

NEW LEFT REVIEW 143

SEGUNDA ÉPOCA

NOVIEMBRE-DICIEMBRE 2023

ARTÍCULO

PERRY ANDERSON	¿Derecho internacional?	7
CAITLÍN DOHERTY	Topografías del capital	35

DEBATE

ALYSSA BATISTTONI Y GEOFF MANN	<i>Bidenomics</i> climática	61
-----------------------------------	-----------------------------	----

ARTÍCULO

JOHANNES HOERNING	Pensar lo impensable	89
NIC JOHNSON	Tiempos de interés	121

CRÍTICA

DYLAN RILEY	Sermones para príncipes	161
CHRISTOPH SCHURINGA	El sistema de Schelling	176

WWW.NEWLEFTREVIEW.ES

© New Left Review Ltd., 2000

Licencia Creative Commons

Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)



SUSCRÍBETE

ts
traficantes de sueños



EL ESTÁNDAR DE LA CIVILIZACIÓN

EN 1929 LUCIEN Febvre ofreció la primera reflexión sistemática sobre la evolución de los significados del término «civilización»: del ideal singular, que él fechaba en el tercer cuarto del siglo XVIII, hasta el hecho plural, que situaba en las postrimerías de la época napoleónica. En 1944-1945, dedicó su último curso a «Europa: génesis de una civilización», y un año más tarde añadió la palabra *Civilisations* al propio título de la revista *Annales*, que previamente indicaba únicamente *Économies et Sociétés*. Justo antes de morir, escribió una aguda nota en la que aprobaba el rechazo de un colega a la famosa afirmación de Valéry de que esta civilización se había dado cuenta de que era mortal: «De hecho, no son las civilizaciones las que son mortales. La corriente de la civilización persiste a través de los eclipses pasajeros [...]. Sobria desarticulación de un charlatán»¹. Una década más tarde, Fernand Braudel convendría: «Cuando Paul Valéry declaró: “Civilizaciones, os sabemos mortales”, sin duda exageraba. Las estaciones de la historia hacen caer las flores y los frutos, pero el árbol permanece. O, como mínimo, es mucho más difícil de matar»².

¿Hasta qué punto estaba justificada la confianza de Braudel en que el uso del término en singular había dejado de tener importancia? Una forma de abordar esta cuestión es analizar un conjunto de ideas y prácticas en las que la «civilización» ha sido muy visible históricamente, a saber, el derecho internacional. Ahí podemos empezar por señalar lo

¹ Lucien Febvre, «Une histoire de la civilisation», *Annales*, octubre-diciembre de 1950, p. 492, artículo que reseña el libro de Joseph Chappey, *Histoire générale de la civilisation d'Occident de 1870 à 1950*, París, 1950.

² Fernand Braudel, *Grammaire des civilisations*, París, 1963.

que podría parecer una paradoja. La noción contemporánea de derecho internacional evoca inmediatamente la idea de relaciones entre Estados soberanos. En Occidente se considera que estas relaciones se convirtieron en algo parecido a un sistema formal por primera vez con el Tratado de Westfalia, que en 1648 puso fin a la Guerra de los Treinta Años en Europa. Parecería lógico suponer que en torno a este punto de inflexión surgió un corpus de pensamiento desarrollado sobre el derecho internacional. Sin embargo, el hecho es que para determinar sus orígenes hay que remontarse a la década de 1530. Fue por entonces cuando comenzó realmente su historia de la mano de los escritos del teólogo español Francisco de Vitoria, cuya preocupación no eran las relaciones entre los Estados de Europa, entre los que España era en aquel momento con mucho el más poderoso, sino las relaciones entre los europeos –principalmente, por supuesto, los españoles– y los pueblos de las Américas recién descubiertas.

Fundamentos

Basándose en las nociones romanas del *ius gentium*, o derecho de gentes, de Vitoria se preguntaba con qué derecho había entrado España recientemente en posesión de la mayor parte del hemisferio occidental. ¿Lo había hecho porque estas tierras estaban deshabitadas, o porque el Papa se las había asignado a España, o porque era un deber convertir a los paganos al cristianismo, incluso por la fuerza? De Vitoria rechazaba que cualquiera de estas razones pudieran justificar la conquista del Nuevo Mundo. ¿Significaba esto que dicha conquista era contraria al derecho de gentes? No, porque cuando los españoles llegaron a sus tierras, los salvajes habitantes de las Américas habían violado el universal «derecho de comunicación» –*ius communicandi*–, principio esencial del derecho de gentes. ¿Qué significaba esa «comunicación»? Significaba libertad para viajar y libertad para comprar y vender en cualquier lugar: en otras palabras, libertad de comercio y libertad para persuadir, es decir, para predicar verdades cristianas a los indios, que era como los llamaron los españoles. Si los indios se resistían al ejercicio de estos derechos, estaba justificado que los españoles se defendieran por la fuerza, construyeran fortalezas, se apoderaran de tierras y les hicieran la guerra en represalia. Si los indios persistían en sus fechorías, debían ser tratados como traidores y sometidos al saqueo y la esclavitud³. Las conquistas, por lo tanto, eran perfectamente legítimas.

³ Francisco de Vitoria, *Relecciones sobre los Indios* [1538-1539], Madrid, 1946, I, 3: 1, 2, 6, 7, 8.

Así pues, el primer pilar de lo que durante los siguientes doscientos años seguiría llamándose derecho de gentes se construyó como justificación del imperialismo español. El segundo pilar, aún más influyente, llegó de la mano de los escritos de Hugo Grocio a principios del siglo XVII. Hoy en día Grocio es recordado y admirado sobre todo por su *Tratado general sobre el derecho de guerra y de paz* [*De jure belli ac pacis*] de 1625. Pero su verdadera entrada en el derecho internacional, tal como lo entendemos hoy, comenzó con un texto que se conocería como *Sobre el botín* [*De jure praedae*], escrito veinte años antes. En este documento, Grocio justificaba jurídicamente el apoderamiento por parte de un capitán de la Compañía Neerlandesa de las Indias Orientales, a la sazón primo suyo, de un navío portugués que transportaba cobre, seda, porcelana y plata por valor de tres millones de florines –una cifra comparable a los ingresos anuales de Inglaterra en aquella época– en lo que supuso un acto de pillaje sin precedentes que causó sensación en Europa. En su decimoquinto capítulo, publicado posteriormente como *Mare Liberum*, Grocio explicaba que la alta mar debía considerarse una zona libre tanto para los Estados como para las empresas privadas armadas y que su primo había actuado conforme a derecho: proporcionaba así una base jurídica para el imperialismo comercial neerlandés, así como de Vitoria había hecho lo propio con respecto del imperialismo territorial español.

Para cuando Grocio escribió su *Tratado general sobre el derecho de guerra y de paz*, dos décadas más tarde, también los holandeses habían pasado a interesarse por las colonias terrestres y pronto arrebataron partes de Brasil a Portugal. Grocio sostuvo entonces que los europeos tenían derecho a hacer la guerra a cualquier pueblo –aunque no fueran atacados por él– cuyas costumbres consideraran bárbaras, como represalia por sus crímenes contra la ley natural. Este era el *ius gladii*, el derecho de espada o de castigo. Escribió: «Los reyes, y aquellos que están investidos de un poder igual al de los reyes, tienen derecho a aplicar castigos no solo por las injurias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también por aquellas que no les conciernen a ellos en particular, pero que son, contra cualquier persona, culpable de violaciones graves de las leyes de la naturaleza o de las naciones»⁴. Grocio ofrecía, en otras palabras, licencia para atacar, conquistar y matar a cualquiera que se interpusiera en el camino de la expansión europea.

⁴ Hugo Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, II, XI; ed. cast. *Del derecho de la guerra y de la paz*, Valladolid, 2021.

A estas dos piedras angulares del derecho internacional de comienzos de la modernidad, el *ius communicandi* y el *ius gladii*, se añadieron otras dos justificaciones para la colonización del mundo más allá de Europa. Thomas Hobbes propuso un argumento demográfico: había tanta gente en casa y tan poca en ultramar que los colonos europeos en tierras de cazadores-recolectores tenían derecho no a «exterminar a quienes encontraran allí, sino a obligarles a vivir más cerca unos de otros y a no extenderse por mucho territorio para apoderarse de lo que hallaren»⁵, lo cual constituye un programa explícito para el establecimiento de reservas en las que los habitantes nativos de Norteamérica acabarían recluidos. Obviamente, si las tierras pudieran considerarse simplemente desocupadas, incluso esto sería innecesario. A esta opinión tan extendida, John Locke añadió el argumento de que, si había habitantes locales en el lugar, pero no hacían el *mejor uso* de la tierra de la que disponían, los europeos tenían todo el derecho legal a privarles de ella, ya que cumplirían con los designios divinos al aumentar la productividad del suelo⁶. Con ello, el repertorio de justificaciones para la expansión imperial europea quedaba, a finales del siglo XVII, completo; los derechos de comunicación, de castigo, de ocupación y de producción justificaban la incautación del resto del planeta.

