

La política del derecho internacional en tiempos de crisis

Alberto van Klaveren*

La imagen de un sistema internacional marcado por la anarquía y el desorden como elementos permanentes siempre ha sido poderosa y, qué duda cabe, parece hoy más vigente que nunca. Durante el olvidado siglo XX, del que nos hablaba Tony Judt¹, se registró la “era de las catástrofes”, siguiendo la conceptualización de Eric Hobsbawm². El poder se expresó en su forma más cruda, a través de la guerra, el colonialismo, las inequidades sociales, la expansión territorial, los proyectos totalitarios y las hegemonías. Tomás Hobbes, al menos en su interpretación convencional³, parecía imponerse sobre Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Hugo Grocio o Emanuel Kant. Y si bien el período de la posguerra trajo consigo un orden internacional más estable que, a la larga, logró derrotar los totalitarismos y gran parte del colonialismo, la realidad internacional sigue siendo inquietante.

Algunos focos tradicionales de conflicto se han agravado. Hay Estados que están en proceso de franca desintegración; se han vuelto a producir anexiones territoriales que

¹ Judt, T. (2008). *Sobre el olvidado siglo XX*. Madrid: Taurus.

² Hobsbawm, E. (1998). *Historia del siglo XX*. Buenos Aires: Grijalbo.

³ La visión convencional de Hobbes como detractor del derecho y del orden internacional ha sido cuestionada por varios autores. Ver, por ejemplo, May, L., *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford: Oxford University Press, 2013, y Michael C. Williams, “Hobbes and International Relations: A Reconsideration”, *International Organization*, 50, 1996, pp. 213-236.

* Profesor Titular, Instituto de Estudios Internacionales y Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Gran parte de este texto es una reelaboración del discurso con que el autor recibió el Doctorado Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

parecían propias de otra época; han resurgido los intentos de establecer zonas de influencia de grandes potencias o aspirantes a ese *status*; los movimientos populistas y extremistas cobran nuevas fuerzas; un líder impensado junto a un grupo de asesores con ideas extremas asumen responsabilidades en la primera potencia del mundo, y se advierte un recrudescimiento del proteccionismo y de otras formas de nacionalismo económico. En países que han sido actores centrales del proceso de globalización y artífices o pilares de un orden internacional más liberal, cobran nueva fuerza las tendencias nacionalistas y aislacionistas, recelosas de cualquier delegación de soberanía y hostiles frente a todo lo externo, sean los acuerdos de libre comercio o, peor aún, la inmigración desde países vecinos o regiones en conflicto. El proceso de integración más exitoso del mundo, la Unión Europea (UE), se prepara para ver partir, por voluntad de su electorado, a uno de sus socios más relevantes, en una tendencia que podría replicarse en otros países miembros y surgen importantes dudas sobre el futuro del proyecto europeo.

Hace unas décadas, muchos estaban preocupados por la concentración del poder en unos pocos actores en el mundo, por la dominación que algunas potencias ejercían sobre el resto. En América Latina, los principales desafíos internacionales eran la hegemonía que ejercían los Estados Unidos y la búsqueda de una mayor autonomía y diversificación de sus relaciones internacionales, objetivos que parecían muy lejanos⁴. Hoy se habla de un mundo de nadie⁵, un mundo sin un centro de gravedad y sin valores o intereses universalmente compartidos, y en que ninguna potencia o grupo de potencias logra imponerse sobre el resto. Hay quienes incluso afirman el fin del poder⁶, en que las potencias de antaño se ven desafiadas por un conjunto

⁴ Ver Muñoz, H. y Tulchin, J. S. (eds.) (1984). *Entre la autonomía y la subordinación: Política Exterior de los países latinoamericanos*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

⁵ Véase Kupchan, Ch. A. (2012). *No One's World*. Oxford: Oxford University Press.

⁶ Naím, M. (2013). *The End of Power*. New York: Basic Books.

crecientemente heterogéneo de actores, muchos de ellos informales.

Seguimos viviendo en la sociedad anárquica de la que nos hablaba Hedley Bull, uno de los pioneros modernos de la teoría de las relaciones internacionales⁷. Una sociedad en que no hay una autoridad superior. Pero una sociedad anárquica puede confundirse con el caos y la realidad. Y es que, sobre todo a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, se han desarrollado grandes esfuerzos para establecer límites para el comportamiento de los Estados y de los restantes actores internacionales. Se han construido reglas e instituciones que los contienen y disciplinan. Los Estados son libres, pero esa libertad no es total. En 1927 la Corte Permanente de Justicia Internacional, predecesora de la Corte Internacional de Justicia, afirmaba en un caso paradigmático, el caso Lotus, que las restricciones a la independencia de los Estados debían ser expresas, es decir, que no se podían presumir⁸. Hoy, probablemente, esa afirmación ya no se haría, al menos en términos tan tajantes, porque la libertad de los Estados está mucho más restringida que en esa época.

