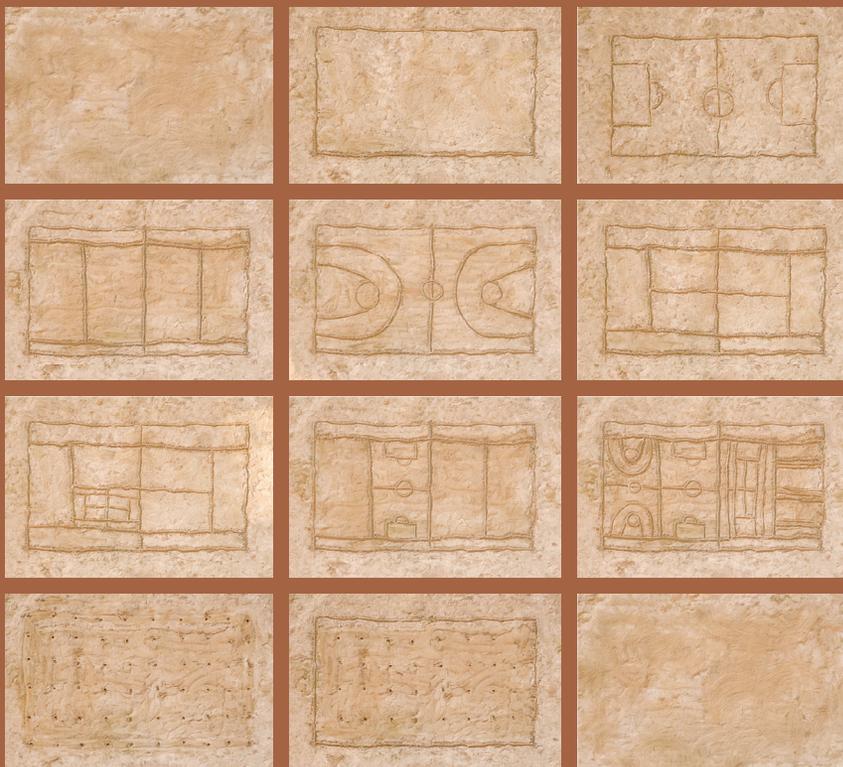


Derecho internacional

Poder y límites del derecho
en la sociedad global

René Urueña (coordinador)

Programa de Justicia Global y Derechos Humanos
Universidad de los Andes



DERECHO INTERNACIONAL

Derecho internacional:
Poder y límites del derecho en la sociedad global

René Urueña (compilador)

Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global / René Uruña (compilador).
-- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2014.
560 p.; 16 x 23 cm.

Otros autores: George Bandeira, Liliana Obregón, Ricardo Alarcón, Sebastián Machado, Guillermo Otálora, Mónica García-Salmones, Marina C. Brilman, Lina M. Céspedes-Báez, Beatriz Eugenia Sánchez Mojica, Nicolas Letts, Diego Acosta, Russell Buchan, Helena Alviar García, Alan Yanovich, Martins Paporinski, Maurizia De Bellis, Prabhakar Singh, Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, Alejandro Ramelli.

ISBN 978-958-774-064-6

1. Derecho internacional I. Uruña Hernández, René Fernando II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho

CDD 341.

SBUA

Primera edición: enero de 2015

- © René Uruña (compilador)
© De la traducción del capítulo 1: María Angélica Prada
© De la traducción de los capítulos 5, 10, 13, 14, 15 y 16: Rebecca Lawson Pendleton (Revisores de la traducción de dichos capítulos: María Angélica Prada, María Cecilia Ibáñez y René Uruña)
© Del capítulo 16: The Foundation for the Leiden Journal of International Law, published by Cambridge University Press, translated with permission
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª núm. 19-27, edificio Aulas 6, piso 2

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-064-6

ISBN e-book: 978-958-774-065-3

Cuidado de la edición: Tatiana Grosch

Diagramación interior: Angélica Ramos

Diseño de cubierta: Neftalí Vanegas

Imagen de cubierta: *Cuotas territoriales*, de Jairo Llano

Sobre la imagen de la cubierta: “El hombre occidental ha desarrollado estrategias de conquista y dominio de su territorio así como sus formas de habitarlo. Para ello, se ha valido de los límites como herramienta para ordenar un espacio, un comportamiento, un sistema determinado.

Sin embargo, generar unos límites implica necesariamente su transformación, y con ello la temporalidad de las plataformas que consolida el hombre: *Cuotas territoriales* es un proyecto de imagen y territorio que busca establecer un espacio de trabajo en el cual los límites, las escalas y las funciones vayan cambiando y sorprendiendo al espectador. Por medio de la iconografía del campo de juego, establezco una clara alusión al espacio determinado, y mediante intervenciones en este, establezco la arbitrariedad de lo ‘estable’ para volverlo variable y cambiante”. J. Ll.