Reservado a los civilizados

En el siglo XVIII las relaciones entre Estados en el seno de Europa se habían convertido en el objeto principal de los escritos sobre el derecho de gentes y hubo voces de la Ilustración –Diderot, Smith, Kant, entre ellos– que cuestionaron la moralidad de las conquistas coloniales de tierras más allá de Europa, aunque ninguno propuso en realidad revertirlas. El más influyente de los nuevos tratados, *Le droit des gens*, es el del pensador suizo Emer de Vattel. En él, Vattel señalaba fríamente: «La tierra pertenece a toda la humanidad y fue concebida para proporcionarle la subsistencia: si cada nación hubiera resuelto desde el principio apropiarse de un país tan vasto como para que la gente pudiera vivir solo de la caza, la pesca y los frutos silvestres, nuestro globo no sería suficiente para mantener a una décima parte de sus habitantes actuales. Por consiguiente, no nos desviamos de la visión de la naturaleza al confinar a los indios dentro de límites más estrechos»⁷.

⁵ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford, 2012, p. 540; ed. cast. *Leviatán*, Madrid, 2018.

⁶ John Locke, *Two Treatises of Government*, II, § 32-46; ed. cast. *Dos tractos sobre el gobierno y otros escritos*, Barcelona, 2015.

⁷ En cuanto a los nómadas: «Esos pueblos (como los antiguos germanos y algunos tártaros modernos), que habitan en países fértiles pero desdeñan cultivar sus tierras

Aunque en este sentido sigue la estela de sus predecesores, la obra de Vattel marcó, no obstante, un giro discursivo hacia una versión más secular de aquellas leyes de la naturaleza decretadas por la divinidad, que justificaban las versiones anteriores del derecho de gentes. Sin desaparecer de ninguna manera, la religión dejó de ser la garantía primordial que permitía la colonización del resto del mundo. Esa posición pasó a ocuparla a partir de entonces otro término. El tratado de Vattel se publicó en 1758. Apenas un año antes, en 1757, apareció el primer uso rastreable del término *civilización* –aún ausente del volumen correspondiente de la *Encyclopédie*, que había aparecido en 1753–, en un texto del padre de Mirabeau. A los pocos años, Adam Ferguson lo introduciría, de forma independiente, en Escocia.

El éxito de la obra de Vattel, que trata principalmente de las relaciones entre los Estados europeos, pero también de las relaciones de estos últimos con el resto del mundo, es inseparable de su coyuntura histórica. Apareció en medio del primer conflicto mundial, la Guerra de los Siete Años, que enfrentó a Francia y Gran Bretaña y se libró no solo en Europa, sino también en América del Norte, el Caribe, el Océano Índico y el sudeste asiático. A su vez, fue un ensayo general de las luchas titánicas desencadenadas en el seno de Europa, con sus repercusiones a escala mundial, provocadas por la Revolución Francesa. Cuando estas llegaron a su fin con la victoria de los *anciens régimes* coaligados contra Napoleón en 1815, se habían producido tres cambios significativos en lo que había sido el derecho de gentes. En 1789, criticando la ambigüedad de la fórmula –¿acaso *jus gentium* no era un término equivocado para *jus inter gentes*?–, Bentham acuñó el término «derecho internacional», que se fue imponiendo gradualmente en el siglo siguiente. Para entonces, la línea divisoria normativa entre Europa y el resto del mundo había pasado a ser la «civilización» y no principalmente la religión cristiana, aunque esta última seguía siendo un atributo vital de la primera.

Por último, en la segunda década del siglo XIX, donde Vattel, de acuerdo con las convenciones diplomáticas de la época, había asumido la igualdad nominal de los Estados soberanos, el Congreso de Viena introdujo por primera vez una jerarquía formal de Estados *en el seno* de Europa, que suponía la distinción de rango entre las cinco «Grandes potencias»

y prefieren vivir del saqueo, son deficientes para sí mismos, son perjudiciales para todos sus vecinos y merecen ser extirpados como bestias salvajes y perniciosas», VII, § 81. Emer de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle*, XVIII, § 209.

–la llamada pentarquía, integrada por Inglaterra, Rusia, Austria, Prusia y Francia–, que establecían el mapa del continente y gozaban de privilegios especiales, y todos los demás Estados. Se trataba de una innovación destinada a sellar la unidad de la coalición contrarrevolucionaria que había derrotado a Napoleón y restaurado las monarquías en toda Europa, pero duró más que el propio periodo de la Restauración. En la década de 1880, el destacado jurista escocés James Lorimer podía afirmar que la igualdad de los Estados «puede decirse ahora, sin temor a equivocarse, que ha sido repudiada por la historia», por no hablar de la razón, como una «ficción más transparente que la igualdad de todos los individuos»⁸.

Junto con estos cambios surgió, de la mano de la diplomacia clásica, el derecho internacional como profesión. Su primera manifestación importante fue la de un antiguo embajador estadounidense en Prusia, Henry Wheaton, cuyos *Elementos de derecho internacional*, publicados en 1836, se tradujeron ampliamente en el extranjero –en francés, alemán, italiano, español y, en la década de 1860, en chino– y fijaron el punto de referencia para la definición de la disciplina. Citando a Grocio, Leibniz, Montesquieu y otros autores, Wheaton explicaba que, con pocas excepciones, «el derecho público de las naciones siempre ha estado, y sigue estando, limitado a los pueblos civilizados y cristianos de Europa o a los de origen europeo», ya que fue «el progreso de la civilización, basado en el cristianismo», lo que lo había generado⁹. Cuando en 1873 se creó el primer Institut de Droit International en Bruselas, ya no era necesaria la asociación con la religión: bastaba con la civilización.

Clasificaciones

Esta fue la norma que dividió el mundo en un periodo que fue testigo de la intrusión del imperialismo europeo, ya no en tierras de oponentes débiles –cazadores-recolectores o Estados sin armas de fuego, como en las Américas, que habían dado lugar a los escritos de Vitoria o Grocio, Locke o Vattel–, sino en grandes imperios asiáticos y otros Estados desarrollados, más capaces de defenderse. Esta oleada expansionista ya había comenzado durante las guerras napoleónicas, cuando los británicos se apoderaron de gran parte de la India mogol y maratha y los franceses

⁸ James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, Edimburgo y Londres, 1883, vol. I, pp. 44, 170.

⁹ Henry Wheaton, *Elements of International Law*, Londres, 1836, pp. 16-17, 21; ed. cast.: *Elementos del derecho internacional*, Londres, 2018.

ocuparon el Egipto otomano, pero a partir de 1815 se intensificó notablemente al hilo de las Guerras del Opio en China, la penetración naval en Japón, la conquista de Birmania, Indochina y de la mayor parte de lo que hoy es Indonesia, por no hablar de todo el litoral del norte de África, las repetidas invasiones de Afganistán, etcétera.

¿Cómo había que clasificar y tratar a estos Estados? ¿Tenían los mismos derechos que las potencias europeas? Tácitamente, el Congreso de Viena había dado su respuesta: del Concierto de Potencias al que dieron origen sus procedimientos quedaba excluido el Imperio Otomano, contra el que el propio Concierto acabaría fracasando. Al principio, esa exclusión podía seguir haciendo referencia a cuestiones de fe, pero en su lugar se desarrolló en décadas posteriores la doctrina del «estándar de la civilización»: solo los Estados que podían considerarse civilizados a ojos europeos tenían derecho a ser tratados en pie de igualdad con las potencias de Europa. Al igual que ahora existía una jerarquía aceptada dentro de la comunidad de naciones europeas, el mundo no civilizado también se dividía en diferentes categorías. Lorimer produjo la teorización más sistemática de esta nueva doctrina, que se convirtió en una característica aceptada de los escritos sobre derecho internacional de la época. Había tres tipos de Estados que no satisfacían el estándar de la civilización: los Estados criminales –lo que hoy llamaríamos Estados ilegales o canallas– como la Comuna de París o las sociedades musulmanas fanáticas y si Rusia hubiera caído presa del nihilismo, se habría unido a sus filas. Existían luego los Estados «semibárbaros», como China o Japón, que no desafiaban las normas civilizadas europeas de la misma manera, pero que tampoco las encarnaban. Y había Estados seniles o imbéciles, que no podían ser tratados como agentes responsables y a los que hoy se llamaría «Estados fallidos». Ninguna de estas categorías formaba parte de la sociedad internacional propiamente dicha, y la primera y la tercera requerían la represión armada por parte de esta: «el comunismo y el nihilismo están prohibidos por el derecho de gentes», explicaba Lorimer. Sin embargo, sí podían mantenerse relaciones diplomáticas con el segundo grupo, el de los Estados semibárbaros, siempre que las potencias europeas adquirieran derechos extraterritoriales dentro de ellos¹⁰.

