que descrea de las construcciones generales.¹⁵¹ Yo no voy a investigar estos proyectos de filosofía jurídica en sí mismos, porque mi preocupación es saber cómo influyen o pueden influir en el derecho internacional público. En consecuencia, me adhiero aquí a una interpretación que considero muy plausible y que distingue entre dos concepcio-

142. Yo he explorado esta posibilidad en mi artículo "El embargo como sanción internacional", 48 *Lecciones y Ensayos* 117 (1988).

143. Antonio CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 317 (citado en este punto por Donald MCRAE, "The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law", 260 *Recueil des Cours* 99, 115 (1996), con el objeto de mostrar la distancia entre ambas disciplinas).

144. Un buen ejemplo de esta afirmación se encuentra en el primer apartado del libro de John H. JACKSON, Davies y Alan O. SYKES, *Legal Problems of International Economic Relations*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 3ª ed. 1995.

145. Esta tesis, que comparto, pertenece a Donald MCRAE, "The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law", 260 *Recueil des Cours* 99, 116-117 (1996). Contra: Georg SCHWARZENBERGER, "The Principles and Standards of International Economic Law", 87 *Rec. des Cours* 1 (1966) (En la página 27 dice: "economic sovereignty remains the starting point of International Economic Law as is Sovereignty that of International Law at large"). Véase también Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, "International Economic Law", 198 *Rec. des Cours* 1 (1986-111). El tema fue objeto de estudio en el Coloquio de Orléans de la Société française pour le droit international, *Aspects du droit international économique*, Paris, Pédone, 1972 (conclusiones generales del profesor Pros- per WEIL).

146. Donald MCRAE, "The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law", 260 *Recueil des Cours* 99, 123 (1996).

147. Véase *infra* II.2.7.

148. Entre otros, Manuel ATIENZA ha llamado nuestra atención sobre las semejanzas entre esta escuela y la jurisprudencia de intereses liderada por Rudolf VON IIRING en Alemania. Véase su *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985.

149. Ronald COASE, "The Problem of Social Cost", 3 *Journal of Law & Economics* 1 (1960); Guido CALABRESI, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 *Yale Law Journal* 499 (1961).

150. Véase Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little & Brown Co., 1973.

151. Véase Richard POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990 y su *Overcoming Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1994. Estos libros se encuadran dentro de una opción filosófica de POSNER en favor del neopragmatismo americano, representado especialmente por Richard RORTY.

nes de la escuela económica del derecho;¹⁵² (1) La tesis posneriana o fuerte sostiene que "el principio de eficiencia es un ideal completo y plausible de justicia que debe guiar la producción del derecho". Coincido con aquellos autores que, como Liborio Hierro y Juan Carlos Bayón, consideran que esta tesis es insostenible, tanto por el problema de la asignación inicial, como por los problemas de definición que plantea el concepto de eficiencia mismo. (2) La tesis de Calabresi o moderada, mucho más viable, sostiene que la eficiencia es "un ingrediente de la idea de justicia, una condición necesaria pero no suficiente de una sociedad justa". El valor intrínseco de esta tesis es grande y creo que es muy beneficioso adoptarla, como se ha hecho en gran medida en ámbitos extracontractuales del derecho privado, sin la necesidad de derivar de la misma posiciones ideológicas predeterminadas sobre la maximización de la riqueza o la prohibición total de intervención estatal. Ahora bien, tal posición sólo puede ser sostenible si, como dice Carlos Niño, el cálculo económico de eficiencia sólo opera en el área de permisibilidad de principios valorati- vos más básicos y no como un discurso jurídico insular.¹⁵³ El problema de esta tesis, como nos recuerda Bayón, es su falta de carácter normativo; en efecto, más que criterios para decidir entre diversas alternativas, opera como un método que muestra consecuencias que ayudan a tomar una u otra decisión.