LA NECESIDAD DE REGULACIÓN INTERNACIONAL

A partir de la segunda mitad del siglo pasado se fue estructurando un orden internacional más regulado, que algunos llamaron un orden liberal, en la medida en que recogía los aportes de referentes clásicos como Emanuel Kant, Adam Smith y John Stuart Mill, y que cuestionaba los supuestos de la escuela realista de las relaciones internacionales, inspirada en autores como Tucídides, Hobbes o Maquiavelo. Los liberales contemporáneos han puesto el acento en la posibilidad de la cooperación y la coexistencia pacífica y las necesidades de la interdependencia. Para ello,

⁷ Bull, H. (1977). *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. London: Macmillan.

⁸ Permanent Court of International Justice, “*The SS Lotus*” (France v Turkey) [1927] PCIJ Rep Series A No. 10. Consultado el 10 de enero 2017: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm

postulan la necesidad de normas, reglas e instituciones que persigan dichos fines o asuman las realidades de la convivencia internacional.

Es un hecho que las crecientes necesidades de regular la globalización han conducido a un visible aumento de la legislación internacional, de nuevas instituciones globales y regionales y de órganos de solución de controversias, tanto entre los Estados como entre estos y entes privados. Esta nueva realidad ha disminuido la división tradicional de los internacionalistas, entre aquellos que veían al derecho internacional como un mero epifenómeno de las realidades del poder internacional y aquellos que sostenían que las relaciones entre los Estados estaban reguladas por el derecho internacional y que, cuando ello no sucedía, se estaba frente a una conducta patológica. Hoy los debates son mucho más matizados. Los teóricos de las relaciones internacionales prestan más atención a la evolución de las normas legales o de regímenes en su ámbito, mientras que los especialistas en derecho internacional comienzan a analizar la conducta de los Estados, los fenómenos de legalización de las normas y también la existencia de normas embrionarias caracterizadas como *soft law*. Incluso hay quienes, como la académica y antigua directora de Planificación del Departamento de Estado, Anne-Marie Slaughter, sostienen que esa realidad se debe precisamente a la descentralización que caracteriza al sistema internacional y al surgimiento de verdaderas redes informales de expertos públicos y privados, que comparten visiones y valores comunes y que, sobre todo en materia de regulación económica y financiera, tienden a sustituir a actores centrales como los Estados, e instrumentos tradicionales como los tratados o acuerdos solemnes⁹.

Lamentablemente, este debate todavía no es muy activo en América Latina, pese a la importancia que asume el orden normativo regional en nuestra región, donde se

⁹ Slaughter, A.-M. (2000). "Governing the Global Economy through Government Networks", en Michael Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 177-205. Y su libro *A New World Order*, Princeton N. J.: Princeton University Press, 2004.

ha ido cristalizando un sistema de normas e instituciones comunes¹⁰ y donde la solución pacífica de las controversias parece haberse institucionalizado.

El fenómeno no es solo latinoamericano. Cada vez hay más regulación internacional. El derecho internacional dejó de ser un derecho de coexistencia y, con todas sus limitaciones, está avanzando hacia un derecho de cooperación, como lo sostenía Wolfgang Friedman¹¹.

Con inocultable optimismo, las Naciones Unidas proclamaron la última década del siglo XX como la década del derecho internacional. Tuvieron motivo para ello. El fin de la Guerra Fría y la nueva ola de democratización que la acompañó¹², permitieron superar la paralización de múltiples instancias internacionales y promover el desarrollo de nuevas instituciones globales y regionales en materias tan variadas como los derechos humanos, el desarme, el derecho penal internacional, el medio ambiente o el comercio internacional. El optimismo que marcó ese período se ha desvanecido, pero la actividad legislativa y regulatoria se ha mantenido y se ha proyectado hasta hoy.

En este contexto, cabe preguntarse una vez más sobre la naturaleza del derecho internacional. ¿Es el *Gentle Civilizer of Nations* del que habla el jurista finlandés Martti Koskenniemi, en un libro que llevaba el significativo subtítulo *The Rise and Fall of International Law (1870-1960?)*¹³? ¿O es un derecho que persigue la virtud pero que es marginal, sobre todo cuando se enfrenta con las realidades del poder¹⁴? ¿Se trata de un proyecto, en gran medida, frustrado para

¹⁰ Kacowicz, A. M. (2005). *The Impact of Norms in International Society. The Latin American Experience 1881-2001*. Notre Dame, Il.; The University of Notre Dame Press.

¹¹ Friedmann, W. (1964). *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press.

¹² Huntington, S. P. (1991). *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press.

¹³ Koskenniemi, M. (2002). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁴ Una de las interrogantes que expone Gerry Simpson (2005), "International law in diplomatic history", en James Crawford y Martti Koskenniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 25.

imponer reglas aceptables en la convivencia internacional, que se estrella contra las crudas realidades del poder?