Lorimer escribía en vísperas de la Conferencia de Berlín de 1884, que decidió el destino de África así como el Congreso de Viena había hecho

¹⁰ J. Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, cit., pp. 123-133, 155-161.

con el destino de Europa, con un vasto reparto del botín colonial entre los Estados europeos reunidos. La mayor parte del botín fue adquirido por el país sede de la nueva disciplina del derecho internacional bajo la forma de una empresa privada controlada por el rey de Bélgica. En Bruselas, el Institut de Droit International celebró la adquisición, mientras su revista declaraba en 1895 que bajo el gobierno de Leopoldo existía «un corpus completo de legislación, cuya aplicación protege a los pueblos indígenas contra todas las formas de opresión y explotación»¹¹. Las estimaciones sobre el número de muertes que causó su reinado en el Congo varían: algunas llegan hasta los 8 o 10 millones de habitantes asesinados.

A finales de siglo, cinco Estados asiáticos –China, Japón, Persia, Siam y Turquía– habían pasado del estatus de semibárbaros a ser admitidos en la primera Conferencia de Paz de La Haya, convocada por el zar de Rusia en 1899, junto con diecinueve países europeos, Estados Unidos y México. ¿Significaba esto una nueva igualdad de estatus? En la segunda Conferencia de La Haya celebrada en 1907, convocada esta vez por Theodore Roosevelt, la participación se amplió para incluir a las repúblicas de América Central y del Sur, así como a las monarquías de Etiopía y Afganistán. La principal propuesta de la conferencia fue la creación de un Tribunal Internacional de Arbitraje. ¿Quién iba a estar representado en el mismo? Estados Unidos y las principales potencias europeas dieron por sentado que *ellas* designarían a los miembros permanentes del Tribunal, mientras que la representación de terceros países sería meramente temporal y rotatoria. Para su asombro e indignación, Brasil, en la persona del distinguido pensador y estadista antiesclavista Rui Barbosa, atacó el esquema anglo-alemán-estadounidense que estipulaba esto, declarando que destilaba «una justicia cuya naturaleza se caracterizaría por una distinción jurídica de valor entre los Estados», y asegurando que «las potencias ya no serían formidables solo por el peso de sus ejércitos y sus flotas. Tendrían también la superioridad de derecho en la magistratura internacional, arrogándose una posición privilegiada en las instituciones a las que pretendemos confiar la administración de la justicia otorgada a las naciones»¹².

¹¹ Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, 2001, p. 160; ed. cast. *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, Buenos Aires, 2005.

¹² «Hasta ahora, los Estados, por muy diversos que fueran por su extensión territorial, su riqueza y su poder, compartían pese a todo un baremo y un punto de referencia moral, que era su soberanía nacional. Arraigada en esta convención, su igualdad jurídica podía establecerse de manera inmovible. En esta fortaleza de

En su defensa a ultranza del principio de igualdad jurídica de todos los Estados soberanos, Barbosa recabó el apoyo de lo que un observador europeo denominó la «oclocracia de los Estados menores» –término griego clásico para referirse al gobierno de la plebe– para insistir en que el futuro Tribunal Internacional debía ofrecer una representación igualitaria, no jerárquica, a los Estados convocados. Naturalmente, las grandes potencias se negaron a aceptarlo y la Conferencia se disolvió sin obtener resultados. Siete años más tarde, con el estallido de la Primera Guerra Mundial, se puso de manifiesto la futilidad de su objetivo nominal de contribuir a la paz internacional.

El principio de jerarquía

Al final de la guerra, las potencias vencedoras –Inglaterra, Francia, Italia y Estados Unidos– convocaron la Conferencia de Versalles para dictar las condiciones de paz a Alemania, redibujar el mapa de Europa Oriental, dividir el Imperio Otomano y –no menos importante– crear un nuevo organismo internacional dedicado a la «seguridad colectiva» para garantizar el establecimiento de una paz y una justicia duraderas entre los Estados, bajo la forma de la Sociedad de Naciones. En Versalles, Estados Unidos no solo se aseguró de que Rui Barbosa quedara excluido de la delegación brasileña, sino de que la doctrina Monroe –la presunción explícita por parte de Washington de su dominio sobre América Latina– se incorporara de hecho al Convenio de la Sociedad de Naciones como instrumento de paz. Se creó en La Haya un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, cuyo Artículo 38 seguía invocando «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas». Entre los redactores de sus estatutos se encontraba el autor de una defensa de 600 páginas del admirable historial de la administración belga en el Congo.

Aunque el Senado estadounidense rechazó finalmente la entrada de Estados Unidos en la Sociedad de Naciones, el diseño de la nueva organización reflejaba fielmente las exigencias de las potencias vencedoras, ya que su Consejo Ejecutivo –el predecesor del actual Consejo de Seguridad de la ONU– estaba controlado por las otras cuatro grandes potencias del bando vencedor de la Primera Guerra Mundial, Gran Bretaña, Francia,

un derecho igual para todos e igualmente inviolable, inalienable e incontrovertible, cada Estado, grande o pequeño, se sentía tan dueño de sí mismo e incluso tan seguro con respecto a los demás, como el ciudadano libre se siente dentro de los muros de su propio hogar», *The Proceedings of the Hague Conferences*, Nueva York, 1921, vol. II, pp. 645, 647.

Italia y Japón, a las que se concedió la condición de miembros permanentes exclusivos, siguiendo el modelo del plan estadounidense de la Conferencia de La Haya de 1907. Ante esta flagrante imposición de un orden jerárquico en la Sociedad, Argentina se negó a participar en ella desde el principio como lo hizo unos años más tarde Brasil al ser rechazada su demanda de que se concediera a un país latinoamericano un puesto permanente en el Consejo. A finales de la década de 1930, no menos de otros ocho países latinoamericanos, grandes y pequeños, se habían retirado. Sin inmutarse, el principal libro de texto de la época sobre derecho internacional, todavía ampliamente utilizado hoy en día, atribuido a Lassa Oppenheim y Hersch Lauterpacht, señalaba con satisfacción que «las grandes potencias son los líderes de la familia de las naciones y cada avance del derecho internacional en el pasado ha sido el resultado de su hegemonía política», que ahora había recibido en el Consejo de la Sociedad de Naciones, por primera vez, una «base y expresión jurídica» formales¹³.

Lauterpacht, cuyos logros se consideran ampliamente como no superados por ningún jurista internacional del siglo xx, sigue siendo en el xxi la piedra de toque de la jurisprudencia liberal. Las quejas de que potencias como Estados Unidos o el Reino Unido se comportaban mal cuando les convenía no eran objeto de su consideración. «¿Acaso nos enfrentamos –se preguntaba acerca de la política exterior estadounidense– a ejemplos de conducta claramente inmoral que harían sonrojar al ciudadano de a pie?». La separación de Panamá de Colombia pudo haber sido ilegal, pero, ¿podría calificarse de inmoral? ¿No se trataba más bien de «un caso en el que un Estado, en ausencia de un legislador internacional, ha

¹³Lassa Oppenheim, *International Law* (quinta edición), Londres, 1937, pp. 224-225. Oppenheim, un rico inmigrante de Hesse con una cátedra en Cambridge, publicó las dos primeras ediciones del libro (1909 y 1912) antes de la Primera Guerra Mundial y murió en 1919, habiendo completado en gran parte la tercera (1920). Cuando apareció la quinta edición en 1937, el libro ya no era suyo. Lauterpacht, su editor, explicaba en el prefacio que había «considerado oportuno, en muchas ocasiones, exponer puntos de vista que difieren de los propuestos en las ediciones anteriores de este tratado». Sobre todo, al suprimir la afirmación inequívoca de Oppenheim, que ahora seguía a su descripción original de las Grandes Potencias, de que la Sociedad de Naciones no había «convertido su hegemonía política en una hegemonía jurídica, ya que esta preponderancia solo es fruto de su influencia política» (tercera edición, p. 200), y al insertar su contrario: que la Sociedad había dotado a su hegemonía de un «fundamento y una expresión jurídicas» (quinta edición, p. 225). Hasta aquí el escrúpulo filológico, y no digamos probatorio, en la exposición del derecho internacional. En todas las ediciones posteriores del tratado, Lauterpacht se había convertido en su coautor.

sido llamado a actuar como legislador por el bien general de la comunidad internacional? La cuestión era si una empresa benéfica y civilizadora debía ser retrasada u obstruida por un Estado que casualmente estaba en posesión del territorio en cuestión». ¿Y el bombardeo británico de Copenhague, capital de una Dinamarca pacíficamente neutral, en 1807 y la destrucción de su flota? Si «la existencia misma de Gran Bretaña estaba en juego», un ataque tan repentino «no habría sido incompatible ni con el derecho internacional ni con la moral internacional», ya que «el derecho y la moral pueden legítimamente ceder ante el bien de la comunidad internacional» (sinónimo de la derrota de Francia)¹⁴.