En el ámbito del derecho internacional público, coincidiendo con lo que advertíamos en el primer párrafo de esta sección, no ha habido construcciones generales basadas en la escuela económica del derecho. Yo conozco un solo conjunto de artículos dedicados a la aplicación de los postulados de esa escuela al derecho internacional.¹⁵⁴ En este sentido,

152. Los análisis de la esencia económica del derecho son cuantiosísimos. Para la distinción entre las dos tesis que arriba se nombrarán he utilizado los trabajos de Liborio Hierro, "Contra el imperio de la riqueza (DWORKIN v. POSNER)", en Ronald DWORKIN. Estudios en su homenaje, 38 *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso* 383-411 (1993) y "La pobreza como injusticia (DWORKIN v. CALABRESI)", 15-16 *Doxa* (1994); Juan Carlos Bayón, "Eficiencia e inalienabilidad", 15-16 *Doxa* 971(1994). Sobre la escuela en general, véase Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994. Véase también, para una visión general muy reciente, Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1997.

153. Carlos S. Niño, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 80-81.

154. Se trata de unos artículos publicados originalmente en la *International Review of Law and Economics*, ahora reunidos en Jagdeep Bhandari & Alan O. Sykes (eds.), *Economic Dimensions in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

creo que los intentos han quedado reservados a ámbitos superpuestos del derecho internacional y el derecho internacional privado,¹⁵⁵ como es la reflexión sobre el GATT,¹⁶ y quizá en la teoría de las relaciones internacionales.⁵⁷ Es en este último contexto donde aparecen estudios interesantes sobre problemas concretos que pueden aplicarse a los actores de las relaciones internacionales y, más específicamente, a los sujetos de derecho internacional. Hago aquí referencia a un postulado esencial de la escuela económica del derecho, que asume que "el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida"¹⁵⁸ y a la posibilidad de extenderlo a un nivel estatal: ¿se puede asumir que el Estado es un actor racional que busca la maximización de sus fines?¹⁵⁹ La respuesta mayoritaria parece indicar que esta presunción, dudosa y demasiado simplista para el individuo, no es aplicable al Estado.¹⁶⁰

Quizás, si se tiene en cuenta el predominio de la teoría de los juegos en la teoría económica, también se podría agregar algún intento de aplicar la teoría de los juegos al análisis del derecho de los tratados, que ha desarrollado Fernando Tesón en un capítulo de su libro *A Philosophy of International Law*, Boulder, CO., Westview Press, 1998.

155. Véase Carlos D. Espósito y Francisco J. Garcimartín Alperéz, "El Artículo 24 de la Constitución y la inmunidad civil de los agentes diplomáticos extranjeros (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995)", 47 *Revista Española de Derecho Constitucional* 257-292 (1996).

156. Véase, por ejemplo, Warren F. Schwartz y Alan O. Sykes, "Toward a Positive Theory of the Most Favored Nation Obligation and Its Exceptions in the WTO/GATT System", 16 *International Review of Law and Economics* 27 (1996) (un análisis de los costos y beneficios de la regla de no discriminación del GATT/OMC y de sus excepciones). Es interesante cómo algunos autores, como Sykes, han tratado de aplicar nociones de teoría de los juegos y del derecho económico contractual al GATT. Un ejemplo curioso es la aplicación de la teoría del "incumplimiento eficiente" en el ámbito del GATT. Véase Alan Sykes, "International Law and Economics", 94 *Proceedings of the American Society of International Law* 109-122 (1996). Véase también Joet P. Trachtman, "The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis", 17 *Northwestern Journal of International Law & Business* 470 (1996/97).

157. Existe una conexión entre una parte de la corriente *insitucionalista* de las relaciones internacionales (liderada por Keohane, Ruggie, etc.) con al menos una versión de la escuela económica del derecho: aquella que bebe en la fuente de la economía institucional desarrollada por Douglas North en la Universidad de Chicago.

158. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little & Brown Co., 1973, p.3.

