

INVITADOS ESPECIALES

El derecho internacional como verdadero derecho: Un nuevo enfoque para un problema antiguo

International Law as True Law: A New Approach to a Perennial Problem

Philip Allott

Universidad de Cambridge, Reino Unido

La discusión acerca del estatus del derecho internacional como verdadero derecho nunca ha sido una cuestión meramente teórica. La actitud de los gobiernos al respecto siempre ha tenido una importancia práctica. En la actualidad, es una cuestión crítica, dado el gran aumento en los últimos años de autocracias y de democracias cuyos gobiernos muestran tendencias autocráticas. No puede ignorarse que, al negar la existencia de obligaciones jurídicas para los Estados, se corre el riesgo de terminar también negando que estos están obligados a respetar los derechos de los otros. El derecho es recíproco.¹

El enfoque normal hacia esta cuestión en los últimos siglos ha sido considerar, en primer término, los rasgos esenciales del derecho internacional y, a continuación, formarse un juicio sobre en qué medida él comparte las características esenciales del derecho nacional. El juicio parte de la base de que el derecho internacional es un sistema jurídico entre Estados, distinto del derecho nacional.

En 1789, Jeremy Bentham propuso cambiar el nombre de *derecho de las naciones* por *derecho internacional* para evitar la implicación de que el primero incluía también el derecho doméstico de las naciones. Este punto de vista de los dos reinos, que había sido elocuentemente afirmado por Emmerich de Vattel a principios de ese siglo, hace improbable que el derecho internacional comparta las características esenciales de lo que se estima como *verdadero* derecho.

Un nuevo enfoque sobre esta cuestión podría partir por considerar el fenómeno social universal de la legalidad, con el objeto de entender al derecho internacional como un caso particular de ese fenómeno. Esto corregiría lo que el filósofo Bertrand

1. Este trabajo es una traducción realizada por Luis Valentín Ferrada y aprobada por el autor a partir de un texto publicado originalmente en *EJIL:Talk!*, el blog de la European Journal of International Law.

Russell llama un error de categoría, sustituyendo en la comparación a la categoría del derecho nacional por la categoría universal de la legalidad. Una analogía de este tipo de error de categoría se da, por ejemplo, al entender que la divinidad debiera poseer características propias del ser humano.

Esta nueva visión debiera comenzar por determinar la naturaleza y el propósito de la legalidad dentro de la condición humana. En este sentido, es claro que ella se parece notablemente a la de otros animales. Estos también tienen un cerebro, responden a los estímulos de sus sentidos, tienen emociones, toman decisiones y las llevan a cabo, se defienden como individuos y como manada a cualquier precio, matan y son matados. La especie humana ha heredado estas características como parte de su propia evolución, especialmente en forma de instintos.

Sin embargo, la especie humana heredó algo más en su evolución, a saber, un cerebro singularmente poderoso. El cerebro humano tiene la capacidad de pensar en su propio funcionamiento, en lo que llamamos la mente. Tiene una capacidad ilimitada para imaginar realidades alternativas y comunicarlas mediante el lenguaje, creando la realidad de un mundo humano distinto de la realidad del mundo natural. La especie humana vive como parte integrante del mundo físico natural, pero también vive en un mundo humano creado por ella.

Esta libertad absoluta para inventar realidades alternativas habría provocado el caos en la convivencia de los seres humanos y podría haber amenazado la supervivencia de la especie, si no fuera por una serie de limitaciones que la mente humana se ha impuesto a sí misma.

Se trata de la racionalidad, la moral, la sociabilidad y la legalidad.

La *racionalidad* es un autoordenamiento de la mente, que deja, sin embargo, la posibilidad de la irracionalidad debido a otras de sus características, especialmente de la mente inconsciente. La *moral* es una autoordenación del comportamiento, que deja, no obstante, la posibilidad de todo tipo de comportamientos inmorales, porque ella ha sido el producto de diversas religiones y distintas culturas en diferentes épocas.

La *sociabilidad* es una autoordenación de la vida en común. Ha habido innumerables formas de sociedades, como la familia, la tribu, la nación y el imperio, en las que el individuo humano ha participado de muy diversas formas, desde la esclavitud hasta la ciudadanía. La *legalidad*, por fin, es la aplicación colectiva del orden social. Cada sociedad aplica la legalidad a su manera.