Lauterpacht dejaría a otros la tarea de demostrar «la sensatez y la rectitud» de las relaciones de su país con la humanidad en general, adhiriéndose a principios sin los cuales «dejaría de formar parte del mundo civilizado». Pero podía «afirmar con seguridad que un examen de la política exterior de los Estados modernos demostrará que la inmoralidad de la conducta internacional es algo parecido a un mito», una «ficción». Tal veredicto no era panglosiano. Bien es cierto que la jurisprudencia necesaria tenía algunas lagunas que había que subsanar, pero eso no era razón para el pesimismo: «El derecho internacional debe considerarse incompleto y en estado de transición hacia el ideal finito y alcanzable de una sociedad de Estados bajo el imperio vinculante de la ley, tal y como lo reconocen y practican las comunidades civilizadas dentro de sus fronteras»¹⁵. El

¹⁴ Hersch Lauterpacht, *International Law. Collected Papers. Vol II, The Law of Peace*, Cambridge, 1975, pp. 72-73, 83.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 28, 73, 75, 19. Ferviente sionista en su juventud, que no abandonó en absoluto la causa de Israel, país para el que llegó a redactar una Declaración de independencia, Lauterpacht evitó implicarse directamente en actividades políticas de cualquier tipo tras llegar a Inglaterra en 1923. Sin embargo, intelectualmente sus preocupaciones originales persistieron. En 1927 compuso una serie de reflexiones sobre «Some Biblical Problems of the Law of War» en las que distinguía entre las campañas de los Hijos de Israel, que eran por mandato divino, y las meramente permitidas por Dios. Las primeras implicaban el exterminio de todos aquellos contra los que se libraban guerras santas, hombres, mujeres y niños: «No dejarás nada que respire». Las segundas dejaban margen, sin tampoco estipularlo necesariamente, para un trato más suave. Cualesquiera que fuesen las atrocidades de las primeras, observa Lauterpacht, se trataba de «guerras religiosas de una pureza sin parangón en la Antigüedad». Al conquistar Canaán, «los israelitas fueron a someter y exterminar a esos pueblos en cumplimiento, creían ellos, del juicio de Dios, no por motivos egoístas». El carácter más indulgente, aunque menos codificado, de las guerras permitidas ofrecía una diferencia cuya influencia, de acuerdo con Lauterpacht, podría rastrear en la influencia rabínica sobre las doctrinas cristianas medievales de la guerra justa e injusta, que, con la llegada de la Sociedad de Naciones, encontrarían su lugar en el derecho internacional moderno, véase

objetivo último y perfectamente factible del derecho internacional era la aparición de una Federación del Mundo supranacional dedicada a la paz. El colega de Lauterpacht, Alfred Zimmermann, otro pilar intelectual de la Liga, compartía sus elevados principios pero era más realista y llegó a confesar en un momento de descuido que el derecho internacional era poco más que «un nombre decoroso para la conveniencia de las cancillerías», que era más útil cuando «encarnaba un matrimonio armonioso entre el derecho y la fuerza»¹⁶.

Palabras y espadas

Esta fue la postura predominante durante el periodo de entreguerras. De la Segunda Guerra Mundial surgió una nueva situación. Con gran parte del continente en ruinas o endeudado, la primacía de Europa había desaparecido. Cuando se fundaron las Naciones Unidas en San Francisco en 1945, el principio de jerarquía heredado de la Sociedad de Naciones se mantuvo en el nuevo Consejo de Seguridad, cuyos miembros permanentes gozaban de poderes aún mayores que sus predecesores en el Consejo Ejecutivo de antaño, ya que ahora poseían derecho de veto. Pero el monopolio occidental de este privilegio se había roto: la URSS y China pasaron a ser miembros permanentes –junto con Estados Unidos y unas disminuidas Gran Bretaña y Francia–, y a medida que se aceleraba la descolonización en las dos décadas siguientes, la Asamblea General se convirtió en un foro del que emanarían resoluciones y demandas cada vez más incómodas para la superpotencia estadounidense y sus aliados.

Carl Schmitt, analizando el panorama en 1950 en su imponente retrospectiva *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del jus publicum europaeum*, observó que en el siglo XIX: «El concepto de derecho internacional era el de un derecho internacional específicamente *europaeo*. Esto era evidente en el continente europeo, especialmente en Alemania. Lo mismo ocurría con conceptos universales de alcance mundial como *humanidad*, *civilización* y *progreso*, que determinaban los conceptos generales, la teoría y el vocabulario de los diplomáticos. Todo el panorama seguía siendo eurocéntrico hasta la médula, ya que por “humanidad” se entendía, sobre todo, la *humanidad europea*, la *civilización* era, evidentemente,

Hersch Lauterpacht, *International Law. Collected Papers. Vol. v, Disputes, War and Neutrality*, Cambridge, 2004, pp. 717-723.

¹⁶ Alfred Zimmermann, *The League of Nations and the Rule of Law (1918-1935)*, Londres, 1977, pp. 94, 95.

solo la civilización *europaea*, y el progreso era el desarrollo lineal de esta civilización». Pero, proseguía Schmitt, después de 1945, «Europa ya no era el centro sagrado de la tierra», y la creencia en «la civilización y el progreso se había reducido a una mera fachada ideológica». «Hoy – anunciaba – el antiguo orden eurocéntrico del derecho internacional está desapareciendo. Con él se desvanece el antiguo *nomos* de la tierra, nacido del descubrimiento inesperado, como salido de un cuento de hadas, de un Nuevo Mundo, un acontecimiento histórico irrepetible»¹⁷. El derecho internacional nunca había sido verdaderamente internacional. Lo que se había proclamado como universal era meramente particular. Lo que hablaba en nombre de la humanidad era el imperio.

Después de 1945, como comprendió bien Schmitt, el derecho internacional dejó de ser una criatura de Europa. Pero Europa, por supuesto, no desapareció. Simplemente quedó subsumida en otra de sus propias extensiones de ultramar, Estados Unidos, dejando abierta la pregunta: ¿hasta qué punto el derecho internacional ha seguido siendo desde 1945 una criatura, ya no de Europa, sino de Occidente, con la superpotencia estadounidense a la cabeza? Cualquier respuesta a esta pregunta remite a otra. Dejando a un lado sus *orígenes* históricos, ¿cuál es la *naturaleza* jurídica del derecho internacional como tal? Para sus primeros teóricos activos en la Europa de los siglos XVI y XVII, la respuesta estaba clara. El derecho de gentes se basaba en el derecho *natural*, es decir, en un conjunto de decretos ordenados por Dios, que ningún mortal podía cuestionar. En otras palabras, la deidad cristiana era la garantía de la objetividad de sus proposiciones jurídicas.

En el siglo XIX, la creciente secularización de la cultura europea fue socavando gradualmente la credibilidad de este fundamento religioso del derecho internacional. En su lugar surgió la afirmación de que el derecho natural seguía siendo válido, pero ya no como mandamiento divino, sino como expresión de una *naturaleza humana* universal, que todos los seres humanos racionales podían y debían reconocer. Esta idea, sin embargo, pronto se hizo vulnerable a su vez por el desarrollo de las disciplinas de la antropología y la sociología comparadas, que demostraron la enorme variedad de costumbres y creencias verificables a lo largo de la historia y a lo largo y ancho del mundo, lo cual contradecía

¹⁷ Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlín, 1950, pp. 199-201, 4; ed. cast. *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del Jus Publicum Europaeum*, Madrid, 1979.

cualquier universalidad de ese tipo. Pero, si ni la divinidad ni la naturaleza humana podían ofrecer un fundamento seguro para el derecho internacional, ¿cómo debía concebirse este entonces?

La respuesta a esta pregunta solo podía buscarse en otra precedente: ¿cuál era la naturaleza del propio derecho? A este respecto, el mayor pensador político del siglo XVII –o quizá de cualquier otro siglo–, Thomas Hobbes, había dado una respuesta clara en la versión latina de su obra maestra *Leviathan*, publicada en 1668: *sed auctoritas non veritas facit legem*; no es la verdad, sino la autoridad la que hace la ley, o como dijo en otro lugar: «Los pactos, sin la espada, no son más que palabras»¹⁸. Con el tiempo, esto se conocería como la «teoría del mandato del derecho» [*command theory of law*]. Esa teoría fue obra, dos siglos más tarde, de John Austin, un lúcido amigo y seguidor de Bentham, que admiraba a Hobbes por encima de todos los demás pensadores y que, al mostrarse de acuerdo en que «toda ley es un mandato», vio lo que eso significaba para el derecho internacional. Austin llegó a la siguiente conclusión: «El llamado derecho de gentes consiste en opiniones o sentimientos vigentes generalmente entre las naciones. Por lo tanto, *no es derecho propiamente dicho* [...] [porque] una ley establecida por la opinión general implica las siguientes consecuencias: que la parte que la aplicará contra cualquier transgresor futuro nunca está determinada ni es asignable»¹⁹.

