

FORMALISMO, FRAGMENTACIÓN Y LIBERTAD. TEMAS KANTIANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL*

Martti Koskenniemi**

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. EL FORMALISMO Y SUS DETRACTORES.
III. FRAGMENTACIÓN. IV. ENTRE IMPOSICIÓN Y LIBERTAD. V. LEY Y
LIBERTAD.

I. INTRODUCCIÓN

A los ius-internacionalistas siempre nos ha sorprendido y, a menudo, incluso, incomodado, el descubrir, mediada la lectura de *Zum ewigen Frieden* (1795), que Kant califique despreciativamente a los padres del Derecho internacional - Grocio, Pufendorf y Vattel- de miserables confortadores (“*leidige Tröster*”).¹ ¿Qué razón impelería a Kant a atacar el que, hasta la fecha, fuera el intento más significativo de humanizar las relaciones entre naciones en guerra y de construir lo que Pufendorf denominase “jurisprudencia universal”? Kant debía querer decir algo distinto... Sin embargo, el desprecio que Kant manifiesta hacia los orígenes de la moderna tradición del *ius naturae et gentium* resuena en consonancia con temas de actualidad en el mundo internacional. Dicha tradición nació en una época tan escéptica como la nuestra.² Su propósito era crear una ley científica *moro geométrico*, combinando para ello lo único de lo que podemos estar seguros en la vida social -que los seres humanos somos

* El presente artículo fue originalmente publicado con el mismo título en la versión impresa de *REVISTA INTERNACIONAL DE PENSAMIENTO POLÍTICO*, N°2 , 1º Semestre, 2007 pp. 209- 226. Ésta se complace en autorizar su reproducción, con el beneplácito expreso del autor, en *REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES*. Versión española a cargo de Ignacio de la Rasilla del Moral.

** Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Helsinki y Director del Instituto Erik Castrén de Derechos Humanos y Derecho Internacional. *Global Professor* de Derecho de la Universidad de Nueva York . Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.

© Martti Koskenniemi. Todos los derechos reservados.

¹ Immanuel Kant, *Perpetual Peace. A Philosophical Sketch*, in *Political Writings* (Hans Reiss ed., 2nd edn, Cambridge University Press, 101), p. 103.

² La visión del primer derecho natural moderno -especialmente Grocio y Pufendorf- como intento de responder a los escépticos de finales del siglo XVI y principios del siglo XVII (llamados “Carneades” en sus escritos) es convincentemente expuesta por Richard Tuck. Véase su “The Modern School of Natural Law”, en Anthony Pagden (ed.) *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe* (Cambridge University Press, 1987) y *Philosophy and Government 1527-1651* (Cambridge University Press, 1993).

egoístas- con el argumento de que egoísmo prosperaría mejor sometido a un marco legal. Como escribiese Pufendorf en relación al propósito del Estado y de la ley estatal en 1673: “El objetivo principal de los Estados es que, mediante la cooperación y asistencia mutuas, los hombres puedan verse libres de las pérdidas y daños que se inflingen unos a otros. Para obtener algo de aquellos con quienes nos hallamos unidos por lazos sociales, no es suficiente que acordemos no inflingirnos daño, ni siquiera que la clara voluntad de un superior a tal respecto sea conocida por los ciudadanos; el miedo al castigo es necesario y la capacidad de inflingirlo debe ser inmediata. Para alcanzar este propósito, la pena debe ser calibrada de forma que resulte claramente más oneroso violar la ley que observarla; la severidad de la pena debe superar el placer o la ganancia obtenida o esperada de la falta. Y ello porque los hombres no pueden evitar escoger el menor de entre dos males”.³ Todo ello -la reducción del Estado a mecanismo para evitar “pérdidas y daños”, la percepción de la obediencia a la ley basada en un cálculo de costes y beneficios y la imagen de los seres humanos como pasivos esclavos de sus propios placeres- resultaba inaceptable para Kant, quien parece querer indicarnos que la ley natural moderna ofrecía seguridad y bienestar a un precio demasiado alto: el de la libertad humana. No se me ocurre un argumento de mayor trascendencia hoy en día.

En un número reciente de *American Journal of International Law*, la publicación científica más leída de la disciplina, se publicaron dos artículos de fondo. En uno de ellos, “The Customary International Law Game”, los autores emplean el conocido “dilema del prisionero” para demostrar que, “a diferencia de lo que sostienen algunos críticos, es plausible que los Estados respeten la costumbre internacional bajo ciertas condiciones”. El otro, titulado “Form and Substance of International Agreements”, explora “los rasgos de diseño” de los tratados internacionales, destacando cómo los elementos de compensación entre tales rasgos “profundizan nuestra percepción de las dinámicas del acuerdo y pueden contribuir al diseño de acuerdos internacionales más sólidos y efectivos”. Únicos artículos publicados en ese número -el resto eran comentarios breves y reseñas- ambos textos pretenden *defender* el Derecho internacional frente a aquellos críticos que sugieren que no proporciona una regulación ni efectiva ni legítima de los asuntos internacionales. Simpatizo con la posición de los autores, pero me sorprende que se elimine la “ley” de este tipo de análisis del Derecho internacional y se la reemplace por un vocabulario de ciencia política empírica, de técnicas y estrategias para interpretar los intereses o los objetivos que se asume se hallan tras la ley y tienen una importancia mucho mayor que ella. Estos autores escriben: no se dejen engañar por la forma, observen las consecuencias que se esconden tras las normas, valoren costes y beneficios; calculen. Estamos ante Pufendorf atacando el luteranismo aristotélico de su época; burlándose del *monstrum* del sacro imperio germánico-romano (tan fragmentado como el actual mundo internacional), buscando un nuevo vocabulario para situar a la ley en consonancia con los avances técnicos de su tiempo.

³ Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen according to Natural Law* (De Officio hominis, Ed. By James Tully, CUP, 1991), p. 139-140 (Bk II Ch 7)

Comenzaré presentado una alternativa kantiana -formalismo- y exponiendo las críticas del formalismo que han surgido en Derecho internacional. Analizaré, en segundo término, algunos elementos de la nueva *jurisprudentia universalis* en tanto que ciencia técnica y empírica. Concluiré con algunas respuestas proto-kantianas en torno al significado de la libertad en el mundo actual.