Impresión:

Nomos Impresores

Diagonal 18 Bis núm. 41-17

Teléfono: 2086500

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

| | |
|--|-----|
| AGRADECIMIENTOS | vii |
| INTRODUCCIÓN | |
| El poder y los límites del derecho internacional en la sociedad global | ix |
| <i>René Uruña</i> | |
| PRIMERA PARTE | |
| Teoría e historia del derecho internacional | 1 |
| 1. ¿Para qué estudiar la historia del derecho internacional? | 3 |
| <i>George Bandeira</i> | |
| 2. ¿Para qué un derecho internacional latinoamericano? | 27 |
| <i>Liliana Obregón</i> | |
| 3. La noción de “sociedad” en el derecho internacional | 61 |
| <i>Ricardo Alarcón, Sebastián Machado y Guillermo Otálora</i> | |
| 4. ¿Hay lugar para lo sagrado en derecho internacional? | 101 |
| <i>Mónica García-Salmones</i> | |
| 5. Permanencia y cambio de la normatividad en el derecho internacional | 131 |
| <i>Marina C. Brillman</i> | |
| SEGUNDA PARTE | |
| Derecho internacional y la protección del ser humano | 177 |
| 6. La posición del individuo en el derecho internacional: Del nacimiento de la persona natural a la vida jurídica internacional | 179 |
| <i>Lina M. Céspedes-Báez</i> | |
| 7. El lugar de los derechos humanos en el derecho internacional | 207 |
| <i>Beatriz Eugenia Sánchez Mojica</i> | |
| 8. El uso de la fuerza en derecho internacional | 239 |
| <i>Nicolas Letts</i> | |
| 9. Escudo y espada: Explorando el papel del derecho internacional en la construcción de la guerra | 261 |
| <i>René Uruña</i> | |

| | |
|---|-----|
| 10.El propósito del derecho penal internacional: Una perspectiva de aplicación <i>Diego Acosta y Russell Buchan</i> | 293 |
|---|-----|

T E R C E R A P A R T E

| | |
|---|-----|
| Economía y derecho internacional | 319 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 11.El TLC con los Estados Unidos: Redefiniendo los límites del debate <i>Helena Alviar García</i> | 321 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 12.La Organización Mundial del Comercio: Marco general, normativa y desafíos <i>Alan Yanovich</i> | 343 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 13.Derecho internacional de protección de la inversión <i>Martins Paparinskis</i> | 381 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| 14.Normas financieras globales y redes regulatorias: La perspectiva global del derecho administrativo <i>Maurizia De Bellis</i> | 411 |
|---|-----|

C U A R T A P A R T E

| | |
|--|-----|
| Derecho internacional en acción | 443 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| 15.Derecho internacional de la responsabilidad del Estado hoy <i>Prabhakar Singh</i> | 445 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 16.Las funciones de los tribunales internacionales: Una evaluación a la luz de su creciente autoridad pública <i>Armin von Bogdandy e Ingo Venzke</i> | 471 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 17.Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno <i>Alejandro Ramelli</i> | 511 |
|---|-----|

| | |
|--------------------------|-----|
| SOBRE LOS AUTORES | 535 |
|--------------------------|-----|

AGRADECIMIENTOS

Este libro es el producto de un largo proceso en el que participaron numerosas personas, a todas ellas les extiendo mi agradecimiento. También a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, un espacio excepcional para la discusión de los temas que inspiran este volumen. La decana, Helena Alviar, y Carlos Alberto Correa, secretario de la Facultad, fueron especialmente generosos con su tiempo en la búsqueda de recursos para el desarrollo de este proyecto.

Los autores cuyos textos aquí se incluyen merecen mi mayor gratitud. Los contacté para responder, con textos originales, preguntas que sugerían debates perennes y aún controversiales en derecho internacional, todos los autores supieron abordar su tema de manera concisa y clara. Posteriormente, mostraron enorme paciencia con un proceso editorial que, entre traducciones y revisiones, mostró ser más extenso de lo esperado por todos.

El capítulo 1 fue originalmente escrito en portugués, y fue traducido al español por María Angélica Prada. Los capítulos 5, 13, 14, 15 y 16, así como algunos apartes del capítulo 10, fueron escritos originalmente en inglés, y fueron traducidos de manera conjunta al español por Rebecca Pendelton, María Angélica Prada, María Cecilia Ibáñez y René Urueña.

Este libro no habría sido posible sin la colaboración de María Angélica Prada Uribe. Desde el contacto inicial con los autores impulsó con entusiasmo el proceso, compartiendo su tiempo y sus valiosas opiniones. Adicionalmente, revisó algunas de las traducciones con gran acierto, en compañía de María Cecilia Ibáñez García, a quien también doy las gracias.