Palabras cruciales: nunca está determinada ni es asignable. ¿Por qué? Austin proseguía: «De ello se deduce que el derecho que rige entre las naciones no es derecho positivo; porque todo derecho positivo es establecido por un soberano asignable a una persona o personas en estado de sujeción al autor»; pero, puesto que en un mundo de Estados soberanos «ningún gobierno supremo se halla en estado de sujeción a otro», de ello se deduce que el derecho de gentes «no está armado con una sanción ni impone un deber en la acepción correcta de estas expresiones, dado que una sanción propiamente dicha es un mal que va anejo a una orden»²⁰. En otras palabras, en ausencia de toda autoridad determinable capaz de adjudicarla o hacerla cumplir, el derecho internacional deja de ser derecho y se convierte en mera opinión.

¹⁸ Thomas Hobbes, *Leviathan* (texto en latín), XXVI, Oxford, 2012, p. 431; (texto en inglés), XVII, p. 254.

¹⁹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, 1832, p. 148; ed. cast.: *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, 2002.

²⁰ *Ibid.*, pp. 208, 148-149.

Esta fue, y es aún hoy, una conclusión profundamente chocante para la perspectiva liberal de la inmensa mayoría de los juristas y abogados internacionales contemporáneos. Lo que a menudo se olvida es que fue compartida por el mayor filósofo liberal del siglo XIX, el mismísimo John Stuart Mill, que revisó y aprobó en dos ocasiones las conferencias de Austin sobre jurisprudencia. En respuesta a los ataques a la política exterior de la efímera República Francesa en 1849, que había ofrecido ayuda a una Polonia insurgente, escribió: «¿Qué es el derecho de gentes? Algo a lo que llamar derecho es una aplicación errónea del término. El derecho de gentes es sencillamente la costumbre de las naciones». ¿Acaso eran estas –se preguntaba Mill– «el único tipo de costumbres que, en una época de progreso, no son susceptibles de ser mejoradas? ¿Solo ellas deben permanecer inalteradas, mientras todo cambia a su alrededor?». Al contrario, concluye enérgicamente, en un espíritu que Marx habría aprobado: «Una asamblea legislativa puede derogar leyes, pero no existe un Congreso de naciones que prive de efecto a las costumbres internacionales, ni una fuerza común que haga vinculantes las decisiones de dicho Congreso. La mejora de la moralidad internacional solo puede tener lugar mediante una serie de violaciones de las normas existentes [...]. [Allí donde] solo existe una costumbre, la única forma de alterarla es actuar en oposición a ella»²¹.

Doblemente indeterminado

Mill escribía en un espíritu de solidaridad revolucionaria en una época en la que el derecho internacional era poco más que una frase piadosa invocada por los gobiernos para justificar cualquier acción que les conviniera: carecía de dimensión institucional y los abogados internacionales aún no existían. A principios de la década de 1880, Salisbury aún podía decir sin rodeos en el Parlamento: «El derecho internacional no existe en el sentido en que suele entenderse el término derecho. Depende generalmente de los prejuicios de los escritores de los textos de la disciplina y no puede ser aplicado por ningún tribunal»²². Un siglo más tarde, sin embargo, la institucionalización estaba en pleno apogeo: existía la Carta de las Naciones Unidas, un Tribunal Internacional de Justicia, un cuerpo de abogados profesionales y una disciplina académica en expansión. A partir de la década de 1940, una considerable literatura –de la que Hans Kelsen y Herbert Hart son los nombres más destacados– trató

²¹ John Stuart Mill, *Collected Works*, Toronto, 2006, vol. xx, pp. 345-346.

²² Lord Salisbury, *Speech in the House of Lords*, 25 de julio de 1887.

de refutar a Austin señalando todas aquellas dimensiones del derecho, nacional o internacional, que no pueden describirse como mandatos²³. Todo en vano, puesto que ningún autor ha sido capaz de demostrar que estas dimensiones puedan eximir al derecho de estar respaldado por una autoridad soberana capaz de hacerlo cumplir bajo pena de infracción, como condición no exhaustiva, pero siempre *necesaria*, de su existencia como derecho. Todo lo demás es, como dijo Austin, mera metáfora.

En la coyuntura de entreguerras fue de nuevo Carl Schmitt, la antítesis de un pensador liberal, quien señaló la perenne validez de las tesis de Austin. En una serie de demoliciones mordaces de las pretensiones de la Sociedad de Naciones y de su Tribunal Internacional, Schmitt demostró que el imperio de la ley imparcial que afirmaban defender era invariablemente indeterminado, tal y como Austin había predicho que debía ser. Y por partida doble: indeterminado en cuanto a su *contenido*, como en el caso de las reparaciones completamente indefinidas impuestas a

²³ Véase Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (MA), 1945, pp. 30-37, 62-64, 71-74, 77-83 [ed. cast. *Teoría general del derecho y del Estado*, Ciudad de México, 1995]; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 18-79, y sobre el derecho internacional, pp. 208-231 [ed. cast. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 2011] (véase también Terry Nardin, *Law, Morality and the Relations of States*, Princeton (NJ), 1983, pp. 116-186). Kelsen, como cabía esperar, era un estudioso de los textos más cuidadoso que Hart y sus referencias a Austin son menos desaliñadas; pero el rechazo de Austin por parte del segundo iba a ser más influyente a pesar de las severas limitaciones de *The Concept of Law*, bien señaladas por su perspicaz colega Brian Simpson, las cuales remitían al provincianismo complaciente de la cohorte de posguerra a la que Hart pertenecía. Considerándose a sí mismo más un filósofo, si bien en cierto sentido frustrado, que un jurista, a Hart no le interesaba especialmente la historia del derecho, el derecho comparado o ni siquiera el propio *common law* o derecho común anglosajón, y carecía de experiencia en su aplicación. «Un abogado que, como Hart, ejercía en la *Chancery division*, que se ocupa fundamentalmente de cuestiones mercantiles, societarias, fiscales, de propiedad intelectual, financieras y testamentarias, bien podría no haber visto en toda su carrera el uso de la violencia coercitiva para apoyar el Estado de derecho», observó Simpson. «En consecuencia, Hart nunca ofreció ni la más somera explicación de la forma en que el orden jurídico se apoya en la fuerza coercitiva». Ignoró por completo la cuestión de los derechos humanos, así como los puntos de vista marxistas o cualquier otro planteamiento del derecho contaminado por la iconoclasia –por ejemplo, que era natural que el derecho «promoviera los intereses de la clase dominante, o, en el mundo global, los de los países dominantes y mantuviera al lumpenproletariado en la sumisión y la pobreza–, cuando «solo hay que mirar alrededor para ver que tales puntos de vista no pueden rechazarse de plano», A. W. Brian Simpson, *Reflections on "The Concept of Law"*, Oxford, 2004, pp. 160-164, 168, 178, 180-181. Estos fueron los juicios de un amigo y admirador de Hart, autor de un ensayo apreciativo de la biografía, afectuosa pero no acrítica, que Nicola Lacey dedicó a este, A. W. Brian Simpson, «Herbert Hart Elucidated», *Michigan Law Review*, mayo de 2006, pp. 1437-1459.

Alemania en Versalles, que las potencias vencedoras podían ajustar a su antojo, en un auténtico *Abgrund der Unbestimmtheit* [abismo de incertidumbre]²⁴; e indeterminado, «inasignable», en palabras de Austin, en cuanto a su *ejecución*, que dependía simplemente de la decisión de las potencias al mando de la Sociedad de Naciones y de su Tribunal. La doctrina de la «no intervención», con la que Inglaterra y Francia garantizaron la victoria del fascismo en España, ofrecía otro caso clásico de tal indeterminación y la ilustración más elocuente de la famosa sentencia de Talleyrand de que «la no intervención es un término metafísico que viene a significar más o menos lo mismo que la intervención».

La esencia del derecho internacional que nació después de 1918, y con cuya evolución seguimos viviendo hoy en día, fue lo que Schmitt identificó como su carácter fundamentalmente *discriminatorio*²⁵. Las guerras emprendidas por las potencias liberales que dominaban el sistema eran acciones policiales desinteresadas que defendían el derecho internacional, mientras que las guerras emprendidas por cualquier otro eran empresas criminales que violaban el derecho internacional. Lo que prohibían a los demás, las potencias liberales se reservaban la libertad de hacerlo ellas mismas. Históricamente, señalaba Schmitt, la prolongada conducta de Estados Unidos en el Caribe y Centroamérica había sido pionera en este modelo.

Práctica

El mundo en el que ahora vivimos ha sido testigo de una vasta expansión y proliferación de lo que pasa por ser derecho internacional, ampliando el diagnóstico de Schmitt en dos direcciones. Por un lado, se ha desarrollado una categoría de derecho, que es una ilustración tan perfecta de la caracterización de Austin del derecho de gentes que él mismo apenas podría haber soñado con ella: la noción de un derecho que no es, según la terminología técnica, «justiciable», es decir, que ni siquiera pretende tener en el mundo real fuerza de ejecución alguna detrás de él, siendo simplemente una aspiración nominal o, dicho en otras palabras, opinión

²⁴ Carl Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*. 1923-1939, Berlín, 1988, p. 3.