II. EL FORMALISMO Y SUS DETRACTORES

1. ¿Un formalismo político?

Existen muchas maneras de presentar la crítica kantiana a Pufendorf; parece confundir lo empírico con lo racional: una ley que busca la satisfacción del placer está imposibilitada para devenir universal. Para ella la ley no posee un peso normativo propio e independiente del valor de su objetivo. Su práctica (como Lon Fuller y Michael Foucault han sugerido) es la del control gestor. La libertad se halla doblemente socavada: por eliminar la distinción entre la sociedad humana y la historia natural, y por percibir las relaciones humanas en términos instrumentales. Existen muchos kantianismos: algunos sugieren un orden internacional firmemente jerárquico; otros especulan sobre la intervención y la paz democrática. Algunos son cosmopolitas, otros constitucionalistas. Pero yo quisiera adoptar el formalismo kantiano, un formalismo *sans peur ni reproche*, contra el novedoso Derecho natural de la ciencia política empírica. Para este formalismo, el quid de la ley no es el castigo ni el control, sino la fuerza de atracción de la propia racionalidad: el único acto justificable es el que se halla motivado por la fidelidad a la ley, no a sus consecuencias. La virtud de la ley no reside en sus efectos, sino en el hecho de ser ley. Este el punto de partida normal en los análisis del *Rechtslehre* de Kant. Pero, permítaseme empezar por la *Crítica de la Razón Pura* en la que Kant observa que ninguna regla establece las condiciones de su propia aplicación.⁴ A este respecto, Kant parece sugerir que el legislador siempre fracasará. La ley no puede ser utilizada como una técnica de control: todo será dejado al juicio del que aplica la ley. Un kantiano como Hans Kelsen concuerda con ello. No hay ninguna frase más impactante en el *Reine Rechtslehre* que esta: “...no existe ningún criterio sobre la base del cual una de las posibilidades dadas en el marco de la norma que debe ser aplicada pueda ser favorecida sobre el resto de posibilidades”.⁵ El significado de la norma jurídica “no es un problema de teoría legal, sino de política legal”.⁶ Pero, ¿Cómo es posible que el formalismo legal conduzca, en tanto que teoría, a una concepción de la práctica legal que es totalmente política? ¿Pueden el formalismo -la fidelidad a la ley- y la indeterminación legal ser reconciliables? ¿Es Kant concebible en términos de *critical legal studies*?

⁴ Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason* (V. Politis ed. London, Everyman's, 1991), p. 140-141 (A132-134).

⁵ Hans Kelsen, *Introduction to Problems of Legal Theory* (Transl. by Paulson & Paulson, Oxford, Clarendon, 1992), p.81

⁶ Id.p. 82

2. Críticas al formalismo

Formalismo no es una palabra agradable. Significa lo que es abstracto, inflexible, frío e insensible a los requisitos de la vida y de la sociedad, vago, burocrático y superficial. Generaciones de juristas internacionales han atacado a sus oponentes como “formalistas”. En el siglo XIX, el Derecho consuetudinario y la civilización europeas se transformaron en sólidas antítesis de las abstracciones revolucionarias francesas. Después de la primera Guerra Mundial, los juristas atacaron el pre-absolutismo de la soberanía formal, celebrando el comercio y la interdependencia como base anti-formal de la ley. Los redactores de la Carta de Naciones Unidas volverían a rechazar lo que veían como el fracasado legalismo del Pacto de la Sociedad de Naciones. Y la jurisprudencia políticamente-orientada acusaría, en los años 50 y 70, al Derecho internacional de aferrarse a las formas muertas de la diplomacia. Dos críticas del formalismo se hallan al orden del día. Una considera la igualdad formal en el seno de Naciones Unidas, que sitúa al mismo nivel a Estados democráticos y Estados “canallas”, como un anatema moral. La otra destaca la inutilidad de las reglas universales como técnicas de gestión y control de un mundo funcionalmente diversificado: sobre-inclusivo e infra-inclusivo, abarcando casos que preferiríamos no cubrir y no resultando de aplicación en situaciones en las que creemos que deberían aplicarse. En lugar de reglas, necesitamos un sistema de adopción de decisiones particularizadas por parte de expertos. De ahí se deriva la especialización: un sistema de comercio global gestionado por expertos en comercio en la Organización Mundial del Comercio; un sistema medioambiental gestionado por expertos en medio-ambiente; lo humano, a cargo de expertos en derechos humanos; la seguridad, como competencia de los expertos en seguridad etc. El dominio de los requisitos formales conlleva que las distinciones formales entre lo nacional y lo internacional, entre lo público y lo privado, entre lo político y lo técnico pierdan su sentido como, en cierto modo, las categorías de teología que Pufendorf pretendía eliminar de la gestión racional de la Alemania moderna.

Del estatus al contrato: al fracaso de los esfuerzos en pro de un régimen global para la protección de las inversiones (Acuerdo Multilateral sobre Inversiones) en 2001 le siguió, de inmediato, una compleja red de más de 2200 acuerdos de inversión bilaterales. Como resultado de ello, los inversores privados continúan aún hoy demandando al gobierno argentino ante el órgano de resolución de disputas del Banco Mundial por sus políticas gubernamentales durante la crisis financiera del país. Las reglas internacionales son creadas y gestionadas por expertos y accionistas privados.

Las mejores prácticas, las tecnologías estándares y las expectativas *de facto* ocupan el lugar del Derecho internacional que queda, a menudo, reducido a un marco para los ajustes y la negociación. La equidad, la proporcionalidad y “ley blanda” rinden tributo a la discreción administrativa. Incluso los derechos se transforman en regímenes legales en el seno de los cuales los expertos sopesan valores en conflicto: la libertad frente a la seguridad; la propiedad frente a la salud; los derechos individuales frente a las identidades comunales. Todo es variable, negociable, revisable. Sólo lo óptimo cuenta. Calcula los costes y beneficios. La bomba está haciendo tic-tac y la tortura

puede salvar vidas. ¿Debe el inocente ser siempre sacrificado al absolutismo moral de algunos?