El derecho internacional es visto por algunos juristas especializados en derecho interno, y no pocos legos, como la antítesis del derecho. Según esta visión, sus fuentes son demasiado diversas y hasta inciertas, sus normas son vagas, contradictorias y reflejan las relaciones de poder a escala internacional; no posee una jerarquía clara de tribunales y otras instancias judiciales, y los fallos que estos emiten quedan entregados a la voluntad de los países. Sin embargo, esta visión, propia de la mayor parte de la escuela realista de las relaciones internacionales, y quizá de no pocos juristas nacionales formados en la tradición positivista, ignora que el derecho ha servido de marco para la actividad internacional a lo largo de los años y que los principios e ideas que le sirven de base tienen raíces que se remontan muy atrás en la historia. Como lo recuerda el propio Hans Morgenthau, exponente máximo de la escuela realista y jurista de origen, temas tales como los límites de la jurisdicción, los derechos de las naves en aguas extranjeras y el estatus de representantes diplomáticos, son rutinariamente determinados con referencia al derecho internacional¹⁵. Se podrían citar muchos más ejemplos. La misma interdependencia que caracteriza a nuestro sistema internacional sería inexplicable sin la existencia de normas que la regulan y que son observadas generalmente por Estados y otros actores internacionales.

Es cierto que el derecho internacional no siempre se respeta, que algunos de sus principios son violados de manera flagrante y persistente. Pero el incumplimiento de normas se observa también dentro de los países y, en algunos casos, parece adquirir un carácter casi epidémico. Además, la mayor parte de las normas internacionales se cumple regularmente. Las fronteras de los Estados suelen ser estables e inamovibles, la soberanía de las naciones generalmente se respeta, las inmunidades y prácticas diplomáticas se observan, el transporte y las comunicaciones

¹⁵ Morgenthau, H. (1954). *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*. Nueva York: Alfred Knopf, 2a ed., capítulos 18 y 19.

internacionales en todas sus formas se rigen por normas estrictas, el comercio fluye de manera regular y organizada, y muchas instituciones internacionales cumplen sus objetivos. La contaminación marina se fiscaliza de acuerdo a la normativa de la Organización Marítima Internacional; la caza de ballenas ha disminuido en las últimas décadas, gracias a los acuerdos internacionales que la rigen, y las infracciones más flagrantes han sido denunciadas ante instancias internacionales; el Protocolo de Montreal para proteger la capa de ozono mediante la producción y el consumo de ciertas sustancias ha tenido resultados observables y, poco a poco, la comunidad internacional busca acuerdos para enfrentar la amenaza del cambio climático. Pocos podrían discrepar con la famosa conclusión del jurista Louis Henkin, cuando afirmó que “casi todas las naciones observan casi todos los principios de derecho internacional y casi todas sus obligaciones casi todo el tiempo”¹⁶. Desde otra perspectiva, uno de los pioneros del estudio moderno de las relaciones internacionales, Hedley Bull, señaló unos años antes: “si fuera posible o tuviera sentido conducir un estudio cuantitativo de la obediencia a las normas de derecho internacional, se podría esperar que la mayoría de los Estados obedecen la mayoría de las normas acordadas, la mayoría del tiempo”¹⁷.

Frente a la evidencia empírica de un conjunto de normas internacionales que se observan normalmente, hay quienes retrucan que se debe distinguir entre los temas rutinarios y de baja política y aquellas cuestiones de gran importancia política, como la guerra, el equilibrio de poder entre las grandes potencias, la dominación y la hegemonía. Pero estos críticos no parecen asumir los grandes cambios que se han registrado igualmente en la regulación de estas cuestiones. Los conflictos interestatales se han reducido drásticamente después de la Segunda Guerra Mundial, en una tendencia que se ha acentuado durante las últimas décadas. La inmensa mayoría de las bajas que se siguen registrando por conflictos armados se debe a guerras inter-

¹⁶ Henkin, L. (1979). *How Nations Behave*. New York: Columbia University Press, pp. 26, 44, 46-47.

¹⁷ Bull, *Anarquical Society*, p. 137.

nas y no internacionales. Sería poco científico atribuir esta notable tendencia exclusivamente a la proscripción del uso y amenaza de la fuerza adoptada en la Carta de las Naciones Unidas y una serie de instrumentos complementarios, pero no cabe duda que el uso de la fuerza está sujeto a una creciente regulación y que el derecho internacional actúa como un elemento de disuasión, ciertamente junto a otros, para reducirlo. Las relaciones entre las grandes potencias, aun en las áreas más sensibles, también están sujetas a una creciente regulación. Los acuerdos de desarme suelen respetarse y su cumplimiento está sujeto a mecanismos de verificación muy elaborados. La lucha contra el colonialismo dispuso de un marco legal e institucional muy minucioso y los instrumentos internacionales que promueven el desarrollo, si bien distan mucho de ser perfectos, sirven como marco de referencia para la acción internacional en esta materia.

El desarrollo del derecho internacional ha llevado incluso a la separación o creciente autonomía de algunas áreas, que han adquirido entidad propia. Es lo que ha sucedido con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho comercial y el derecho medioambiental, aunque hay juristas e incluso tribunales que se resisten a esta reivindicación de autonomía para estas áreas.¹⁸

A diferencia del derecho interno, el derecho internacional no cuenta con un proceso legislativo o de creación de normas centralizado, no dispone de un sistema de tribunales integrados en una estructura jerárquica y tampoco posee la facultad de imperio para hacer cumplir sus normas. La creación de normas internacionales puede ser muy diversa en lo que respecta a los actores que intervienen, los plazos que ocupan, los niveles de consenso que se alcanzan, las

¹⁸ Por ejemplo, el destacado jurista francés Alain Pellet cuestiona la existencia del derecho internacional de los derechos humanos como rama autónoma del derecho internacional. Ver Pellet, A. (2012). “Droits-de l’homme et droit international”, en Fundação Alexandre de Gusmão, *Gilberto Amado Memorial Lectures*, Brasilia, 2ª edición revisada y expandida, pp. 617-635.

instancias que participan, los instrumentos que utilizan y, también, el éxito que alcanzan¹⁹.