Estas cuatro condicionantes interactúan entre sí de forma compleja y dinámica. De este modo, los seres humanos han sido capaces de crear sociedades cada vez más complejas y relativamente estables, permitiendo a la especie humana sobrevivir y prosperar, y dominar a todas las demás especies vivas y al mundo natural.

Durante la mayor parte de la historia de la humanidad, la religión fue una quinta forma de restricción humana, que proporcionaba la explicación y justificación de las otras cuatro, por referencia a una realidad que superaba al mundo natural y humano.

Sigue siendo hoy una fuente de restricción para miles de millones de personas, pero, para otra innumerable cantidad, es posible explicar y justificar las restricciones autoimpuestas de otras maneras.

Las cinco limitaciones identificadas aquí podrían considerarse una forma de autoevolución humana, que no solo nos han permitido sobrevivir como especie, sino que también prosperar gracias a los beneficios de una actividad colectiva ordenada. Esto ha permitido a la especie humana alcanzar su asombroso éxito en la fabricación de lo que puede ser (o no) un mundo humano cada vez mejor.

La filosofía, definida por Hegel como el pensamiento del pensamiento, la mente que piensa sobre sí misma, trata de ofrecer explicaciones universales con respecto a la condición humana, incluidas las limitaciones autoimpuestas. Hegel sugirió que la filosofía tenía dos historias: la historia de su desarrollo como conversación entre filósofos a lo largo del tiempo y la historia de la aplicación de las ideas filosóficas en la práctica social.

Podríamos llamarlas filosofía pura y filosofía aplicada, por analogía con el uso que se hace de esos términos en las matemáticas. Hegel adoptó el punto de vista optimista con respecto a que la aplicación práctica de las ideas de la filosofía pura había permitido que la mente humana y el mundo humano mejoraran continuamente.

Nosotros podemos ser menos optimistas, dado que el mundo humano sigue siendo un lugar lleno de conflictos, desde los que ocurren en el seno de la familia hasta las guerras mundiales, y un lugar lleno de maldades autodestructivas de todo tipo. La humanidad ha creado cosas que parecen amenazar su propia supervivencia y florecimiento como especie y como seres humanos individuales. La mitología y la religión han intentado explicar esta extraña perversidad humana.

La filosofía, por su parte, ha tratado de comprender tanto la autoevolución como la autodestrucción humanas. Las filosofías puras y aplicadas de la sociedad humana han tenido un gran efecto en la formación de la condición actual del mundo humano, incluida la coexistencia humana a nivel global.

Thomas Hobbes sugirió que la condición humana original era el conflicto, de ahí la necesidad del poder de la sociedad. John Locke planteó, por el contrario, que la condición original era la libertad, y que la sociedad estaba diseñada para proteger esa libertad, de modo que el individuo tiene reivindicaciones naturales que ponen límites al poder de la sociedad. Jean-Jacques Rousseau, por su parte, señaló que la condición original era la libertad, pero que la sociedad imponía constricciones a los seres humanos que destruían su bondad natural.

Estas ideas surtieron efecto como filosofía aplicada. Hobbes se refleja en el poder abrumador de la sociedad moderna. Locke, en el equilibrio de poder entre el individuo y la sociedad en las sociedades democráticas liberales. Rousseau, a su vez, en los derechos naturales que el individuo puede reclamar a todas las sociedades, no solo a la sociedad de la que es ciudadano.

Una filosofía universal concreta ha tenido, a largo plazo, un efecto estructural profundo en el desarrollo de la sociedad humana, a saber, la antigua filosofía griega del idealismo platónico. La mente humana contiene ideales inherentes de perfección que nunca podremos alcanzar, pero que pueden hacer que intentemos hacerlo mejor. Se trata de los conceptos de lo bueno, lo verdadero, lo bello, lo justo. Esta idea tuvo un efecto social en la teología inicial del cristianismo, que era un punto de encuentro entre el judaísmo antiguo y el neoplatonismo. También tuvo efecto en el nuevo humanismo del Renacimiento y la Ilustración.