III. FRAGMENTACIÓN

Los juristas internacionales denominan fragmentación al giro del estatus al contrato o de la forma a la función. No se trata únicamente de la especialización técnica; la fragmentación se halla en relación con un cambio profundo en la organización de la fe y del poder, comparable con la transformación de la organización de lo civil y de lo eclesiástico en los tiempos de Pudendorf. A continuación, se exponen brevemente seis pasos que inauguran un nuevo vocabulario para sustituir las civilizadas bases de la antigua fe.

1. De las instituciones a los “regímenes”

El primer paso consiste en pensar sobre los complejos de normas no en términos de instituciones de Derecho público, sino como “regímenes” informales; es decir, en tanto que normas, prácticas y expectativas en el seno de específicas “áreas temáticas” definidas por la distribución de las tecnologías disponibles sobre el conocimiento de la producción. Mientras que la ley de las instituciones internacionales se halla centrada en la competencia formal, la representación y responsabilidad, la teoría de los regímenes es ampliamente funcional. ¿Como surgen los regímenes? Vía re-descripciones del mundo a través de nuevos lenguajes que dan poder a nuevos grupos. Piénsese, por ejemplo, en cómo el auge espectacular del Derecho del medioambiente creó un vocabulario sobre soberanía territorial que la hace, ahora, parecer completamente anacrónica. Piénsese, asimismo, en la caracterización de ciertos intereses como “derechos humanos” por parte de aquellos que los reclaman. La *lex mercatoria* puede carecer de su correspondiente libro de texto ortodoxo o colección de casos prácticos, pero si uno observa con detalle ciertas formas legales extendidas, hallará la rutinaria transcripción incontestada de terminología contractual en el seno de las nuevas fórmulas estándares que dan voz a las preocupaciones de los clientes dominantes. Estos vocabularios están escritos en la gramática de la acción estratégica: los expertos los emplean para decidir sobre la base del caso concreto. De ahí la preocupación por el diseño de regímenes en esta sede. Variables como la pertenencia, el ámbito, el grado de centralización, el control ejercido por los miembros y la flexibilidad proporcionan los instrumentos para alcanzar los resultados óptimos.⁷ La teoría de los regímenes no reemplaza al realismo, sino que lo acoge. Las unidades básicas continúan siendo el poder, los intereses y los actores racionales que buscan la maximización de éstos. Como señalase uno de los padres de la teoría de los regímenes, su verdadero propósito es centrarse en la observación del comportamiento para evitar “incurrir en el formalismo” y -como resultado- podría

⁷ Véase Barbara Koremenos, Charles Lipson & Duncan Snidal, « The Rational Design of International Institutions », 55 *Int'l Org.* (2001), p. 761-799, 763

incluso considerar instrumentos como el Pacto Kellogg-Briand de 1927 “incluso aunque no tuviesen implicaciones a nivel de comportamiento”.⁸

2. De las reglas a la “regulación”

El segundo paso anti-formal quiebra la distinción entre ley y regulación. En los regímenes, la “legalización” es una política de elección dictada, en ocasiones, por intereses estratégicos. El rango de ley es usualmente difícil de alcanzar y costoso de gestionar. Pero, a veces, puede ser un instrumento contundente. Piénsese, por ejemplo, en el modo en el que sistemas funcionales como el de la Organización Mundial del Comercio o el sistema de derechos humanos europeo se rodean de un lenguaje constitucional para revestir la toma de decisiones en su seno de un alto grado de solemnidad. La literatura relevante se halla repleta de análisis de técnicas de regulación más o menos duras o blandas, usando variables como obligación, precisión y delegación, por ejemplo, para discutir las alternativas.⁹ El paso de la ley a la regulación destaca la necesidad del control. Debido a que se parte de la asunción de que los sujetos a los que se dirige se comportan como actores estratégicos, los incentivos deben, asimismo, serlo: “el palo y la zanahoria”. A veces el desacuerdo queda solventado (“el problema queda resuelto”) mediante la asistencia o la “facilitación”; en otras ocasiones, mediante la negociación o sanciones administrativamente ordenadas; raramente mediante acuerdos formales. La ley “blanda” se alterna con la ley “dura” y la coerción privada con la pública, mientras la política normativa es sustituida por lo que los expertos denominan “nueva división global de trabajo regulatorio”.¹⁰ La investigación académica sobre la regulación es plenamente instrumental. Sus resultados son siempre un conjunto de variables establecidas para fortalecer el régimen; la investigación y la toma política de decisiones devienen indistinguibles. Como orgullosamente proclamaba un reciente estudio sobre instituciones internacionales: “*Nuestra aproximación también proporciona una formulación apropiada para prescribir políticas y evaluar las instituciones existentes*”¹¹.

3. Del gobierno a la “gobernanza”

Un tercer paso consiste en la transición desde un vocabulario de gobierno “formal” a la gobernanza “informal”. Si “gobierno” connota administración y división de poderes, con la presunción de responsabilidad formal, “gobernanza” hace referencia

⁸ Robert Keohane, « The Analysis of International Regimes. Towards a European-American Research Programme » in Volker Rittberger (ed.), *Regime Theory and International Relations* (O.U.P.,1993), p.27

⁹ Véase p.e. Charles Lipson, « Why are Some Agreements Informal ? », 45 *International Organization* (1991), 495; Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 *International Organization* (2000), pp.434-454; Dinah Shelton, “Introduction”, in Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding...* (Oxford University Press, 2000), p.10-17

¹⁰ R. Lipschutz- C.Fogel, « 'Regulation for the Rest of Us?' Global civil society and the privatisation of trans-national governance », in R. R. Hall- T.J. Bierstaker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge University Press, 2002), p.117.

¹¹ Koremos-Lipson- Snidal (2001), p.767

a las prácticas *de facto* y se halla -como las empresas corporativas en las que surgió el término- regida por el principio de la obtención del máximo beneficio para los accionistas. Así, la detención indefinida puede tener lugar por decreto administrativo: “considerar” a alguien peligroso sobre la base de un juicio experto sobre esa persona aboliendo, por tanto, la necesidad de juzgarle criminal conforme a ley. El poder de suspender la ley aparece así como la victoria definitiva de la gobernanza sobre el gobierno. La globalización organiza los intereses especiales en regímenes funcionalmente diversos de gobernanza y control mundiales: ¡No olvide traer consigo los detalles de su tarjeta de crédito la próxima vez que viaje a Estados Unidos!. Debido a que no existe verdad superior que la proporcionada por cada sistema, los regímenes recrean la soberanía perdida del Estado-nación.¹² ¡El mundo internacional de los regímenes autónomos en tanto que el celebre *monstrum* del Sacro Imperio Romano descrito por Pudendorf tras un seudónimo!