LA CONSTRUCCIÓN DE REGÍMENES INTERNACIONALES

El concepto de régimen internacional, que surgió en la década de 1980, ha permitido una explicación de este proceso y un diálogo más activo entre politólogos y juristas. Los regímenes internacionales consisten en reglas e instituciones, pero pueden ir más allá como consecuencia de las necesidades de la actividad internacional, incluyendo, por ejemplo, normas embrionarias y no vinculantes (*soft law*), prácticas, decisiones informales y orientaciones generales que buscan la realización de objetivos funcionales. En la medida en que avanza la globalización, los regímenes regulatorios se van haciendo menos nacionales y más internacionales, menos domésticos y más universales. El fenómeno es claro en materias comerciales, pero también se hace evidente en muchas otras áreas, como los derechos humanos, el medio ambiente, el desarme, los derechos de los pueblos indígenas, etc. Naturalmente, la globalización se extiende al ámbito jurídico y, cuando se habla de regularla o de domesticarla, se está pensando en la adopción de principios, normas, reglas y procedimientos en las múltiples áreas en que ello se considera necesario. De esta manera, los regímenes regulatorios se van desnacionalizando o, si se prefiere, universalizando, de manera gradual y variable. Por otra parte, como lo demuestra la experiencia reciente, la participación en la elaboración de regímenes no se restringe solo a Estados, sino que incluye también a organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y a actores privados.

La noción de régimen internacional puede extenderse también a intereses territoriales de los Estados. Es, por ejemplo, aplicable al área de derecho del mar, donde ha quedado en evidencia el carácter evolutivo y dinámico

¹⁹ Véase Boyle, A. y Chinkin, Ch. (2007). *The Making of International Law*. Oxford: Oxford University Press.

del derecho internacional. Chile, junto a otros países del Pacífico Sudoeste, fue un protagonista activo del cambio de régimen que se fue operando en este ámbito. La Declaración de Santiago de 1952 y el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, junto a la proclamación anterior que hizo el Presidente González Videla de la soberanía y jurisdicción de Chile sobre una zona marítima de 200 millas de los mares adyacentes y su zócalo continental, formaron parte —junto a actos similares de otros países, como la proclamación del Presidente Truman sobre los recursos que se hallan en la plataforma continental—, de un verdadero momento grociano en el derecho internacional, es decir, un punto de inflexión en que se produce un cambio de paradigma que conduce a la adopción de nuevas reglas y doctrinas en la costumbre internacional²⁰, que en la época regía al derecho del mar.

Pero el derecho internacional no se restringe solo a un conjunto de normas y prácticas que surgen a través de procesos variados y complejos y que van construyendo regímenes internacionales que regulan muchas áreas de la actividad internacional. Ya no es, como en tiempos de Hugo Grocio, un derecho sin tribunales²¹. Más bien, una de las tendencias más marcadas que se observa en esta área es la creciente judicialización²². No se trata solo de la multiplicación de órganos e instancias de solución de controversias, sino de la judicialización de las relaciones internacionales. Es decir, temas que históricamente que-

²⁰ Scharf, M. P. (2013). *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grocian Moments*. Cambridge: Cambridge University Press.

²¹ Kingsbury, B. (2012). “International courts: uneven judicialisation in global order”, en James Crawford y Martti Koskeniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 203.

²² Una obra de referencia obligada sobre la judicialización del derecho internacional es Cesare Pr. Romano, Karen J. Alter y Yuval Shany (eds.) (2014), *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press. Véase también Karen J. Alter (2014), *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton: Princeton University Press, y Yuval Shany (2014), *Assessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford: Oxford University Press.

daban entregados a la política internacional, a gestiones o negociaciones diplomáticas, a las políticas de defensa o que permanecían congelados en el escenario internacional, hoy son llevadas a cortes u otras instancias de solución de controversias. En poco más de un siglo, la comunidad internacional avanzó desde una sola institución adjudicativa, la Corte Permanente de Arbitraje, acerca de 25 tribunales internacionales permanentes que han emitido decenas de miles de sentencias obligatorias.

Estos tribunales, bien se sabe en América Latina, atraen un interés creciente de los Estados, de las comunidades legales, de los periodistas y de la opinión pública. La enorme atención con que se han seguido en países de la región algunos casos llevados ante la Corte Internacional de Justicia y la frecuencia con que se invocan las instancias del sistema interamericano de derechos humanos, son ejemplos ilustrativos. Por cierto, no todos aprueban esta tendencia, pero las mismas protestas frente a la pérdida de autonomía nacional que ella puede implicar, comprueba su existencia y relevancia. No está demás recordar que países tradicionalmente muy reticentes a aceptar estas instancias tampoco han podido evitarla. Estados Unidos, la Federación Rusa y la República Popular China litigan frecuentemente en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y normalmente acatan sus fallos, no sin antes, naturalmente, agotar todos los recursos posibles. Rusia y Estados Unidos han participado en casos ante la Corte de La Haya y también, en el caso de Rusia, ante el Tribunal de Naciones Unidas de Derecho del Mar. Si bien sus posturas ante estos tribunales han sido reticentes, amparándose normalmente en cuestionamientos de jurisdicción o excepciones de competencia, no han sido indiferentes ante sus sentencias, incluso modificando posteriormente algunas de sus posiciones frente a los contentiosos planteados²³.