159. Sobre este tema, por ejemplo, véase Kurt T. Gaubatz, "Democratic States and Commitment in International Relations", 50 *Int. Org.* 108 (1996) (analiza y, en contra de las posiciones más tradicionales representadas por Tucídides y Maquiavelo en relación con la constancia de los inconstantes, arguye a favor de la capacidad de los estados democráticos para adquirir compromisos en sus relaciones internacionales). Véase también Robert D. Putnam, "Diplomacy and Domestic Politics: the Logic of Two Level Games", 12 *International Organization* 427 (1988) (presenta una matriz de análisis para investigar cuándo y cómo la política interna determina las relaciones internacionales y viceversa).

160. Por ejemplo, Eyal Benvenisti, "Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law", 90 *American Journal of International Law* 384 (1996), especialmente pp. 392 y ss.

Considero que las investigaciones de derecho internacional público encontrarían nuevos incentivos y nuevas preguntas relevantes si, además de poner énfasis en la relación directa que existe entre derecho y política, los investigadores nos planteáramos preguntas basadas en la lógica del mercado siguiendo la tesis moderada que he expuesto sólo unos párrafos atrás.¹⁶¹ Por ejemplo, D'Amato se ha preguntado qué hubiera ocurrido con algunos casos si existiera un sistema de mercado: en uno de sus ejemplos describe la actuación del negociador estadounidense Warren Zimmerman en la celebración del frustrado acuerdo de paz de Lisboa en 1992 entre croatas, musulmanes ^ serbios sobre la partición de Bosnia Herzegovina.¹⁶² Zimmermann se negó a concluir el acuerdo, que era similar al acuerdo firmado en 1993, por supuesto, tras un incremento inmenso de los costes humanos y materiales. Otro ejemplo es el del caso Álvarez Machaín,¹⁶³ que supuso un altísimo costo para Estados Unidos que se tradujo en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio, en la renegociación de tratados de extradición para incluir casos de secuestro como prohibidos, el desprestigio del Tribunal Supremo, una demanda multimillonaria por daños y perjuicios del Dr. Álvarez Machaín. Claro que estos son ejemplos aislados y muy generales, cuando lo interesante sería, siempre dentro de la tesis prudencial antes descrita, ver cómo incidirían las reglas económicas y los análisis institucionales en ámbitos concretos del derecho internacional que se demuestren susceptibles de ser estudiados bajo dicho prisma teórico.

161. Un ejemplo de esta combinación puede encontrarse en el interesante ensayo de Mark .1. ROE, "Chaos and Evolution in Law and Economics", 109 *Harvard Law Review* 641 (1996). Este ensayo contiene una redeterminación muy atractiva de la concepción clásica del modelo evolucionista en derecho y economía, incorporando tres conceptos relacionados: teoría del caso, dependencia del sendero (*path dependence*) y teoría moderna de la evolución. En un párrafo sumario, el autor dice. "Although economic institutions that survive cannot be too inefficient, evolution-toward-efficiency only applies within broad parameters; it does not fully determine the institutions we observe. Integrating chaos theory, path dependence, and modern evolutionary theory into the classical evolutionary paradigm provides a richer understanding of how legal and economic institutions arose and survived. What survives depends not just on efficiency but on initial, often accidental conditions (chaos theory); on the history of problems that had to be solved in the past but that may be irrelevant today (path dependence); and on evolutionary accidents - what might do best today might have met its evolutionary demise in the past" (p. 668).
162. Este ejemplo y el que sigue pertenecen a Anthony D'AMATO y aparecieron en su edición de *International Law Anthology*, 407 (1994).
163. Sobre este caso véase mi artículo "Male captus, bene detentus: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Alvarez-Machain", en *Estudios de jurisprudencia*, núm. 5, 1993, pp. 7-27. Este artículo ha sido publicado también en la revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires *lecciones y Ensayos*, núm. 62, 1995, pp. 17-48.