4. De la responsabilidad a la conformidad

La cuarta sustitución es el de la transición desde la aparentemente antigua obsesión que los juristas tienen con la conformidad formal: violación del código binario de lo legal/ilegal, declarada vía resolución de disputas formales, tribunales en particular, que requieren típicamente la reparación del daño y las garantías de no repetición. Como mecanismo de disuasión, la responsabilidad fracasará en un contexto internacional en el que las rutinas son escasas, las situaciones idiosincrásicas y los intereses grandes. En tales casos, la legalidad es de una importancia relativa menor e insistir sobre ella es, a menudo, contra-productivo.¹³ Invocar la responsabilidad puede parecer incluso una pérdida en términos netos para el régimen. Una declaración formal de ilegalidad puede minar la solidaridad y el compromiso general con sus objetivos. Por tanto, en lugar de “violación”, los nuevos tratados medio-ambientales y económicos utilizan los términos de “no conformidad” y “solicitudes de respeto” y, en lugar de responsabilidad formal, establecen mecanismos para la realización de informes, discusión y asistencia: presión informal.

5. De la ley a la “legitimidad”

Los cuatro pasos mencionados nos alejan de los vocabularios normativos en dirección a los vocabularios empíricos que no diferencian entre la coerción y el derecho, el pistolero y el recaudador de impuestos. ¿Cómo distinguirlos? ¿Cómo -por trazar un nuevo paralelismo- integrar a Hobbes, pero sin olvidar a Grocio?. Este era el proyecto

¹² Véase Judith Butler, *Precious Life. The Powers of Mourning and Violence* (London, Verso, 2004)

¹³ Un estudio de normas informales en el sistema internacional basado en el coloquio de la *American Association of International Law* en 1996 recibió el título “compromiso y conformidad”- los dos equivalentes funcionales de la “ley” y la “responsabilidad”.

de Pufendorf, capturado por la ciencia política moderna mediante el vocabulario de la “legitimidad”.¹⁴

¿Qué es la legitimidad? La historia conceptual nos revela que los primeros usos de la “legitimidad” coincidieron con los de la “legalidad”. Algo resultaba legítimo si era legal. Esta, sin embargo, no es la “óptica normativa” del régimen del analista de regímenes que, en su lugar, hace la pregunta siguiente: ¿Por qué debe la ley ser obedecida?. Cuando los expertos occidentales proclamaron que la intervención en Kosovo en 1999 podía haber sido ilegal, pero era bastante legítima, su idea era precisamente encontrar un vocabulario normativo superador de la validez formal. Ello, sin embargo, tiende a integrar la legitimidad en la cuestión pre-moderna del “bien” político. No obstante, como Thomas M. Franck pregunta en su obra de fondo sobre la legitimidad internacional: “¿Qué cabe decir sobre la justicia de las normas cuando diferentes sistemas de creencias se enfrentan?”.¹⁵ Los regímenes, la gobernanza y la conformidad resultan necesarios precisamente entre agentes morales que se hallan en desacuerdo. En su último trabajo sobre el tema hasta la fecha, Franck trata de la gobernanza como “justicia” procedimental.¹⁶ “Justicia” y “legitimidad” son conceptos mediatos, retóricamente exitosos en la medida en que no pueden ser concretados en reglas formales o principios morales. Ian Hurd escribe -sin ironía- sobre la legitimidad como expresión de “un tipo de sentimiento” sobre la autoridad y “un sentido de obligación moral”.¹⁷ Como tal - como “sentimiento”- se presta al estudio empírico. El científico político sólo describe el “proceso operativo” mediante el que este sentimiento “emerge” a través de la “internalización por el autor de un estándar externo”.¹⁸ La legitimidad deviene un hecho psicológico independiente de las condiciones de su existencia: miedo, deseo, manipulación, cualquier cosa. *Die normative kraft des faktischen*: así es como Marcuse analizó en cierta ocasión los estudios sobre la democracia americana: “Los criterios para juzgar un estado dado de los asuntos son los ofrecidos por...el estado dado de los asuntos. El asunto esta “blindado”; el ámbito del juicio queda confinado dentro de un contexto de hechos que excluye juzgar el contexto en el que los hechos se realizan por el hombre, y en el que su significado, función y desarrollo, se hallan determinados”.¹⁹

La legitimidad no es ideológica porque, de serlo, devendría un caballo de Troya para las ideas morales externas, sino por incorporar el vocabulario de la propia legitimidad, y de ese modo, la autoridad de la profesión que lo habla. Cuanto más se debate sobre la legitimidad, más el debate se hace ininteligible y menos somos capaces

¹⁴ Para el texto siguiente, véase, asimismo, Martti Koskeniemi, « Legitimacy, Rights and Ideology: Notes towards a critique a new moral internationalism », *Associations; Journal for Legal and Social Theory* 8 (2003) 249-374

¹⁵ Thomas M. Franck *The Power of Legitimacy among Nations* (Oxford University Press, 1990)

¹⁶ Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford University Press, 1995)

¹⁷ Ian Hurd, “Legitimacy and Authority in International Politics”, 53 *International Organization* (1999) p. 383-389. Nótese la diferencia entre la cuestión de la filosofía política sobre “obligación moral” y la “cuestión empírica” sobre el sentido de la obligación moral.