²³ Véase al respecto las recientes columnas de Graham Allison, “Of Course China, Like All Great Powers, Will Ignore an International Legal Verdict”, *The Diplomat*, 11 de julio 2016, y la respuesta de Tommy Koh, “The great powers and the rule of law”, *The Strait Times*, 22 de julio 2016.

La tendencia hacia la judicialización está presente con fuerza en América Latina. Nuestra región ha sido fuente de una cantidad considerable de casos ante la Corte Internacional de Justicia²⁴. El sistema interamericano de derechos humanos es el segundo más activo y eficaz después del europeo. Nuestros países recurren con frecuencia al sistema de solución de controversias de la OMC y disponen además de tribunales regionales, por ahora bastante menos eficaces, en las instancias de integración regional y subregional. Casi todos los países latinoamericanos han adherido al Estatuto de Roma que dio origen al Tribunal Penal Internacional. Y los casos de arbitraje internacional se han multiplicado hasta niveles insospechados, involucrando Estados e inversionistas extranjeros y abriendo una interesante veta profesional para la comunidad legal local.

La multiplicación de instancias judiciales internacionales tiene también sus problemas, en la medida en que refleja el carácter descentralizado del sistema internacional. Al no existir una jerarquía de tribunales similar a la que existe dentro de los países, se produce una fragmentación institucional²⁵. La colisión de regímenes puede producirse no solo como consecuencia de la ausencia de un orden jerárquico adjudicativo internacional, sino también por la aplicación de principios contradictorios derivados de los diversos regímenes internacionales, como pueden serlo el libre comercio frente al principio precautorio en materia medioambiental, o el principio de la no intervención frente a las *démarches* en materia de derechos humanos, o la integridad territorial de los Estados frente a la autodeterminación de los pueblos.

Frente a una disputa, los Estados pueden recurrir a tribunales diversos, generando conflictos de competencia que no pueden dirimirse debido a la ausencia de una instancia

²⁴ Fuentes, X. (2014). "Latin American States and the International Court of Justice", en Natalie Klein (ed.), *Litigating International Law Disputes*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 79-105.

²⁵ Crawford, J. (2014). *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. The Hague: Hague Academy of International Law, pp. 292-303.

superior. En el comercio internacional existe lo que se denomina el *forum shopping*, aun cuando en los acuerdos comerciales que se negocian se han encontrado soluciones para evitarla. Más allá de estos problemas propiamente jurídicos, se plantea un problema más general de legitimidad política. Se supone que en un sistema interno la administración de justicia, que tendrá siempre un fundamento constitucional, se deriva en último término de la soberanía popular. En el sistema internacional la legitimidad no emana del pueblo sino que de los Estados. Los miembros de los tribunales internacionales, en general, tampoco están sometidos a una instancia fiscalizadora o correccional, y los mecanismos para hacer efectiva su responsabilidad por los fallos que emiten son débiles, cuando no inexistentes.

Pero la fragmentación del derecho internacional no es solo institucional. Ella se plantea también en materia sustantiva, tema que ha sido objeto de tratamiento por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas²⁶. En su informe, la comisión alude al surgimiento de interpretaciones diversas y al surgimiento de excepciones institucionalizadas al derecho internacional general, al conflicto entre distintos regímenes legales y a las diferencias en los procesos de adopción de normas internacionales. Aunque existen criterios para la solución de estos problemas, su aplicación tampoco está exenta de dificultades y contradicciones²⁷. Con todo, hay un cierto consenso en estimar que pese a esta fragmentación, que refleja, en parte, la diversidad y pluralismo de la comunidad internacional, se mantiene una cierta unidad del derecho

²⁶ Informe y conclusiones del Grupo de Estudio sobre *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, 58° período de sesiones celebrado del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Suplemento N° 10 (A/61/10)*, capítulo XII, párrafos 241-251, pp. 441-465.

²⁷ Casanovas y La Rosa, O. (2011). "Aproximación a una teoría de los regímenes en derecho internacional público", en Ángel J. Rodrigo y Caterina García (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional*, Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Madrid: Tecnos, pp. 42-43.

internacional, a través de la universalización del contenido de sus normas fundamentales, de la búsqueda de una cierta uniformidad en las soluciones sustantivas y a la adaptación de las normas y contenidos a los desarrollos recientes del derecho internacional y las necesidades de la comunidad internacional²⁸.

Inevitablemente, el derecho internacional es comparado con el derecho interno o, quizá, más bien con la imagen que proyecta el derecho interno. El derecho aplicable es visto como un cuerpo cierto y casi inamovible y se espera que los tribunales lo apliquen en forma casi automática. La tradición positivista latinoamericana acentúa esta tendencia, aun cuando los propios tribunales, en varios países de la región, parecen estar apartándose de esta visión un tanto mecanicista del derecho, recogiendo en sus fallos la evolución de la sociedad.