L 7. Las teorías de las relaciones internacionales y el derecho internacional¹⁶⁴

Los ejemplos de autores de derecho internacional y de relaciones internacionales que verdaderamente han llevado a cabo proyectos interdisciplinarios coherentes, son escasos. En la doctrina del defecho internacional se pueden encontrar llamadas a la interdisciplinariedad¹⁶⁵ o utilidades más o menos extensas de la teoría política para fundamentar y diseñar el sistema de derecho internacional.¹⁶⁶ Coincido, sin embargo, con la doctrina reciente sobre la necesidad de articular de forma sistemática la creación de puentes entre el derecho internacional y las relaciones internacionales.¹⁶⁷ Esa articulación debe partir del reconocimiento de la heterogeneidad de ambas visiones de la sociedad internacional, y concretarse en áreas de estudio común, particularmente adecuadas para obtener beneficios teóricos conjuntos.

164. Kenneth W. ABBOTT, "Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers", 14 *Yale Journal of International Law* 335 (1989); Kenneth W. ABBOTT, "International Law and International Relations Theory: Building Bridges -Elements of a Joint Discipline," 86 *Proceedings of the American Society of International Law* 167 (1992); Anne-Marie SLAUGHTER, "International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda," 87 *American Journal of International Law* 205 (1993); Anne-Marie SLAUGHTER, "Law and the Liberal Paradigm in International Relations," 86 *Proceedings of the American Society of International Law* 180 (1992); Gray L. DORSEY, "Bridging the Gap Between Political Scientists and Lawyers -Remarks," 81 *Proceedings of the American Society of International Law* 381 (1987); Wesley L. GOULD, "Bridging the Gap Between Political Scientists and Lawyers," 81 *Proceedings of the American Society of International Law* 383 (1987); Stanley HOFFMANN, "The Study of International Law and the Theory of International Relations", 57 *Proceedings of the American Society of International Law* 26 (1963); Christopher C. JOYNER, "Crossing the Great Divide: Views of a Political Scientist Wandring in the World of International Law", 81 *Proceedings of the American Society of International Law* 385 (1987); Robert O. KEOHANE, "Compliance with International Commitments: Politics Within a Framework of Law", 86 *Proceedings of the American Society of International Law* 176 (1992); Harvey STARR, "International Law and International Order", in Charles W. KEGLEY, Jr., *Controversies in International Relations Theory: Realism and the Neoliberal Challenge* 299 (1995); Oran R. YOUNG, "International Law and International Relations Theory: Building Bridges -Remarks", 86 *Proceedings of the American Society of International Law* 172 (1992). See also Hedley BULL, *The Anarchical Society* 127-161 (1977). Una revisión reciente de esta interrelación se puede consultar en Anne-Marie SLAUGHTER, Andrew S. TULUMELLO y Stepan Woo, "International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship", *American Journal of International Law* (en prensa 1998).
165. Louis I IENKIN, *How Nations Ihehave*, New York, Praeger, 2ª ed., 1979, p. 6.
166. Véase Antonio REMIRÓ BROTONS, *Derecho internacional. Principios*. Madrid, Tecnos. 1982.
167. Véase *supra* nota 164.

El reconocimiento del carácter heterogéneo¹⁶⁸ de los contenidos de ambas disciplinas es, a mi entender, fundamental, tanto desde el punto de vista de la comprensión del fenómeno interdisciplinar como de su proyección teórica. Independientemente de los factores particulares, hay una forma general para describir la heterogeneidad que se podría denominar el *problema de las dos culturas*.¹⁶⁹ El mismo se traduce en la formulación de interrogantes diferentes y, en consecuencia, la obtención y expectación de respuestas diversas; además, esa matriz permite constatar el predominio de tendencias explicativas en RI¹⁷⁰ frente a tendencias prescriptivas en derecho internacional. En este sentido, debe mantenerse intacto un núcleo de naturaleza prescriptiva en el derecho internacional para conservar su autonomía relativa.¹⁷¹