¹⁸ Id. p.388

¹⁹ Herbert Marcuse, *One-Dimensional Man* (2nd Edn. London: Routledge, 1991) p.115-116

de escuchar cualquier crítica que la ley o la moralidad pueda ofrecernos.²⁰ La legitimidad no trata de la sustancia normativa. Su idea de fondo es la de evitar tal sustancia manteniendo, no obstante, una apariencia de sustancia. Resulta así extremadamente adecuada para la producción en el seno de la industria de comunicación, incluida la industria de publicación académica. “La legitimidad” no trata de las normas sino de la acción estratégica. Como Chayes y Chayes han escrito en su muy citado libro sobre conformidad con los acuerdos internacionales: “*El pueblo estadounidense no siempre ha entendido que incluso aunque Estados Unidos posee el poder militar y económico de actuar solo, la efectividad de sus acciones puede verse disminuida si no busca y alcanza un grado de consenso internacional para dar legitimidad a sus acciones*”.²¹ La perspectiva es el control. El marco normativo se halla en su lugar. La acción ha sido decidida. La única cuestión pendiente es la de cómo alcanzar el objetivo con el mínimo coste. Es aquí donde la legitimidad es necesaria: para asegurar los cálidos sentimientos de la audiencia.

La legitimidad también ha naturalizado un cambio en las estructuras del poder disciplinario. Establece una normatividad *Ersatz* para reemplazar, de una parte, el conservadurismo formalista de la ley y la radicalidad arbitraria de la justicia de la otra. En el contexto de una conciencia fragmentada aterrorizada ante las generalizaciones de los expertos en globalización, nada que se asemeje a un lenguaje normativo puede ser internalizado. No se trata de un lenguaje en referencia al cual el poder pueda ser valorado, sino de un vocabulario producido y reproducido por el poder. Es también el vocabulario del policía a la puerta de la ley y de la filosofía política, mostrando el camino al politólogo, que sugiere que podrían lucharse las batallas políticas de la modernidad sin la pesada armadura de la modernidad; mostrando, como máximo, ocasionalmente, el destello brillante de un arma de su arsenal, con la expectativa de que sus adversarios potenciales ni siquiera entren en una lucha de agotamiento al recordar su ausencia de resultados concluyentes.

6. De juristas a expertos en relaciones internacionales

El sexto y último paso va de la ley a las relaciones internacionales. En los años 90, los juristas empezaron a recibir invitaciones de colaboración por parte de los expertos en relaciones internacionales en universidades estadounidenses. Había surgido una disciplina que afrontaba el mismo mundo que los juristas internacionales habían afrontado, pero con un complejo vocabulario técnico sobre dilemas de prisioneros, variables dependientes e independientes, acción estratégica y elección racional. El realismo clásico había dado lugar a estudios empíricos con un matiz normativo. La

²⁰ La legitimación de la maquina imperial nace, al menos, en parte de las industrias de comunicaciones, esto es, de la transformación de un nuevo modo de producción en una maquina. Este el tema que produce su propia imagen de autoridad. Esta es la forma de legitimación que no reacciona a nada fuera de si misma y que se ha reproducido sin cesar para desarrollar sus propios lenguajes de auto-validación” Michael Hardt & Antonio Negri, *Empire* (Harvard University Press, 2000) p.33

²¹ Abram Chayes & Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements* (Harvard University Press, 1995) p.41

“agenda dual” de los académicos en relaciones internacionales y los juristas internacionales se había transformado, supuestamente, en una “agenda liberal”.²² Muy poca colaboración provino, a este respecto, de fuera de Estados Unidos. Ello es comprensible en la medida en que el llamamiento nunca fue realizado en términos de cooperación, sino con el objetivo de reemplazar el vocabulario del Derecho internacional por el de la ciencia política instrumental. Ya que si los cinco pasos mencionados son seriamente considerados, nada queda a la ley. Si, como sostienen los expertos en regímenes “los gobiernos negociarán acuerdos y establecerán reglas institucionales que pretenderán seguir en todo caso” la ley deviene totalmente epifenomenológica. ¿Por qué ello debería preocuparle a nadie?²³

En un libro recientemente publicado en 2005, el profesor Jack Goldsmith –autor de un informe sobre el traslado de prisioneros de Afganistán y ahora profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard²⁴ - y Eric Posner, de la Universidad de Chicago, mantienen que la tradicional defensa del Derecho internacional –conforme a la cual la mayoría de Estados se rigen por reglas de derecho internacional la mayoría del tiempo- es sólo cierta debido a la manera en que los juristas internacionales identifican el comportamiento real como Derecho. Pero ello no proporciona ninguna explicación independiente de porqué los Estados se comportan como lo hacen. Si, como sostienen, el comportamiento estatal trae causa de -y debe ser explicado con referencia a la “coincidencia de interés y coerción”- entonces decir que algo es “la ley” no es más que un adorno irrelevante. Para estos analistas, los tratados son tratos ventajosos entre actores egoístas racionales que buscan resolver problemas de coordinación y de cooperación con objeto de minimizar los costes de transacción que resultan de la comunicación poco clara de sus expectativas en conformidad con el Derecho consuetudinario.²⁵ Los Estados no respetan el Derecho porque los tratados poseen “fuerza obligatoria”, sino porque “temen represalias de parte de otro Estado o algún tipo de pérdida en términos de reputación, o porque temen un fallo de coordinación”.²⁶ Los tratados son superficies sobre las cuales las partes ejercen presión unas contra otras. Cómo Goldsmith y Posner concluyen entusiasmadamente su análisis: “*Hemos explicado la lógica de los tratados sin referencias a nociones de legalidad, de “pacta sunt servanda” o conceptos relacionados*”²⁷.

Desde esta perspectiva, las provisiones sobre el uso de la fuerza en la Carta de Naciones Unidas constituyen un acuerdo al que los Estados llegaron en el pasado para obtener protección. Este acuerdo se ve ahora puesta en tela de juicio por la posesión de

²² See e.g. Anne-Marie Slaughter, Andrew S. Tulumello & Stepan Wood, « International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship », 92 AJIL (1998), p. 367-397..