Muchos conceptos de uso frecuente en el derecho internacional se caracterizan por su indeterminación, siendo susceptibles de interpretaciones muy diferentes. Así lo demuestran conceptos como seguridad, acción humanitaria, desarrollo, equidad, solución equitativa, desarrollo sostenible, uso equitativo y razonable, principio precautorio, legítima defensa, proporcionalidad, autodeterminación, responsabilidades comunes pero diferenciadas, etc. Esta falta de determinación no es casual. Tampoco es un reflejo de la incapacidad de los redactores de los instrumentos que los recogen. Más bien, la indeterminación plasma, por una parte, los mínimos comunes denominadores que permitieron su adopción y, por la otra, el carácter de un proceso abierto, que señala ciertas direcciones aunque que no es capaz, todavía, de ofrecer soluciones definitivas. Las convenciones marco de Naciones Unidas en materia medioambiental forman parte de esta tendencia. Ellas suelen abrir caminos, proyectar nuevos temas y enunciar principios generales, pero normalmente requieren ser complementadas por protocolos que establezcan deberes y obligaciones más específicas. El caso del cambio climáti-

²⁸ Hernández, Á. R. “La integración normativa y la unidad del derecho internacional público”, en Rodrigo y García, *Unidad y Pluralismo en el Derecho Internacional*, p. 323.

co, uno de los problemas más serios que enfrenta nuestro planeta, constituye un ejemplo revelador.

No todos los instrumentos internacionales tienen un carácter tan abierto. Uno de los regímenes internacionales más exitosos, el Sistema Antártico, tiene un carácter más preciso, estableciendo normas claras y obligaciones concretas para sus miembros y para la comunidad internacional. Chile fue uno de los fundadores de este régimen y, con muy buenos motivos, sigue siendo uno de sus pilares²⁹. Pero el régimen está construido sobre un principio tan incierto como el congelamiento de las pretensiones territoriales de sus miembros fundadores y se mantiene pese a la ambigüedad de Estados que no son reclamantes formales, pero que suelen comportarse como si lo fueran, o bien de otros que cuestionan o nunca han reconocido las pretensiones de soberanía de los reclamantes.

LA NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Cuesta entender y aceptar la naturaleza del derecho internacional. Rosalyn Higgins, una brillante jurista británica que ocupó la presidencia de la Corte Internacional de Justicia en forma reciente, recuerda en diversos ensayos, compilados en una obra mayor, el debate permanente que se plantea entre quienes ven al proceso judicial internacional como un ejercicio neutral de aplicación de normas objetivas a un caso concreto y quienes, en cambio, lo consideran como un proceso de toma de decisiones que ocurre en un contexto específico y donde entran en juego valores y consideraciones respecto de las consecuencias políticas de un acto de adjudicación³⁰.

²⁹ Véase Berguño, J. (2009). “El Tratado Antártico como régimen internacional”. *Diplomacia*, N° 120, pp. 23-34. E Infante Caffi, M. T. (2004/2005). “El Sistema Antártico y el Desarrollo del Derecho Internacional”. *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional (CEDBI)*, volúmenes VIII/IX, Valencia: Ed. Tirant lo blanch, pp. 281-347.

³⁰ Higgins, R. (2009). *Themes and Theories. Selected Essays, Speeches and Writings in International Law. Vol. I.* Oxford: Oxford University Press, pp. 19-21.

Las corrientes positivistas tienden a aislar el derecho internacional de su contexto histórico cultural y político. Así, el estudiante de derecho internacional, no sin cierta incredulidad, muchas veces se ve enfrentado a un sistema casi cerrado de fuentes, invariablemente basado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, presentado a veces erróneamente como una suerte de principio canónico y como una jerarquía cerrada y excluyente de normas. El inciso segundo del mismo artículo contempla la posibilidad de un fallo basado en el principio de equidad, siempre que sea solicitado por las partes. Es significativo que nunca haya sido invocado, pero también es claro que las decisiones judiciales internacionales a menudo recogen principios o criterios de equidad, incluyendo elementos de proporcionalidad y razonabilidad para algunos, pero que para otros pueden significar criterios arbitrarios o simple parcialidad³¹.

El derecho internacional no es un edificio normativo fijo. Es un cuerpo vivo en constante transformación, que refleja de manera imperfecta y no pocas veces con atraso, la propia evolución del sistema internacional. Pese a sus insuficiencias, constituye el único y generalmente aceptado medio para regular y resolver los problemas globales. Ni la ideología ni la religión otorgan normas compartidas a nivel global; solo el derecho internacional tiene esa cualidad³². A través del derecho internacional, culturas muy diversas alcanzan un consenso básico respecto de las normas que deben guiar la conducta de los Estados. Es inocultable que la normativa y práctica internacional refleja las realidades del poder. También que es poco inclusiva y que en muchos casos tiende a perpetuar valores y normas de las potencias hegemónicas. Pero el camino para superar esas limitaciones es la reforma del derecho internacional, la creación o modificación de los regímenes que regulan la actividad internacional y no un rechazo a la idea de un

³¹ Véase, por ejemplo, el artículo de Eric A. Posner y Miguel F. P. de Figueiredo (2005), "Is the International Court of Justice Biased?", *Journal of Legal Studies*, vol. 34, pp. 599-630.