No obstante, las posibilidades de cooperación y proyección son variadas. Por lo pronto, ambas disciplinas gozan de una riqueza conceptual impresionante. Por consiguiente, y desde mi punto de vista jurídico, el derecho internacional debe aprovechar categorías y hasta diseños sistemáticos de relaciones internacionales en sus propias construcciones. Esto ocurre de vez en cuando, pero no es la regla. En relación con ámbitos sustantivos de cooperación, ésta podría concentrarse allí donde la interdisciplinariedad parece *a priori* más fructífera: la creación de normas, la influencia de lo interno en lo externo y

viceversa (por ejemplo, la teoría de los juegos de dos niveles¹⁷² y la teoría de la paz democrática),¹⁷³ la relación entre moralidad y normas internacionales¹⁷⁴ (no necesariamente jurídicas) y el análisis del cumplimiento de las normas internacionales.¹⁷⁵

En un trabajo posterior volveré sobre algunos de estos enfoques.¹⁷⁶ Ahora, sin embargo, sólo pondré un ejemplo: la incidencia de una visión de relaciones internacionales en la teoría jurídica internacional, en concreto, la teoría "liberal" de las relaciones internacionales. Se puede incluir dentro de la teoría liberal de relaciones internacionales a aquellas formulaciones de inspiración kantiana y perspectiva cosmopolita a las que hoy se denomina habitualmente como *teoría liberal*. No ha sido ni es ésta la única perspectiva existente dentro del discurso liberal en relaciones internacionales, pero se podría afirmar que es la que goza de más predicamento en nuestros días y la más pertinente para el tema que aquí nos ocupa, es decir, la

168. Véase Robert J. BECK, "International Law and International Relations: The Prospects for Interdisciplinary Collaboration", en Robert J. BECK, Anthony CLARK AREND y Vander LUGT, *International Rules. Approaches from International Law and International Relations*, Oxford University Press, 1995, p. 4.

169. La expresión es de Oran R. YOUNG, "International Law and International Relations Theory: Building Bridges -Remarks", 86 *Proceedings of the American Society of International Law* 172 (1992), pp. 173-175. Este problema de las dos culturas se puede ver reflejado también a nivel intradisciplinar: cf. David KENNEDY, "The International Style in Postwar Law and Policy: John Jackson and the field of International Economic Law", *10 Am.U.J. Int'l L. & Pol'y* 67-716 (1994/1995).

170. Véase, sin embargo, *infra* sección 3, donde se presentan teorías normativas de relaciones internacionales, que están equilibrando la balanza entre empiristas y prescriptivistas en el estudio de las RI.

171. Esto es lo que pretende Bos cuando advierte que "Especially with regard to international law, the danger of deteriorating into a mere theory of international relations looms large". Maarten Bos, "Will and Order in the Nation-State System: Observations on Positivism and Positive International Law", en R.St.J. McDONALD y D. JOHNSTON, *The Structure and Process of International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1983, pp. 51-78, en la página 59. Claro que su concepción de la teoría de las relaciones internacionales no contempla los desarrollos últimos de dicha teoría en relación con la línea divisoria entre lo fáctico y lo normativo. Véase *infra* II.3 y II.4.

172. Respecto de la relación interna y externa de la normatividad internacional, desde la teoría de las relaciones internacionales se ha desarrollado una línea de investigación muy atractiva conocida como "juegos de dos niveles". Véase Robert D. PUTNAM, "Diplomacy and Domestic Politics: the Logic of Two Level Games", 12 *International Organization* 427 (1988).