Sandra Ducón, coordinadora de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, hizo un gran trabajo editorial, en colaboración con César Rodríguez Garavito, director de la colección. Por su parte, dos pares anónimos dieron valiosos comentarios al texto, los cuales enriquecieron el proceso y el resultado.

Catalina es, nuevamente, la inspiración y la razón de ser de este esfuerzo. Este libro está dedicado a Emilia.

Bogotá, octubre de 2014

INTRODUCCIÓN

El poder y los límites del derecho internacional en la sociedad global

René Uruña

TRES CONTRA-INTUICIONES

La enseñanza del derecho internacional público en América Latina se caracteriza actualmente por tres intuiciones centrales: (a) que es “bueno”; (b) que es “derecho”—y si lo es o no es una pregunta importante—; y, finalmente, (c) que constituye un “sistema”. Veamos brevemente en qué consiste cada una de esas intuiciones.

Comencemos por la idea de que el derecho internacional es “bueno”. Esta idea, por supuesto, no aparece generalmente expresada en esos términos. Sin embargo, la narrativa que subyace en gran parte de los manuales de derecho internacional de la región es que los Estados son egoístas y buscan satisfacer sus intereses de manera violenta. Entra, entonces, el derecho internacional a facilitar la cooperación armónica entre Estados, imponiendo la razón de la comunidad internacional a la irracionalidad de los intereses estatales, y protegiendo valores universales como la dignidad humana o los derechos humanos.

Es natural que esta idea haya prosperado en América Latina. En una región donde los Estados han mostrado, con frecuencia, su incapacidad (o su abierta falta de voluntad) para proteger a sus ciudadanos, resulta lógico que sea atractiva la idea de que ese Estado incompetente o represor no es la última autoridad, o de que hay una moralidad superior a la que el Estado debe someterse. El derecho internacional funcionaría como esa autoridad superior, que trae justicia donde el Estado la niega.

La segunda intuición central es que el derecho internacional es, en efecto, “derecho”. Ahora bien, para ser sinceros, esta idea refleja más un

temor profundo que una intuición. Este temor surge de lo que se ha llamado el reto austiniiano, según el cual el derecho internacional no es verdaderamente derecho por no contar con un sistema centralizado que obligue a los Estados a cumplir con sus mandatos (como, por ejemplo, un ejército internacional). Este desafío obsesionó a la literatura jurídica internacionalista durante la primera mitad del siglo xx y, por esa vía, terminó inspirando gran parte de la enseñanza del derecho internacional en nuestra región.

América Latina fue terreno fértil para una preocupación de este tipo. El predominio de diversas variedades de positivismo jurídico en la región hizo que el desafío austiniiano resonara y se percibiera como un reto fundamentalmente importante, que debía ser respondido. Si el derecho internacional pretendía ser relevante, no podía ser percibido como una simple moralidad internacional o unas reglas de diplomacia. Debía ser visto como un verdadero *derecho*, cuyo carácter jurídico y vinculante no se pusiera en duda. Así, gran parte del trabajo en derecho internacional en la región consiste en explorar la forma en que se genera la obligación jurídica internacional: el proceso de formación de la costumbre internacional, por ejemplo, o de celebración de tratados.

Finalmente, la tercera intuición que caracteriza el estudio del derecho internacional en la región es que el derecho internacional es un sistema jurídico. Esta idea está íntimamente ligada a la preocupación mencionada anteriormente: si el derecho internacional es (y tiene que serlo, según los que se preocupan por el reto austiniiano) un *verdadero* derecho, el mismo debe tener algún tipo de organización sistemática que le dé coherencia y evite las lagunas. De allí se deriva la organización tradicional de la enseñanza del derecho internacional en la región: primero, debemos enseñar las fuentes (en general, siguiendo lo estipulado por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: tratados, costumbre, principios generales del derecho, etc.), después, los sujetos (Estados, organizaciones internacionales), para cubrir posteriormente algunos temas clásicos, usualmente, responsabilidad internacional del Estado y uso de la fuerza. Finalmente, si la envergadura del texto o la extensión del curso lo permiten, se presentan algunos temas puntuales que son de especial interés para el autor o el profesor (por ejemplo, derecho internacional económico, derecho ambiental o derechos humanos).

El mensaje de esta aproximación tradicional es claro: la estructura básica del derecho internacional es similar a la de otras disciplinas jurídicas (como el derecho penal o el derecho administrativo) y debe ser estudiada de manera parecida. Existe cierta coherencia al interior del derecho internacional, la cual puede ser aprendida y debe ser respetada. Desde esta

perspectiva, no existe una diferencia esencial entre los aspectos jurídicos del derecho internacional y las diferentes ramas del derecho nacional: en realidad, se trata de sistemas jurídicos que deben ser pensados de manera parecida. Si hay alguna diferencia esencial, ésta se predicaría de los aspectos *políticos* del derecho internacional, no de sus aspectos jurídicos, con lo cual regresaríamos a la segunda intuición: el derecho internacional sí es derecho.