²⁵ Carl Schmitt, *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, Berlín, 1988, pp. 41 y ss. Para Schmitt, Wilson había sido el pionero de esta innovación en la Primera Guerra Mundial. Entre los principales juristas que él consideraba que la habían desarrollado durante el periodo de entreguerras se contaban Georges Scelle en Francia y Lauterpacht en Gran Bretaña.

pura y simple enunciado dicho en los términos de Austin; pero que, sin embargo, los juristas denominan solemnemente derecho. Por otra parte, el número de acciones emprendidas por las grandes potencias a su antojo, ya sea *en nombre* del derecho internacional o *desafiándolo* –indeterminación sin límites–, ha aumentado exponencialmente. La agresión no es monopolio de la potencia hegemónica; se han lanzado guerras de invasión sin consultar, en subrepticia colusión o franca colisión con el derecho internacional: Inglaterra y Francia contra Egipto, China contra Vietnam, Rusia contra Ucrania; por no hablar de potencias menores: Turquía contra Chipre, Iraq contra Irán, Israel contra Líbano. Ninguna de estas acciones está exenta de un veredicto histórico severo, pero ese veredicto es necesariamente político, no jurídico. Desde 1945 las guerras de este orden rara vez o nunca han invocado el derecho internacional entre las justificaciones alegadas en su defensa (en 1956, los intentos anglo-franceses de hacerlo no hicieron mella en Washington). Esa es la prerrogativa de la potencia hegemónica y sus auxiliares en cualquier operación común.

Basten algunos ejemplos. En el momento mismo de la fundación de la más alta encarnación oficial del derecho internacional, a saber, las Naciones Unidas, cuya Carta consagra la soberanía y la integridad de sus miembros, Estados Unidos estaba dedicado a la tarea de violarlas a conciencia. En una base del ejército ubicada en el antiguo fuerte español, a pocos kilómetros de la conferencia inaugural que creó las Naciones Unidas en San Francisco en 1945, un equipo especial de la inteligencia militar estadounidense interceptaba todo el tráfico por cable de los delegados a sus países de origen; los mensajes descodificados aterrizaban en la mesa del desayuno del secretario de Estado estadounidense Stettinius a la mañana siguiente. El oficial a cargo de esta operación de vigilancia prolongada durante las veinticuatro horas del día informó de que «la sensación en el Departamento es que el éxito de la Conferencia puede deberse en gran medida a su contribución»²⁶. ¿Qué significaba el éxito en este caso? El historiador estadounidense que describe este espionaje sistemático se alegra de que «Stettinius presidiera una empresa que su país ya estaba dominando y moldeando», ya que la ONU fue «desde el principio un proyecto de Estados Unidos, ideado por el Departamento de Estado, guiado por dos presidentes expertos e impulsado por el poder estadounidense [...]. Para una nación legítimamente orgullosa de sus

²⁶ Stephen Schlesinger, *Act of Creation: The Founding of the United Nations*, Boulder (CO), 2003, p. 331.

innumerables logros» –el más reciente, el lanzamiento de bombas atómicas sobre Japón–, «esta proeza única debería figurar siempre entre las primeras de su ilustre lista»²⁷.

Sesenta años después, las cosas no habían cambiado. La Convención de las Naciones Unidas de 1946 establece que «Las sedes de las Naciones Unidas son inviolables. La propiedad y los bienes de las Naciones Unidas, dondequiera que se encuentren y quienquiera que los tenga en su poder, estarán exentos de registro, requisa, confiscación, expropiación y cualquier otra forma de injerencia, ya sea por acción ejecutiva, administrativa, judicial o legislativa». En 2010 se reveló que la esposa de Clinton, entonces secretaria de Estado, había ordenado a la CIA, al FBI y al servicio secreto de Estados Unidos que vulneraran los sistemas de comunicación, apropiándose de contraseñas y claves de cifrado del secretario general de la ONU, junto con los embajadores de los otros cuatro miembros permanentes del Consejo de Seguridad, para obtener los datos biométricos, los números de tarjetas de crédito, las direcciones de correo electrónico e incluso los números de viajero frecuente de «funcionarios clave de la ONU, incluidos subsecretarios, jefes de agencias especializadas y asesores principales, ayudantes de alto nivel del secretario general, jefes de operaciones de paz y de misiones políticas sobre el terreno»²⁸. Naturalmente, ni la señora Clinton ni el Estado estadounidense pagaron precio alguno por su descarada violación de un derecho internacional, que supuestamente protege a la propia ONU, sede oficial de dicho derecho.

¿Y qué hay de la justicia internacional, que el derecho internacional pretende defender? El Tribunal de Tokio de 1946-1948, organizado por Estados Unidos para juzgar a los líderes militares de Japón por crímenes de guerra, excluyó al emperador Showa del juicio para facilitar la ocupación estadounidense del país y trató las pruebas con tal desprecio por las garantías procesales que el juez indio del Tribunal, en un escrito condenatorio de mil páginas, observó que los juicios de Tokio equivalían a poco más que «una oportunidad para que los vencedores tomaran represalias», declarando que «solo una guerra perdida es un crimen»²⁹. El juez neerlandés del Tribunal admitió con franqueza: «Por supuesto, en Japón todos éramos conscientes de los bombardeos y los incendios de Tokio,

²⁷ *Ibid.*, pp. 174, XIII.

²⁸ La instrucción se envió por cable en julio de 2009.

²⁹ Radhabinod Pal, *Dissentient Judgement*, Tokio, 1999.

Yokohama y otras grandes ciudades. Fue horrible que fuéramos allí con el propósito de reivindicar las leyes de la guerra y, sin embargo, viéramos todos los días cómo los Aliados las habían violado de forma espantosa», lo cual constituye una ilustración literal de la concepción discriminatoria de la ley postulada por Schmitt³⁰. Las sucesivas guerras estadounidenses que siguieron en Asia Oriental, primero en Corea y luego en Vietnam, estuvieron plagadas, como han demostrado los historiadores estadounidenses, de atrocidades de todo tipo. Naturalmente, ningún Tribunal ha exigido rendición de cuentas alguna por esos hechos.

Desde entonces, ¿ha cambiado algo? En 1993 el Consejo de Seguridad de la ONU creó un Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia con el fin de juzgar a los culpables de crímenes de guerra cometidos durante la desintegración del país. Trabajando en estrecha colaboración con la OTAN, la fiscal jefe canadiense se aseguró de que las acusaciones por limpieza étnica recayeran sobre los serbios, objetivo de la hostilidad de Estados Unidos y de la Unión Europea, pero no sobre los croatas, armados y entrenados por los estadounidenses para efectuar sus propias operaciones de limpieza étnica; y cuando la OTAN lanzó su guerra contra Serbia en 1999, excluyó cualquiera de sus acciones –el bombardeo de la embajada de China en Belgrado y todo lo demás– de su investigación sobre los crímenes de guerra cometidos, lo cual era perfectamente lógico, ya que, como explicó en su momento el jefe de prensa estadounidense de la OTAN: «Fueron los países de la OTAN los que crearon el Tribunal y los que lo financian y apoyan diariamente»³¹. En resumen, una vez más, Estados Unidos y sus aliados utilizaron los juicios para criminalizar a sus oponentes derrotados, mientras que su propia conducta permanecía por encima del escrutinio judicial.

En la última iteración del mismo patrón, el Tribunal Penal Internacional, ahora permanente, creado en 2002, fue impulsado por Estados Unidos, que participó activamente en su concepción y preparación, pero luego se aseguró de no quedar sujeto a su jurisdicción. Cuando, para gran enfado del gobierno de Clinton, se modificó el proyecto de Estatuto para posibilitar el procesamiento de ciudadanos incluso de Estados no signatarios del tratado de constitución, lo cual convertía a los soldados, pilotos, torturadores y otros actores estadounidenses en reos potenciales sometidos al mandato del Tribunal, Estados Unidos se apresuró a firmar más de cien

³⁰ B. V. A. Röling, *The Tokyo Trial and Beyond*, Cambridge, 1993, p. 87.

³¹ James Shea, 17 de mayo de 1999.

acuerdos bilaterales con países en los que sus militares estaban o habían estado presentes, excluyendo a su personal de cualquier riesgo de este tipo. Por último, en una de esas farsas recurrentes, en su último día en la Casa Blanca, Clinton dio instrucciones al representante estadounidense para que firmara el Estatuto del futuro Tribunal, sabiendo perfectamente que este gesto no tenía ninguna posibilidad de ser ratificado en el Congreso. Naturalmente, el Tribunal Penal Internacional, cuyo personal se halla formado por responsables convenientemente maleables, se negó a investigar cualquier acción estadounidense o europea realizada en Iraq o en Afganistán, concentrando su celo exclusivamente en países africanos, conforme a una conocida máxima no escrita: una ley para los ricos, otra para los pobres.