²³ Miles Kahler, « Conclusion. The Causes and Consequences of Legalisation » 54 *Int. Org.* (2000), p. 673

²⁴ Jack Goldsmith III, Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel for the President, in Karen Greenberg (ed.); *The Torture Papers. The Road to Abu Ghraib* (CUP, 2000), 367

²⁵ Jack Goldsmith - Eric A. Posner, *The Limits of International Law* (Oxford University Press, 2005), p. 84-85

²⁶ Goldsmith - Posner, *Limits*, p.90

²⁷ Goldsmith - Posner, *Limits*, p.90

armas de destrucción masiva por parte de los terroristas de los “Estados canallas”. Como consecuencia, para los Estados, en tanto que egoístas racionales, el “coste de la estricta adherencia a la Carta de Naciones Unidas en un mundo con nuevas amenazas a la seguridad” es hoy simplemente demasiado grande.²⁸ La acción estratégica y la teoría de juegos toman su atractivo de la misma fuente de la que ha siempre bebido el realismo: la postura de decir la dura verdad. Como Goldsmith y Posner concluyen, en tono Pufendorfiano: “Una literatura construida sobre las bases de hacerse ilusiones no puede soportar el embate del escepticismo. Lo que el Derecho consuetudinario internacional necesita, 75 años después de un desarrollo similar en la literatura académica doméstica, es una dosis de realismo legal”²⁹ Los vocabularios de “consentimiento”, “validez” o “resolución de disputas” son reemplazados por los vocabularios de las ciencias sociales destinados “explicar” el “comportamiento” y obtener el “cumplimiento”.³⁰ Y dado que obtener el respeto a la norma es todo lo que cuenta, el llamamiento interdisciplinario no trata realmente de cooperación sino de conquista. Como Goldsmith y Posner concluyen: “Existe una literatura más sofisticada sobre Derecho internacional en el sub-campo de las relaciones internacionales de la ciencia política”³¹.

IV. ENTRE IMPOSICIÓN Y LIBERTAD

Ya tenemos ordenados los elementos del Derecho natural post-moderno: el paso de las instituciones formales a los regímenes funcionales, la sustitución de las reglas generales por ordenes amorfas denominadas “regulación”, el giro del gobierno a la gobernanza y de la responsabilidad legal al cumplimiento factual. La óptica normativa es recibida a partir de una “legitimidad” medida en términos de relaciones internacionales: una disciplina que actúa como tribunal supremo de un mundo de gestión. Ello nos retrotrae a la crítica kantiana de Pufendorf. Si la ley se define como aquello que determina respeto, entonces desaparece la distinción entre el poder y la ley. Pufendorf fue, después de todo, un teórico del absolutismo. Si uno trata de inducir esa distinción vía “legitimidad”, entonces uno debe explicar en que se diferencia ello de valorar ya el sometimiento a la legalidad ya la justicia del príncipe. El primer rumbo recrearía el peligro del formalismo y el segundo el de la arbitrariedad radical de la cual el Derecho natural tenía como objetivo liberarnos. Reducir la legitimidad a un “sentimiento” - *placer*- nos devuelve al poder como ideología. La cuestión es si tu mereces tu *placer*. Para Kant, los argumentos empíricos sobre la conformidad o la felicidad masoquista inducida por la conformidad no pueden alcanzar la ley moral. ¿Hay algo que evoque tanto la inmadurez auto-impuesta – lo contrario de la ilustración – como el sucumbir a los propios sentimientos?. Pero el umbral entre el placer y el dolor es fácil de atravesar; y debido a que el empirismo fracasa en sus propios términos, siempre acabará atravesándolo. En el apéndice a la *Paz Perpetua*, Kant introduce la distinción entre el “moralista político” y el “político moral”. El primero “subordina los

²⁸ John Yoo & Will Trachman, “Less than Bargained for: the Use of Force and the Declining Relevance of the United Nations”, 5 *Chi. J. of IL* (2005) p.384

²⁹ Goldsmith - Posner, *Limits*, p.98

³⁰ Como se señala en Goldsmith- Posner, *Limits*, p.15

³¹ Goldsmith - Posner, *Limits*, p.15

principios al fin” (pp.118-121). Estos fines no son independientes de los fines de algunos, fundamentalmente de los de aquellos en posición de obligar a otros, y de sus consejeros académicos. La imposición de hoy comenzará a parecer natural en la medida en que existe para el bienestar de la felicidad futura: felicidad eternamente pospuesta.

En tanto el fin continua siendo elusivo (piénsese en Fallujah) nada limita los medios a emplear. La progresión desde la felicidad del futuro de todos a la necesidad imperativa de torturar a muchos se deriva ahora, como sugiere Kant, de propiedades propias de la misma “ley natural - relaciones internacionales”. Y es que el moralista político vive en el orgullo, el orgullo del total conocimiento de los objetivos de la ley y de los costes y beneficios de alcanzarlos. Pero, Kant preguntaría, ¿De dónde surge tal conocimiento?

Los objetivos primero. Si estos se definen como felicidad, entonces deben llegar a ser universales: ¿Qué acceso tenemos a la felicidad de los otros? ¿Y qué sucede si la felicidad de algunos sólo puede ser obtenida mediante la infelicidad de otros? ¿Autoriza la Carta de Naciones Unidas la intervención humanitaria?. “Si y no” -respondería el jurista-. La Carta promueve tanto la paz como los derechos humanos. Más allá, sólo cabe especular sobre lo que debe ser el modo útil y bueno de aplicarla. No es que esas cuestiones no puedan ser decididas, sino cómo decidir las. La Carta no trata sólo de la paz y de la guerra. Trata también sobre la jurisdicción y ha transferido la competencia para decidir sobre la paz y la guerra a los órganos de Naciones Unidas, especialmente al Consejo de Seguridad. Ninguna regla jurídica existe aislada, como una isla en el mar de las elecciones arbitrarias; se halla unida a otras reglas, tanto sustantivas como procedimentales. Podemos tener diferentes opiniones sobre la aplicación concreta de las normas y (como Kant habría insistido) debemos debatirlas en condiciones de libre intercambio público; aunque sólo hasta el momento en que las decisiones han sido tomadas. El objetivo de la ley es la propia ley; de ahí, el deber de evolucionar desde un estado de naturaleza a la condición del Derecho. Esto no significa que no pueda existir, en ocasiones, un buen motivo para la desobediencia; quizás Kosovo fuese uno. Un formalismo serio podrá, a veces, desviarnos de la interpretación general y de la parcialidad estructural. Pero cuando tales momentos se producen, no deben hallarse sujetos a debates de expertos en el seno de asambleas cerradas y mediante vocabularios que no pueden articular el peso del propio sistema legal con independencia de sus efectos. Y ese peso (diría Kant) es el peso de la libertad, no sólo de la libertad de los estrategas políticos y gestores de programas, sino de los 500 serbios asesinados por las bombas de la OTAN, y de todos nosotros, afectados por el descenso del umbral de la violencia política.