173. Esta es una teoría inicialmente desarrollada por Michael DOYLE, que une fuertemente la idea de paz a la idea de estados democráticos. Después de su primer artículo, publicado en dos partes (Michael W. DOYLE, "Kant's Liberal Legacies and Foreign Affairs", 12 *Philosophy and Public Affairs* (1983)), este autor ha escrito varios más apoyando su tesis original y respondiendo críticas. Para un análisis general y crítico de esta tesis y de sus diferentes defensores, véase Francisco Javier PEÑAS, "Liberalismo y relaciones internacionales: la tesis de la paz democrática y sus críticos", 16 *Isegoría* 119-140 (1996).

174. Véase *infra* sección 3.

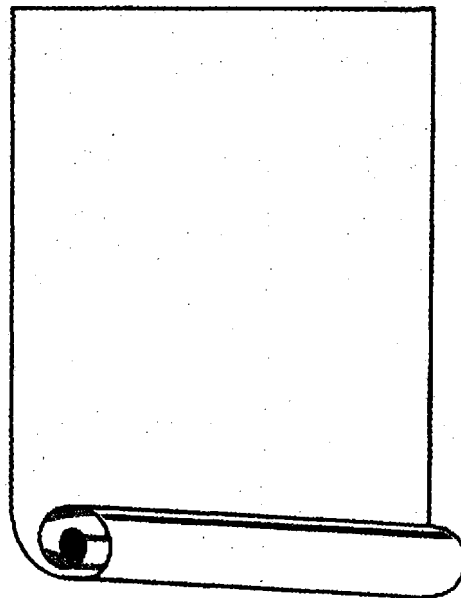
175. Además del libro de Louis HENKIN, *How Nations Behave*, New York, Praeger, 2ª ed. 1979, pp. 45-64; véase Abnan CHAYES, "An Enquiry into the Workings of Arms Control Agreements", 85 *Harvard Law Review* 905-969 (1972); Abnan CHAYES and Antonia CHAYES, "On Compliance", 47 *International Organization* 175-205 (1993); Abnan CHAYES and Antonia CHAYES, "From Law Enforcement to Dispute Settlement: A New Approach to Arms Control Verification and Compliance", 14 *International Security* 147-164 (1990); KEOHANE, *After Hegemony*, pp. 98-106; Friedrich KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisión: On the Conditions of Practical and Illegal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; Roger FISHER, *Improving Compliance with International Law*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1981; Oran R. YOUNG, *Compliance and Illicit Authority: a Theory with International Applications*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1979; Oran R. YOUNG, *International Cooperation: Building Regimes for Natural Resources and the Environment*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1989.

176. Véase especialmente la tercera parte de este ensayo.

posible incidencia de visiones de las relaciones internacionales en la teoría jurídica.¹⁷⁷

Tal teoría liberal parte de una caracterización de la textura de la sociedad internacional, de un *a priori* filosófico y de una cierta lectura de la experiencia histórica de las relaciones entre los Estados. Para estas visiones liberales cosmopolitas, la sociedad internacional se asemeja a una tupida red de relaciones -culturales, comerciales, societarias,...- en las que las relaciones interestatales son más que una parte, no necesariamente la más importante, de tal red. En este sentido, la sociedad internacional es un germen imperfecto de esa comunidad de la humanidad aún por realizar.

La teoría liberal considera las relaciones entre Estados como unas relaciones que se producen antes que nada entre ciudadanos. Esto es importante para el derecho porque desmitifica la idea de soberanía, que a partir de allí se transforma en una cuestión de análisis sobre "cómo y en qué medida los gobiernos nacionales representan a los individuos y a los grupos que operan en sociedades nacionales y transnacionales".¹⁷⁸



La base filosófica de la teoría liberal es la creencia en el individuo como única fuente de valor moral y de obligación ética. De esta manera las divisiones que enfrentan a los individuos antropológicamente libres, iguales y racionales -identidades comunitarias, naciones o soberanías- no dejan de ser accidentes históricos cuyo valor moral existe en la medida en que sirvan a la libertad, al bienestar y a la búsqueda de la felicidad de los seres humanos.