³² Mary Ellen O'Connell, *The Power and Purpose of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 14.

orden internacional o la invocación, por lo demás poco realista y ahistórica, de una soberanía nacional absoluta.

Los cambios de las normas del derecho internacional son constantes. Ellos pueden derivarse de nuevos valores o intereses comunes que se van imponiendo en la comunidad internacional o incluso pueden resultar de una violación más o menos frecuente de una norma, con la finalidad de modificarla, como podría ser el caso de las intervenciones humanitarias que han tenido lugar en las últimas décadas, que representan usos de la fuerza no contemplados en la Carta de las Naciones Unidas y que han tratado de ampararse, con muy variable legitimidad, en el concepto de la responsabilidad de proteger.

La relación entre política y derecho internacional es compleja y se retroalimenta. En el orden interno, la política y el derecho son vistos como dos esferas autónomas que responden a principios epistemológicos y constitutivos diversos, aunque no necesariamente opuestos, y que deben mantener su separación. En el sistema internacional la división entre política y derecho es más difusa y compleja, aunque también existe. Es incorrecto presentar al derecho internacional como un mero epifenómeno de las relaciones internacionales, que se limita a proyectar las relaciones de poder existentes. Tampoco convence la visión del derecho internacional como un cuerpo normativo que refleja la interacción entre Estados que actúan racionalmente para maximizar sus intereses. Derecho y poder no son idénticos y aunque es obvio que hay un juego de intereses en toda negociación, las normas que se adoptan responden también a intereses, valores e ideas que van surgiendo y evolucionando en las relaciones internacionales contemporáneas.

El derecho internacional, al igual que el derecho interno, surge a través de la política y se modifica según la evolución de la política. Sin embargo, una vez que las normas se adoptan, su ejecución no depende del poder relativo de los contendientes. La afirmación de que *la política internacional y el derecho internacional están estrechamente vinculados entre sí*, no equivale a reducir el surgimiento de normas al juego de intereses de los actores políticos. El establecimiento de nuevas normas e instituciones jurí-

dicas no se da en un vacío donde todo es negociable. Por el contrario, las nuevas normas surgen en el contexto de normas e instituciones preexistentes, que limitan el rango de opciones abiertas a los participantes en el proceso. El derecho internacional refleja una realidad, pero al mismo tiempo la condiciona y la moldea.

¿HACIA UNA CRISIS DEL ORDEN LIBERAL?

Hasta unos años atrás, todo parecía llevar a un fortalecimiento del derecho internacional. Las necesidades de la globalización, la integración de cada vez más sociedades y países a la comunidad mundial, los avances tecnológicos, el impresionante desarrollo de las comunicaciones y la urgencia para enfrentar conjuntamente los grandes desafíos globales, desde el cambio climático hasta las migraciones, apuntaban en esa dirección. Los cambios provocarían un crecimiento en la producción del derecho y de las instituciones internacionales³³.

Efectivamente, como se ha explicado antes, el crecimiento y fortalecimiento del derecho internacional ha sido una realidad. Sin embargo, una serie de acontecimientos recientes obligan a moderar este optimismo y plantean interrogantes sobre la estabilidad del entramado legal e institucional que se ha construido tan laboriosamente a partir del siglo XX. La idea de un sistema internacional fundado en principios, normas y valores compartidos, está siendo cuestionada no solo por aquellos que sienten que no han participado en su construcción o que consideran que les ha sido impuesto, sino que también por algunos de los actores centrales que lo establecieron.

El tema ya no es solo la búsqueda de una globalización más justa y equilibrada, sino el retorno a un nacionalismo que rechaza la delegación de soberanía y la institucionalidad internacional. Es lo que estuvo presente con mucha fuerza en la elección del Presidente Trump en Estados Unidos. Como lo recuerda Joseph Nye, la campaña presidencial

³³ Es la visión de Trachtman, Joel P. (2013). *The Future of International Law: Global Government*. Cambridge University Press.

se caracterizó por reacciones populistas a la globalización y los acuerdos comerciales en los dos partidos mayores, y el orden internacional liberal fue visto como un proyecto de precisamente aquellas élites cosmopolitas que los populistas veían como sus enemigas³⁴.

Y en Europa, el otro bastión histórico del orden liberal, la situación no es muy diferente. Sectores relevantes, aunque no necesariamente mayoritarios, de la Europa comunitaria, se suman a este rechazo al orden liberal internacional, especialmente en su expresión económica. Así lo demuestra la situación electoral en varios de los países fundadores de la Unión Europea y, también, en algunos de sus socios más recientes y, paradójicamente, más beneficiados por las políticas comunitarias. El retiro del Reino Unido de la Unión Europea, si bien tiene su propia especificidad, también contiene una afirmación de nacionalismo en un Estado que históricamente ha estado en la vanguardia de la globalización.