¿Responderían a esto los académicos de las Relaciones Internacionales haciendo hincapié sobre la necesidad de “equilibrar”? ¿Pero qué cuestiones entran en el “equilibrio”? ¿Y cómo podrían ser éstas medidas? ¿Contaría la futura felicidad lo mismo que la presente? ¿O lo mismo que la felicidad de los ausentes? Hobbes tenía una respuesta para tales cuestiones: *Wer kann, darf auch*; y Pudendorf vistió la misma respuesta con atuendo más atractivo. El mundo del cálculo puede ser indeterminado en sustancia, pero altamente significativo en señalar quién deberá decidir, *quis judicabit*.

Hobbes podría haber pensado en el Leviatán, pero poco después éste inicio su descenso en pos de la instrumentalidad a favor de los intereses especiales: economía, tecnología, identidad. El cuerpo del rey se transformó en una calculadora en la que lo social se hallaba establecido como un conjunto de jerarquías ostensiblemente privadas: ciudadanos concebidos como egoístas racionales, el Leviatán como *homo economicus*.

El cuento de Andersen a la inversa: vemos ropajes de brillantes colores con telas diversas, con el rey menguando en la insignificancia dentro de ellas, hasta que las ropas empiezan finalmente a sustentarse por sí mismas.³² Este es hoy el mundo internacional de los regímenes, no el mundo de la ley sino el de las verdades, expertos computando la obligatoriedad fuera del marco de la política y de la contestación. El orgullo del conocimiento instrumental.

Hablar sobre acatamiento presume la cognoscibilidad de aquello que se debe respetar; fundamentalmente que el instrumento, la política, la regulación han adquirido un significado claro en lugar de otro.³³ Pero como todo jurista sabe, nadie se halla nunca en falta, todo el mundo está siempre cumpliendo con la norma, aunque quizás de un modo no ortodoxo: invocando un contra-principio ante un principio, una excepción frente a una regla. Pero el experto no tiene tiempo para el discurso de los abogados “de una parte, de la otra”. ¡Ya está bien, ahora vamos a encontrar una solución! Y al decir esto, el experto revela su propio formalismo, la creencia de que su texto o políticas no sufren de los problemas que infectaban los textos o principios de su jurista. Ahora deberá pensar que sus propósitos se hallan completamente determinados y forman un todo armónico. Ello no es sólo formalismo, es la caricatura del Gesetzpositivismus del siglo XIX; con el matiz, sin embargo, de que la política guía (objetivo, interés, valor) no es discutida, sino dada por hecha. Ello parece fácil, porque los moralistas políticos ya saben como decidir, qué hacer. Como señaló Kant, siempre encontrarán una consideración estratégica que justifique poner a otra gente en el camino del daño y por tanto situar: “...al hombre en el mismo tipo de clase que otras máquinas vivientes que sólo necesitan darse conscientemente cuenta de que no son seres libres para transformarse a sus propios ojos en lo más ruinoso de todas las criaturas terrestres”.³⁴

La elección racional presupone que los intereses de los actores son cognoscibles como hechos de la naturaleza y colige directivas de comportamiento de esos intereses aplicándolos en el mundo empírico. Cada paso durante el camino es vulnerable a las dudas kantianas sobre los límites de tanto la razón pura como de la razón práctica. Las premisas de los expertos sólo pueden justificarse por sus propias conclusiones: el mundo noumenal está más allá del alcance: ¿Trata la ronda de Doha sobre desarrollo o sobre comercio?. ¿Trata la reforma de Naciones Unidas sobre seguridad o sobre Derechos Humanos?. ¿Y qué significa “seguridad” o “derechos”? La respuesta

³² Cf. Butler, *Precious Life*, p. 52-53.

³³ Cuando los académicos de las relaciones internacionales se concentran en un análisis de la Constitución estadounidense, de ella se desprenderán consecuencias relativas a los padres fundadores y al conocimiento intrínseco de las palabras en la Décimo Cuarta Enmienda que harán a un jurista europeo parecer un aficionado.

³⁴ Kant, “Perpetual Peace”, p. 123

dependerá de a qué experto se le pregunte, de qué categoría se emplee. Pero, incluso si uno supiese a quién preguntar, la paz perpetua podría alcanzarse únicamente mediante cálculos prudentes. La suerte afecta a cualquier acuerdo; algo que es defendible como bueno para todos puede demostrarse malo para muchos. Los discursos de los expertos son tan indeterminados como la ley; los regímenes sobre la verdad son tan conflictivos, tan internamente contradictorios e inciertos. Un régimen, como una nación, es una comunidad imaginada. Un régimen, como una nación, puede ser una prisión. El problema no es el formalismo (que no puede ser evitado) sino que hacer con él.

Ahora estoy tomando partido entre la deontología y el consecuencialismo. Sin duda, es posible reducir a los absolutistas al relativismo moral mediante escenarios de bombas haciendo tic-tac y mujeres violadas; casi tan simple, de hecho, como convertir a los relativistas al absolutismo, señalando que cuando llega el momento de la decisión, una sola escala de valores, abstracción hecha de las alternativas posibles un momento antes, debe ser reivindicada en exclusión de otras. El absolutismo y el relativismo, principios y cálculos, son posiciones imposibles de sostener por mucho tiempo. Los juristas kantianos pueden haber tendido a desplazarse del lado del absolutismo, pero ello se convierte en patológico sólo si no toman, simultáneamente, en consideración la antinomia de la ley y el juicio, y creen que el propio rigorismo del constitucionalismo en relación a este último les impide un análisis cercano de los casos particulares que deben juzgar.