Por último, tal teoría parte de un análisis de la experiencia histórica que reza que los Estados liberales no se hacen la guerra entre ellos.¹⁷⁹ Si tal tesis es cierta, es un corolario inevitable que la desaparición de la guerra de las relaciones entre los Estados estará íntimamente relacionada con el carácter liberal de la mayoría de ellos.

Las características a las que he aludido se parecen a las tres tesis que, según la profesora Slaughter, comparten las teorías liberales: primero, a diferencia de los realistas y los institucionalistas, la teoría liberal considera a los miembros de una sociedad (individuos) como los actores fundamentales de la política; segundo, todos los gobiernos representan algún segmento de la sociedad; tercero, la conducta de los Estados refleja las preferencias estatales.

177. Guil les Betiz sostiene que ha habido tres respuestas fundamentales al problema ético-normativo en relaciones internacionales: el escepticismo moral realista, la moralidad de los Estados, y el liberalismo cosmopolita. Véase su "Bounded Morality: Justice and the State in World Politics", 33 *International Organization* (1979). La llamada moralidad de los Estados es, sin duda, una de las líneas de argumentación clásicas del liberalismo en las relaciones internacionales. Sus orígenes e inspiración se remontan a piezas clásicas de John STUART MILL (Cf. "A few words on non intervention" y "Treaty obligations", en *Collective Works of John Stuart Mill*, vol., XXI, Toronto, University of Toronto Press, 1984). Sobre estos temas véase, por ejemplo, Michael WALZER, *Just and Unjust Wars*, Nueva York, Basic Books, 7 ed. De 1992; *id.*, *Thick and Thin*, Notre Dame, University of Notre Dame Press., 1994 (hay traducción española a cargo de Rafael DEL ÁGUILA). Véase también el polémico artículo de John RAWLS, "The law of the Peoples", *Critical Enquire*, vol. 20, núm. 1, 1993, y la discusión en C. ESPÓSITO y F. J. PEÑAS, "La justicia como equidad y el derecho de los pueblos: dos posibles lecturas de un ensayo de John Rawls", 87 *Revista de Estudios Políticos* (1995). En el campo de la teoría de las relaciones internacionales, véase Hedley BULL, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, London, Macmillan, 1977. Anne-Marie SLAUGHTER, "International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda," *RI American Journal of International Law*, 205 (1993);

178. Anne-Marie SLAUGHTER, "Law and the Liberal Paradigm in International Relations," 86 *Proceedings of the American Society of International Law* 180 (1992); Anne-Marie BURLEY, "Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine", 92 *Columbia Law Review* 1907 (1992).

179. Esta es la ya mencionada tesis de la paz democrática. Como tal se incorpora como evidencia histórica de partida en las elaboraciones liberales sobre relaciones internacionales.

Las consecuencias de esta aportación teórica liberal para la teoría jurídica internacional son manifiestas. De su descripción de la textura de la sociedad internacional, de su antropología filosófica y de su lectura de la historia de las relaciones entre los Estados, se derivan conclusiones no sólo descriptivas sino, sobre todo, prescriptivas que como tales afectan a los fundamentos de las normas jurídicas.

A modo de ejemplo, aquí se podrían enumerar algunas de ellas. En primer lugar, el campo de regulación de la vida internacional es mucho más amplio que el de las relaciones entre los Estados, y estos deben dejar de ser protagonistas principales del derecho internacional. En segundo lugar, si la fuente del valor es el individuo y la comunidad es un accidente histórico que sólo es moralmente relevante en la medida en que sirva a la realización de los valores de aquél, la soberanía pasaría a ser un valor relativo cuyo respeto sería pertinente sólo en el caso de que no obstaculizara la búsqueda individual de la libertad, el bienestar y la felicidad. La legitimidad internacional de un gobierno o de un Estado¹⁸⁰ estaría vinculada a su legitimidad interna, es decir, a ser democráticamente representativo y a respetar los derechos humanos. El problema del derecho a la no intervención cobra, según esta perspectiva, una nueva dimensión pues, en principio, no habría base para tal derecho si no existe la legitimidad interna.¹⁸¹