Discriminaciones

En cuanto al Consejo de Seguridad de la ONU, guardián nominal del derecho internacional, su historial habla por sí mismo. La ocupación iraquí de Kuwait en 1990 trajo consigo sanciones inmediatas y una contrainvasión de Iraq con un millón de soldados. La ocupación israelí de Cisjordania dura ya medio siglo sin que el Consejo de Seguridad haya movido un dedo. Cuando Estados Unidos y sus aliados no pudieron conseguir una resolución que los autorizara a atacar Yugoslavia en 1998-1999, recurrieron a la OTAN en su lugar, en clara violación de la Carta de la ONU, que prohíbe las guerras de agresión, tras lo cual el secretario general de la ONU, Kofi Annan, nombrado por Washington, dijo tranquilamente al mundo que aunque la acción de la OTAN no fuera legal, era legítima: era como si Schmitt le hubiera escrito el discurso para ilustrar lo que había querido decir con la indeterminación constitutiva del derecho internacional. Cuando, cuatro años más tarde, Estados Unidos y Gran Bretaña lanzaron su ataque contra Iraq, habiendo prescindido del Consejo de Seguridad de la ONU bajo la amenaza de veto por parte de Francia, el mismo secretario general bendijo una vez más la operación *ex post facto*, asegurándose de que, por unanimidad, el Consejo de Seguridad diera cobertura a Bush y Blair, aprobando la asistencia de Naciones Unidas a su ocupación de Iraq con la Resolución 1483. Por lo visto, se puede prescindir del derecho internacional a la hora de iniciar una guerra, pero siempre puede ser útil para ratificarla después.

¿Y qué decir de las armas de destrucción masiva? El Tratado de No Proliferación Nuclear es el ejemplo más palmario del carácter

discriminatorio del orden mundial que se ha ido configurando desde la Guerra Fría, al reservar a solo cinco potencias el derecho a poseer y desplegar bombas de hidrógeno, y prohibir su posesión a todas las demás, que podrían tener más necesidad de ellas para su defensa. Formalmente, el Tratado no es una norma vinculante de derecho internacional, sino un acuerdo voluntario del que cualquier signatario es libre de retirarse. En los hechos, sin embargo, esa retirada perfectamente legal a tenor del Tratado no solo se considera como si fuera una violación del derecho internacional que debe castigarse con la máxima severidad –como en el caso de Corea del Norte–, sino que incluso la observancia del Tratado está abierta a una interpretación restrictiva y, si no se supervisa suficientemente, está sujeta a represalias, como en el caso de las sanciones draconianas impuestas contra Irán: indeterminación y discriminación en elegante combinación. El hecho de que Israel haya ignorado el Tratado y posea desde hace tiempo abundantes armas nucleares no puede ni siquiera mencionarse. Las potencias que castigan a Corea del Norte y a Irán fingen que el enorme arsenal nuclear israelí no existe en lo que quizá constituya el mejor comentario de todos sobre las alquimias del derecho internacional.

El triunfo de lo singular

Pyongyang y Teherán son, por supuesto, categorizados sin reservas como Estados «canallas» o «parias» en el discurso de la discriminación jurídica contemporánea, que se hace eco de la clasificación del siglo XIX de los regímenes fuera de la ley³². ¿Deberíamos considerarlo como un anacronismo involuntario, al igual que ese Artículo 38 I (c), todavía presente en la Constitución de la Corte Internacional de Justicia de La Haya tal y como ha sido reconstituida por las Naciones Unidas, que sigue anunciando su adhesión a los principios del derecho que definen a las naciones civilizadas, a la sombra de un busto de Grocio? Sería un error. El «estándar de la civilización» proclamado muy oportunamente ayer en Bruselas goza hoy, por el contrario, de un nuevo aliento. Debemos el primer estudio moderno de su pasado, *The Standard of "Civilization" in International Society*, a un estudioso estadounidense, funcionario del Departamento de Estado y dirigente de la Iglesia mormona, quien, aun mostrándose crítico con su uso para justificar los excesos coloniales de

³² Para la historia y vigencia contemporánea de estas nociones, véase el sobresaliente estudio de Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, 2004, *passim*.

tiempos pasados, señaló, no obstante, el papel de elevación que también podría desempeñar en la educación de los no europeos en códigos de conducta moral más elevados, mientras elogiaba a sus dos posibles sucesores: un nuevo «estándar de derechos humanos» del que fueran pioneros los europeos o, alternativamente, un «estándar de modernidad», que trajera las bendiciones de la civilización en forma de cultura cosmopolita para todos³³.

Eso fue en 1984. Fue clarividente. En el nuevo siglo, el titular de una cátedra en una escuela que lleva el nombre del mentor de la exsecretaria de Estado Condoleezza Rice, al explicar que «se necesita algo parecido a un nuevo estándar de civilización para salvarnos de la barbarie de una soberanía prístina», proclama los derechos humanos, sobre todo tal y como los practica la Unión Europea; y menciona, como uno de los principales infractores de los mismos, a la Autoridad Nacional Palestina³⁴. Por otra parte, un destacado especialista estadounidense en terrorismo y ciberseguridad ofrece una actualización más palpable de la noción. Los planes de ajuste estructural que el FMI impone a los países subdesarrollados son el equivalente contemporáneo de las antiguas capitulaciones ilustradas, que ayudaron a incorporar a los otomanos y a otros países a la comunidad de Estados aceptables, continuando su labor de «armonización civilizatoria», esencial para la sociedad internacional³⁵. Más ambicioso aún, un estudioso iraní afincado en Dinamarca, que denuncia el islam como un totalitarismo oriental, ha anunciado la llegada de un Estándar Global de Civilización (*Global Standard of Civilization*, GSC) como la estrella polar del avance de la humanidad hacia un mundo mejor, que gana impulso cada día. Estamos viviendo, exclama, un nuevo «momento grociano» en el que los dos pilares de la civilización mundial son «el capitalismo y el liberalismo»³⁶. Tampoco han faltado historiadores. El historiador contemporáneo más destacado y prolífico de Harvard, Niall Ferguson, autor de obras sobre los bancos Rothschild y Warburg, la Primera y Segunda Guerras Mundiales y la historia del dinero, restaura

³³ Gerrit Gong, *The Standard of "Civilization" in International Society*, Oxford, 1984, pp. 91-93.

³⁴ Jack Donnelly, «Human Rights: A New Standard of Civilization?», *International Affairs*, vol. 74, núm. 1, 1998, pp. 1-23.

³⁵ David Fidler, «A Kinder, Gentler System or Capitulations? International Law, Structural Adjustment Policies and the Standard of Liberal, Globalized Civilization», *Texas International Law Journal*, vol. 35, enero de 2000, pp. 387-414.

³⁶ Mehdi Mozaffari, «The Transformationalist Perspective and the Rise of a Global Standard of Civilization», *International Relations of the Asia-Pacific*, vol. 1, núm. 2, 2001, pp. 259, 262.

el singular con imperturbable aplomo en *Civilization: The West and the Rest* (2011), cuyo objeto es explicar todas las razones por las que el primero triunfó sobre el segundo.

Escribiendo a principios de la década de 1960, Braudel reiteró la convicción de Febvre de que Valéry estaba equivocado: «Las civilizaciones son una realidad de muy larga duración; no son “mortales”, a pesar de la frase demasiado famosa de Valéry, sobre todo si las medimos por nuestras vidas individuales. Los accidentes mortales [...] les ocurren mucho menos a menudo de lo que pensamos. En muchos casos, simplemente se echan a dormir». Habitualmente, solo «sus flores más exquisitas, sus realizaciones más raras, perecen, pero sus raíces profundas sobreviven a muchas rupturas, a muchos inviernos»³⁷. Puede haber «una inflación de la civilización en singular», pero «sería pueril imaginar que esta, más allá de su triunfo, acabe con las diferentes civilizaciones, que son los verdaderos personajes que aún nos interpelan». Sin embargo, las conclusiones de Braudel oscilaban de forma característica. En un registro, el singular y el plural colaboran de manera fructífera: «El plural y el singular dialogan, se complementan y se diferencian, a veces a simple vista, casi sin llamar la atención». En la página siguiente, la nota es muy distinta: «Una lucha ciega y feroz se libra, bajo distintos nombres y en varios frentes, entre civilizaciones y civilización. La tarea es domarla, encauzarla, imponerle un nuevo humanismo», y «en esa batalla sin precedentes pueden resquebrajarse muchas estructuras culturales e incluso todas ellas a la vez»³⁸. Medio siglo después, cabe preguntarse si la civilización en singular ha sido sometida por las civilizaciones en plural, como él esperaba.