El idealismo tiene efectos en las sociedades modernas cuando actúan como sistemas de superación humana. Así, la política no es solo una lucha por el poder, sino también una lucha por interpretar y aplicar los ideales en las condiciones reales de una sociedad. El idealismo tiene efecto en la aplicación práctica de la legalidad cuando el derecho se utiliza “para seguir el curso que en su conjunto es el más conducente a la felicidad de toda la comunidad, por medio de los motivos que debe aplicar el legislador” (Jeremy Bentham). Se puede considerar que el derecho internacional tiene la misma función, ya que la política internacional no es solo una lucha de poder a nivel mundial, sino que también un esfuerzo por aplicar los ideales en toda la sociedad humana.

A finales del siglo XV, la visión europea del mundo se amplió repentinamente de forma masiva para incluir no solo las antiguas culturas de Egipto, India, China y Japón, sino también las antiguas culturas indígenas de América y África, y otros lugares de Asia. La respuesta de los fundadores españoles del moderno derecho de gentes fue reconocer a todos esos pueblos como partes de la humanidad. Por lo tanto, debían ser tratados, como exige el derecho natural, sobre una base de igualdad.

Hay, en efecto, una ley, la recta razón, que es conforme a la naturaleza; existente en todos, inmutable, eterna [...] No es una cosa en Roma y otra en Atenas; una cosa hoy y otra mañana; sino que es eterna e inmutable para todas las naciones y para todos los tiempos.

Las palabras de Cicerón, que se hacen eco de la antigua filosofía griega y del estoicismo, tuvieron un efecto sustancial en la Europa medieval y posmedieval.

El espectacular desarrollo social moderno de las naciones de Europa coincidió con la expansión de la cosmovisión europea. Las sociedades europeas resultaron ser no solo competitivas, sino que también crónicamente conflictivas, con interminables guerras intestinas. Con el declive del derecho natural como filosofía aplicada, fue necesario reconocer otra forma de restricción legal, a saber, un derecho consuetudinario de las naciones. Será la tradición universal de la costumbre internacional la que creará el estatus legal y los derechos y obligaciones generales de los estados y gobiernos, y otros sujetos de derecho.

Durante la mayor parte de la historia de la humanidad, las sociedades se han ordenado a sí mismas mediante el derecho consuetudinario, un derecho sin otro le-

gislador que ellas mismas. A veces, el derecho consuetudinario ha sido codificado. Eventualmente, los gobernantes han añadido a este derecho la creación instantánea del derecho legislado. El predominio de la legislación sobre el derecho consuetudinario es una característica de las complejas sociedades modernas. En Gran Bretaña comenzó en el siglo XIV con el desarrollo del Parlamento e, incluso entonces, el *common law* continuó como una forma de derecho consuetudinario, con los principios generales de las decisiones judiciales anteriores actuando como reglas de derecho, a menos que fueran sustituidos por la legislación.

Estudios recientes han demostrado que siempre han existido limitaciones consuetudinarias en las relaciones entre pueblos rivales y en conflicto, al menos en forma de diplomacia *ad hoc*, acuerdos formales escritos en piedra o papiro o pergamino, especialmente tratados de paz, y limitaciones en la conducción de la guerra.

Solo en el siglo XIX, con el desarrollo de la soberanía en los *estados nacionales* y su desastroso hipernacionalismo, se pudo permitir a los gobiernos suponer que estos estaban en una condición de libertad absoluta, y que cualquier restricción a esa libertad solo podía ocurrir por un acto de su voluntad soberana, expresada por el poder ejecutivo de sus gobiernos, sin tener en cuenta el bien común de la humanidad.

En el siglo XXI, la humanidad ha tomado conciencia de su capacidad para amenazar el florecimiento y la supervivencia final de la especie humana por sí misma, a través de sistemas sociales y económicos y electrónicos globales autónomos que ningún gobierno puede controlar. Ahora podemos ver que la negación del estatus del derecho internacional, como verdadero derecho, agrava esa amenaza. Aplicar una filosofía pura del derecho internacional como verdadero derecho podría ser una revolución, no en las calles, sino que en la mente.

Sobre el autor

PHILIP ALLOTT es profesor emérito de derecho internacional público del Trinity College en la Universidad de Cambridge. Fue asesor jurídico en el Ministerio de Relaciones Exteriores británico (*British Foreign and Commonwealth Office*). Es autor, entre otros, de *Eunomia. New Order for a New World* (1990/2001); *The Health of Nations. Society and Law beyond the State* (2002); y *Towards the International Rule of Law. Essays in Integrated Constitutional Theory* (2005). Es miembro de la Academia Británica. Su correo electrónico es pja1001@cam.ac.uk.