El resurgimiento del nacionalismo es recibido con comprensión y, en algunos casos, verdadera algarabía por otros actores internacionales revisionistas, que siempre han mantenido actitudes reticentes y críticas frente al orden liberal que, sobre todo en el plano político, han patrocinado Estados Unidos, Europa y sus aliados en el resto del mundo, que para estos efectos, incluyen a muchos países de América Latina, Asia y África.

Si hasta hace poco, países de diferentes tamaños, regiones, culturas, sistemas políticos y niveles de desarrollo convergían mayoritariamente en la necesidad de ordenar al mundo dentro de parámetros globales, a los cuales se les reconocía legitimidad, hoy ese compromiso es menos evidente.

El derecho internacional y sus instituciones son un reflejo de ese orden internacional cuestionado. Por lo mismo, cabe preguntarse cómo se verá afectado ese orden por la resaca nacionalista que se asoma en tantos sectores del mundo. La pregunta no es solo teórica. Incide en la fortaleza de organizaciones internacionales tan relevantes

³⁴ Nye Jr., J. S. (2017). "Will the Liberal Order Survive? The History of an Idea". *Foreign Affairs*. Consultado el 14 de enero de 2017: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-12-12/will-liberal-order-survive>

como las Naciones Unidas, cuyo financiamiento, siempre precario, se ve de alguna manera amenazado. Incide en áreas jurídicas de gran crecimiento en las últimas décadas como los derechos humanos, en la medida en que actores centrales del sistema internacional pueden desestimar sus avances, sumándose a aquellos que siempre han sido escépticos en este terreno³⁵. Incide en nuevas instituciones como el Tribunal Penal Internacional, que si bien no ha contado con la membresía de varias de las grandes potencias, sí se ha beneficiado de la simpatía de alguna y de la tolerancia de otras, sin considerar los cuestionamientos que ha recibido desde parte del mundo africano. Y, por cierto, incide en las instituciones medioambientales internacionales, donde compromisos trabajosamente alcanzados para enfrentar el cambio climático pueden verse cuestionados por quienes dudan de la envergadura y naturaleza del fenómeno, cuando no de su existencia misma.

Incluso el campo comercial, donde se advierte un consenso mayor de la comunidad internacional, reflejado, por ejemplo, en la virtual universalización del régimen de la Organización Mundial de Comercio (OMC), se está viendo cuestionado por arrebatos proteccionistas, críticas a los acuerdos de libre comercio y a la relocalización de empresas, amenazas de imposición de aranceles discrecionales, cuestionamientos al proceso de solución de controversias comerciales y búsqueda de acuerdos de restricciones voluntarias, que ponen en duda los avances logrados en las últimas décadas. Todo ello, dentro de un contexto en que ya las grandes negociaciones multilaterales están estancadas desde hace tiempo y en que las tratativas minilaterales también se ven debilitadas, cuando no abiertamente desahuciadas.

No es posible determinar todavía si los cuestionamientos al orden liberal van a traducirse en el desmantelamiento de parte de la institucionalidad internacional o en una reorientación o freno en la construcción de los regímenes

³⁵ Véase Roth, K. (2017). "We are on the Verge of Darkness". *Foreign Policy*. Consultado el 15 de enero de 2017: <http://foreignpolicy.com/2017/01/12/we-are-on-the-verge-of-darkness-populism-human-rights-democracy/>

internacionales. Pero lo que sí está claro es que no se puede ignorar este nuevo escenario. Las analogías históricas son siempre complejas. Pero cabe recordar que el período de entreguerras del siglo pasado, en que florecieron el nacionalismo y el proteccionismo en sus máximas y peores expresiones, fue precedido por un período de fuerte desarrollo de la institucionalidad internacional, que simplemente no fue capaz de enfrentar y encauzar esos fenómenos. El escenario actual es muy distinto, pero habrá que convenir que los anuncios del fin del orden westfaliano, marcado por la soberanía de los Estados, y su transición hacia una era post-westfaliana en que los Estados cederían parte de su protagonismo a actores no gubernamentales y continuarían delegando soberanía en instituciones y regímenes internacionales, resultan por lo menos prematuros.

La escena internacional actual está plagada de incertidumbre. Nada parece seguro. La visión de un sistema internacional regulado por normas e instituciones ha sido puesta en duda no solo por las potencias revisionistas, que consideran que no han concurrido suficientemente a su estructuración, sino también por políticos y la opinión pública de los países que han ocupado un papel central en su construcción. Pero tampoco es claro que el retorno a visiones clásicas de soberanía y la defensa de un interés nacional político y económico definido en términos estrechamente nacionalistas, pueda imponerse en un contexto de fuerte interdependencia y globalización.

En un contexto académico e histórico diferente, uno de los grandes científicos sociales del siglo XX, Albert O. Hirschmann, siempre advertía en contra de los determinismos y fatalismos, recordando la relevancia de las anomalías, las sorpresas y el poder de los efectos inesperados de los fenómenos sociales³⁶.

Ante la incertidumbre mundial, se hace más necesario que nunca mantener un fuerte compromiso con el derecho internacional y procurar preservar y consolidar lo que se ha avanzado en la construcción de un orden global basado en reglas y valores compartidos.

³⁶ Adelman, J. (2013). *Worldly Philosopher: The Odyssey of Albert O. Hirschman*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, p. 12.