El espectáculo del derecho internacional sugiere lo contrario. Braudel tenía un amplio y profundo conocimiento comparativo de la dinámica material y cultural de la historia de la humanidad, lo que le aportaba un sentido sin igual de las diferencias existentes entre civilizaciones. Mucho menos interesado en sus dimensiones políticas e ideológicas, identificó la civilización en singular –es decir, la civilización occidental– simplemente con la de «la máquina»: esencialmente, la tecnología, que, en su acertada opinión, podía ser adaptada por cualquiera de las civilizaciones del mundo que habían sobrevivido hasta el presente. No

³⁷ Fernand Braudel, «L'apport de l'histoire des civilisations», en Gaston Berger (ed.), *Encyclopédie française*, vol. XX, *Le monde en devenir*, París, 1959, 12:10.

³⁸ *Ibid.*, 12: 12-13.

tuvo tanto en cuenta el poder del orden intelectual e institucional de Occidente, por no hablar de su predominio militar.

La fuerza de la opinión

Nada de esto significa, por supuesto, que el derecho internacional carezca de cualquier sustancia que pueda considerarse universal a efectos prácticos. Baste considerar el hecho de que ningún Estado del mundo prescinde de recurrir a él, aunque solo sea porque todos se benefician de al menos una convención asociada al mismo: la inmunidad diplomática de sus embajadas en el extranjero, respetada incluso después de que el país anfitrión haya declarado la guerra al Estado al que representan, lo que podría llamarse el «contenido mínimo del derecho internacional», por analogía con la reducción de Hart al mismo del derecho natural. Huelga decir que todas las embajadas de los Estados importantes, y la mayoría de los menos importantes, están repletas de personal dedicado a tiempo completo al espionaje, lo cual carece de cobertura legal alguna a tenor del derecho internacional. Poca tranquilidad hallarán sus teóricos en estas incongruencias.

En conclusión: conforme a cualquier evaluación realista, el derecho internacional no es ni verdaderamente internacional ni genuinamente derecho. Sin embargo, ello no significa que no sea una fuerza digna de ser tenida en cuenta. Es una fuerza importante. Pero su realidad responde a la descripción de Austin: lo que en el vocabulario que heredó de Hobbes denominó opinión y que hoy llamaríamos ideología. Ahí, como fuerza ideológica presente en el mundo al servicio de la superpotencia y sus aliados es un formidable instrumento de poder. Para Hobbes, la opinión era la clave de la estabilidad o inestabilidad política de un reino. Tal y como escribió: «Las acciones de los hombres proceden de sus opiniones y en el buen gobierno de las opiniones consiste el buen gobierno de las acciones de los hombres [de modo que] el poder de los soberanos no tiene otro fundamento que las opiniones y creencias de la gente»³⁹. Al decir de Hobbes fueron las opiniones sediciosas las que desencadenaron la Guerra Civil en Inglaterra y fue para inculcar opiniones correctas que escribió *Leviathan* con la esperanza de que se enseñara en las universidades, que eran «las fuentes de la doctrina civil y moral», para devolver la «tranquilidad pública» al país⁴⁰. No tenemos por qué compartir el grado

³⁹ Th. Hobbes, *Leviathan* (texto en inglés), cit., XVIII, p. 272; *Behemoth*, p. 16.

⁴⁰ Th. Hobbes, *Leviathan* (texto en inglés), «A Review and Conclusion», cit., p. 1140.

de respeto de Hobbes por el poder de la opinión, ni tampoco sus preferencias entre las opiniones de su época, para reconocer la validez de la importancia que les concedía. El derecho internacional puede ser una mistificación, pero no es una bagatela.

¿Cómo concebirlo entonces? Para el más formidable de los juristas internacionales actuales, el finlandés Martti Koskenniemi, la mejor manera de describir el derecho internacional es como una técnica hegemónica, en el sentido gramsciano del término. Para Gramsci, señala, el ejercicio de la hegemonía siempre implicó la representación exitosa de un interés particular como valor universal. Eso es ciertamente lo que intentó y en su apogeo logró el estándar de la civilización y eso es lo que el vocabulario de la «comunidad internacional» viene haciendo típicamente desde entonces. En ese sentido, el derecho internacional nunca había dejado de ser un instrumento del poder euroestadounidense. Pero, en la medida en que ofrecía un discurso pretendidamente universal, estaba abierto a la apropiación y a la inversión y podía ser reclamado para otros intereses más amplios y más humanos⁴¹. Después de todo, incluso en el apogeo de la arrogancia imperial durante el siglo XIX, voces elocuentes se habían resistido al estándar de la civilización: «El argumento empleado en nuestro tiempo [...] para justificar y disfrazar el expolio de las razas más débiles ya no es el llamamiento de la religión, sino el de la civilización: los pueblos modernos tienen una misión civilizadora que cumplir que no pueden rechazar», escribió un modesto abogado de Burdeos, Charles Salomon, en 1889. Más radical incluso que Braudel, proseguía: «Se habla de civilización como de un absoluto, como si solo hubiera una: todos los que lo hacen se creen con derecho al primer rango de la misma. Modificando ligeramente la conocida sentencia de Joseph de Maistre, bien podríamos decir: conozco civilizaciones, pero no sé nada de la civilización como tal»⁴².

El derecho internacional moderno está, pues, como observa Koskenniemi, intrínsecamente ligado a la impugnación y a medida que su instrumentalización contemporánea para servir a la voluntad de la potencia hegemónica actual y sus satélites se ha vuelto cada vez más descarada, también ha crecido el número de mentes jurídicas críticas

⁴¹ Martti Koskenniemi, «International Law and Hegemony: a Reconfiguration», en Martti Koskenniemi (ed.), *The Politics of International Law*, Oxford, 2011, pp. 221-222 y ss.

⁴² Charles Salomon, *L'occupation des territoires sans maître: Étude de droit international*, París, 1889, pp. 193, 195.

que no solo cuestionan su uso imperial, sino que tratan de revertirlo. Los más lúcidos lo hacen sin atribuir a sus pretensiones más fuerza de la que pueden soportar. En palabras de un distinguido jurista francés, el derecho internacional es «performativo», es decir, los pronunciamientos efectuados en su nombre pretenden hacer realidad lo que invocan en lugar de referirse a cualquier realidad existente, por muy loable que esta sea⁴³.

Como es sabido, la misma dialéctica se ha aplicado en el caso del derecho nacional, invocado en Europa, al menos desde el siglo XVII, en defensa de los débiles frente a los fuertes, que fueron quienes lo crearon. Pero ahí es donde el axioma de Austin marca la diferencia. Dentro de los Estados-nación que ya se estaban configurando en Europa, siempre hubo un determinado soberano autorizado para hacer cumplir la ley y a medida que esta autoridad pasó de las coronas a los pueblos, no por casualidad vino también el poder legítimo de cambiarla. En las relaciones entre Estados, a diferencia de lo que sucede en las relaciones entre ciudadanos, no se cumple ninguna de las dos condiciones. Así, mientras que la hegemonía funciona tanto en el ámbito nacional como en el internacional y por definición combina siempre la coacción y el consentimiento, en el plano internacional la coacción se halla en su mayor parte *legibus solutus* [no sometida a la ley] y el consentimiento que se obtiene es inevitablemente más débil y precario. El derecho internacional actúa para ocultar este vacío. Koskenniemi comenzó su carrera con una brillante demostración de los dos polos entre los que se había movido históricamente la estructura de la argumentación jurídica internacional, titulada *From Apology to Utopia*: o bien el derecho internacional proporcionaba pretextos serviles para cualquier acción que desearan emprender los Estados, o bien ofrecía una elevada visión moral de sí mismo como, en palabras de Hooker, «su voz, la armonía del mundo» sin relación alguna con la realidad empírica. Lo que Koskenniemi no comprendió fue la imbricación de ambas: no la utopía o la apología, sino la utopía *en tanto que* apología: la «responsabilidad de proteger» como la carta blanca para acometer la destrucción de Libia, la preservación de la paz para perpetrar el estrangulamiento de Irán, etcétera.

Aun así, los defensores del derecho internacional pueden argumentar que, por mucho que los Estados abusen de él en la práctica, su existencia es al menos mejor de lo que sería su ausencia, invocando en su ayuda

⁴³ El adjetivo, y lo que designa, fue considerado por Hart como el más feliz de todos los hallazgos de J. L. Austin, el filósofo analítico de quien fue seguidor en Oxford.

el conocido aforismo de La Rochefoucauld: «*L'hypocrisie est un hommage que le vice rend à la vertu*» [«La hipocresía es un homenaje que el vicio rinde a la virtud»]. Sin embargo, los críticos pueden replicar igualmente que la sentencia habría que leerla al revés. ¿No debería afirmar en realidad que la hipocresía es la imitación fraudulenta de la virtud por el vicio para mejor ocultar fines malévolos, esto es, el ejercicio arbitrario del poder por los fuertes sobre los débiles, la prosecución o la provocación despiadadas de la guerra en nombre de la paz y la filantropía?