Dado que algunos autores¹⁸² de esta corriente ligan estrechamente la idea de legitimidad a la teoría liberal, debo dejar señalado un problema importante al respecto. En efecto, como acabo de mencionar, no faltan autores que sostengan que la legitimidad

interna debe tener un reflejo en la legitimidad internacional. Si esta teoría se entiende así, tendría unos efectos importantes para el derecho. Sin embargo, es posible sostener que la noción de legitimidad difiere, o al menos no coincide necesariamente, con la teoría liberal, siendo una de las diferencias más grandes su exclusión de la justicia como principio operativo del derecho internacional. Thomas Franck es quien ha impulsado esta última noción de la legitimidad a través de su obra sobre el poder de la legitimidad.¹⁸³

Algunas aportaciones de la teoría liberal de relaciones internacionales apuntan la necesidad de una justicia distributiva internacional. La soberanía y las fronteras no son moralmente relevantes en lo que respecta a la distribución de la riqueza, puesto que son los individuos, y no las comunidades en las que *accidentalmente* nacen y viven, los que son moralmente relevantes y, por tanto, titulares de derechos. Hay que señalar, sin embargo, que estas aportaciones son minoritarias, puesto que la mayoría de los autores niegan esa necesidad argumentando la escasa reciprocidad internacional.¹⁸⁴

Obviamente la constatación histórica de la teoría liberal de la ausencia de guerra entre los Estados democráticos tiene enormes repercusiones prescriptivas. En su versión menos matizada,¹⁸⁵ la paz es una consecuencia directa del carácter democrático de los regímenes políticos y, por el contrario, la guerra esta íntimamente relacionada con el carácter autoritario de otros regímenes. Esta conversión de la paz en una variable dependiente de la democracia abre una inmensa agenda en el terreno político y jurídico.

186. En general, salvo escasas excepciones, la teoría parte de una congruencia entre pueblos, naciones, comunidades y estados territoriales. En estos casos legitimidad gubernamental y legitimidad estatal pueden utilizarse como sinónimos.

187. Esta es la discusión que se desarrolló entre M. WALZER y sus críticos recogida en C. BEITZ *et al.* *International Ethics*, Princeton, Princeton University Press, 1985. En este sentido sólo Fernando TESÓN llega a apuntar la posibilidad de que el derecho a la intervención pudiera convertirse en un deber de intervención cuyos únicos límites serían la prudencia y la proporcionalidad. Véase Fernando TESÓN, *Humanitarian Intervention: An Enquiry into Law and Philosophy*, Dobbs Ferry, NY, Transnational Publishers, 2ª ed. 1997.

188. Por ejemplo, Fernando TESÓN, *Humanitarian Intervention: An Enquiry into Law and Philosophy*, Dobbs Ferry, NY, Transnational Publishers T.c.d 1007

183. Thomas FRANCK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990. Véase también Thomas M. Franck, "The Emergent Right to Democratic Governance", 86 *American Journal of International Law* 46 (1992).

184. La defensa clásica de la necesidad de una justicia distributiva internacional se encuentra en Charles BEITZ, *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1979. Dos autores que niegan tal necesidad con el argumento de la falta de reciprocidad internacional son John RAWLS ("The Law of the Peoples") y Fernando TESÓN. Una interesante reflexión desde el campo de la disciplina de relaciones internacionales se encuentra en Hedley BULL, *Justice in International Relations. The 1983-4 Hagey Lectures*, Waterloo, Ontario, University of Waterloo, 1984.

185. Tal y como se recoge en la mayoría de los textos que dan la tesis de la paz democrática como definitivamente probada y no entran en su discusión. Véase B. RUSSETT, *Grasping the Democratic Peace*, Princeton, Princeton University Press, 1993. La formulación original de Micheal DOYLE es mucho más matizada.