V. LEY Y LIBERTAD

Lo que nos trae al juicio y a la relación de la ley con la libertad. Si los moralistas políticos miran más allá de la ley para alcanzar la felicidad, otros quedan reducidos a instrumentos de su propio deseo. Cuanto más insiste en que proveerá así también de felicidad a los otros, menos es capaz de pensar en los otros como seres libres. Contra ellos, Kant defiende la figura del “político moral”. Este es el formalista cuya fidelidad es para con la ley y no para con sus hipotéticos propósitos, para con la ley entendida como la “suma de las condiciones bajo la cuales la elección de uno puede unirse a la elección de otro de conformidad con la ley de la libertad universal”.³⁵ Esta es la celebre condición de lo justo. Es una condición de indeterminación. Si la crítica de la razón fue diseñada para dar lugar a la fe, entonces la fe revelada al jurista mediante esa crítica es experimentada como la indeterminación de los sistemas de expertos. “Lo que sucede es que sencillamente no comprendes”. Cuando los vocabularios de la verdad se acaban, uno solo juzga particularismos. Aquí la fidelidad kantiana a la ley se transforma en lo que Weber podría haber llamado un llamamiento, la conciencia de que decidir desde un cargo público tratará siempre sobre la libertad pero también sobre el poder personal y la responsabilidad; una tarea política debe ser objeto de contestación política, no de cálculo experto.

³⁵ Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals* (Mary Gregor ed., Intr by Roger J. Sullivan, Cambridge University Press, 1996), p. 24

Aquí estriba la diferencia entre Pufendorf y Kant, entre el moralista político y el político moral, entre el trabajo del experto y el llamamiento del jurista. Para el primero, la ley es táctica, para el último, una relación con los otros. Es algo para lo que se trabaja mediante la educación -Bildung- y de lo que uno se da cuenta en el juicio que utiliza lo que Kant habría llamado entendimiento y razón, pero también lo que denominó la facultad de la imaginación, fundamentalmente la de ponerse en la posición de otros. Nada de esto significa que la ley no pueda equivocarse. Las reglas cometen errores.³⁶ Pero existe una diferencia entre el legalismo y la fidelidad a la ley como relación ideal entre los individuos libres y las comunidades. La Carta de Naciones Unidas, con todos sus problemas y su aspiración de mala fe no es ciertamente una constitución mundial. No obstante, constituye algo más que un acuerdo que puede ser negociado cada vez que un surge un “problema”. Es también, como diría Philip Allott, la condensación del pasado de una sociedad en su futuro ideal como aspiración de cómo debería ser el mundo, si fuéramos mejores. La Carta de Naciones Unidas habla de un “nosotros”, que une a cada actor individual a un proyecto común de libertad. Los fracasos de la ley, a este respecto, sólo subrayan el significado de sus aspiraciones.

La ley hace lo universal. Eleva una reivindicación de violación, o la demanda de un derecho o de un poder de la particularidad al nivel de lo universal, como representación de algo más grande que los meros intereses privados del orador.³⁷ Por supuesto, estas reivindicaciones continúan también siendo particulares. De ahí, su componente político irreducible. Pero, se trata de un componente político con matices; un tipo político que busca la inclusión frente a la exclusión y se muestra entusiasta antes todas las viejas tropas de la “moralidad interna del derecho”: no contradicción, imparcialidad, honestidad, preocupación por los otros, responsabilidad y todo lo demás.

La ley puede, por supuesto, fracasar con relación a cada una de dichas escalas ya que la ley es una creación humana. Pero, sin ley, no existiría tal sistema de escalas. Y sin tales baremos—donde todo podría ser la mera suma agregada de intereses especiales—la vida sería vivible, pero no placentera como ejemplifica, tal vez, en la actualidad la Unión Europea.

La libertad presupone una escala de universalidad. Puede que sea imposible alcanzar tal nivel, al menos durante más de un segundo, como tanto Hannah Arendt y Alain Badiou sugieren. Pero imagínese la vida sin la aspiración de lograrlo. La fragmentación es un término al que nosotros, seres humanos comunes, que no conseguimos alcanzar la universalidad, regresamos. Es el nombre de la particularidad: de nuestras rutinas diarias, de nuestros modos habituales de ser y sistemas de pensamiento. Todos habitamos ese territorio. No obstante, lo que nosotros hacemos no niega la universalidad. Y, a menudo, vamos hacia ella. Especialmente cuando nuestro sistema se desmorona o se muestra insuficiente o nos sentimos sus prisioneros. Y mientras lo hacemos, recurrimos a la ley: reivindicamos un derecho o acusamos a

³⁶ Ej. Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-Making in Law and Life* (Oxford University Press, 1991),

³⁷ Véase mi «What Should International Lawyers Learn From Karl Marx», *17 Leiden Journal of International Law* (2004), pp.246-4.

alguien de una violación. Exigimos la responsabilidad de otro o nos auto-responsabilizamos. Lo hacemos con referencia a estándares universales, no al placer privado. En tales momentos, no somos más que individuos, y el mundo no es más que un agregado sin propósito de tales individuos, persiguiendo formas igualmente aleatorias de placer privado. La moralidad interna de la ley (la verdad, la transparencia, la descentralización de las propias preferencias, la neutralidad) no son más que nombres dados a la universalidad y tantas otras ocasiones para el fracaso moral; pero, son, asimismo, el éxito intermitente y la posibilidad de aprender. Con madera podrida nunca se construyó nada que mereciera la pena.

Dos nociones de libertad están en juego: el orgullo y la ilustración. El primero vive en una acción estratégica: la decisión indeterminada como la afirmación existencial de uno mismo. “La libertad infinita” como la búsqueda sin límites del placer, la inmersión en el principio del placer, la fijación pre-genital y el fracaso en alcanzar la madurez. Lo único que cuenta es la distancia del pecho de la madre. Pero el placer consumado es placer destruido; y uno debe moverse hacia el próximo placer y después al siguiente y al siguiente...la libertad como ilustración trata sobre cómo eliminar ese tipo de inmadurez auto-incurrida. Si conoces el mundo, sabes también cuán trágico puede llegar ser, que tu propio placer no es más valioso que el de tu vecino y que si tu placer es lo único a lo que prestas atención, entonces tu vecino tendrá que llamar a la policía antes del final de la noche. La libertad como juicio ilustrado no pregunta: “¿Qué debo hacer para satisfacer mi preferencia?” sino “¿Qué debo hacer a la luz de las demandas justificadas que otros me plantean?”. Esa es una cuestión legal, una cuestión que no puede ser articulada sin la idea de la ley válida. Preguntarse esa pregunta es ser más que uno mismo. La libertad es el milagro del formalismo