El presente volumen busca poner en duda esas tres intuiciones. De una parte, se alimenta de una importante línea crítica de pensamiento internacionalista contemporáneo, y muestra cómo el derecho internacional no es, simplemente, un conjunto de normas tendientes a facilitar la cooperación internacional o a regular la conducta de los Estados, sino es también partícipe en la construcción de un complejo político, ideológico e institucional que perpetúa ciertas estructuras de poder global. Así, el derecho internacional no es necesariamente “bueno”, sino puede ser también leído como la piedra angular para el sostenimiento y la legitimación del colonialismo, la explotación económica, la destrucción del medio ambiente o la justificación de la violencia extrema. Esta aproximación crítica alimenta varias de las contribuciones al volumen; por ejemplo, los trabajos de George Bandeira y Liliana Obregón, sobre historia del derecho internacional, el ensayo de Ricardo Alarcón, Sebastián Machado y Guillermo Otálora sobre la sociedad internacional, el estudio sobre la guerra de René Urueña, la contribución de Helena Alviar sobre el libre comercio, así como el trabajo de Prabhakar Singh sobre responsabilidad internacional del Estado.

De igual forma, este volumen busca enfocar su atención más allá de la necesidad de probar que el derecho internacional es verdaderamente derecho. El ejercicio del poder global toma diversas formas que son relevantes en términos de derecho internacional, sin que las mismas sean necesariamente normas vinculantes en el sentido tradicional del término. La contribución de Marina Brilman es crucial para entender esta dinámica, pues presenta la normatividad internacional como un continuo entre disposiciones obligatorias (como los tratados) y aquellas claramente no obligatorias (como el *soft law*): entre estos dos extremos hay una escala de grises de disposiciones que son relevantes para entender el papel del derecho en un mundo globalizado, las cuales, sin embargo, no serían detectadas si el estudio se enfocara (como lo hace la enseñanza actual en América Latina) en las fuentes “tradicionales” del derecho internacional.

A partir de esta premisa es posible leer de manera diferente el funcionamiento del derecho internacional. La contribución de Lina Céspedes, por ejemplo, se alimenta de una serie de fuentes jurídicas no tradicionales para explorar el papel del individuo en la sociedad internacional.

El capítulo de Céspedes puede ser leído en conjunto con el trabajo de Beatriz Sánchez, quien elabora en numerosos instrumentos de *soft law* para lograr una interesante discusión sobre el lugar de los derechos humanos en el derecho internacional. Por su parte, Maurizia De Bellis ilustra de manera clara cómo la enseñanza tradicional del derecho internacional simplemente obvia áreas cruciales de práctica jurídica: en su ensayo, De Bellis dibuja un completo mapa de la regulación financiera internacional, la cual tiene (por obvios motivos) implicaciones cruciales en la distribución del poder en el mundo globalizado. Y, sin embargo, ninguna de las instituciones o normas estudiadas por De Bellis clasificarían para ser incluidas en un curso tradicional de derecho internacional público en nuestra región.

Algo similar ocurre con los trabajos de Martins Paparinskis y de Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, los cuales también pueden ser leídos conjuntamente de manera fructífera. Tanto Paparinskis como Von Bogdandy y Venzke se centran en el ejercicio de la función judicial en el ámbito internacional. Como es sabido, la perspectiva tradicional sugiere que las decisiones judiciales son simples “fuentes jurídicas auxiliares”, y que las cortes internacionales simplemente solucionan conflictos entre los dos o más actores que están presentes ante ellas. Nada más alejado de la realidad: Paparinskis nos muestra cómo el arbitraje inversionista-Estado termina creando normas que son posteriormente aplicadas por otros tribunales. Por su parte, Von Bogdandy y Venzke desarrollan un marco teórico respecto a cómo debemos entender este ejercicio de poder global y proponen una ácida crítica de la visión tradicional, según la cual las cortes son instituciones de solución de disputas, sin ningún papel diferente en el orden jurídico internacional.

El hecho de que este volumen no esté preocupado por el carácter verdaderamente “jurídico” del derecho internacional le permite también participar en interesantes debates respecto a las variables que forman el marco ideológico en el que actúan las normas internacionales. Más allá del carácter jurídico de ciertas normas, es claro que el derecho internacional usa ciertos conceptos como criterio de análisis valorativo de ciertas conductas: por ejemplo, el valor “sagrado” de la vida o la voluntad de “la sociedad internacional”. El estudio tradicional del derecho internacional en nuestra región descarta esas referencias como simple retórica vacía y las considera relevantes sólo cuando son positivizadas en una norma vinculante (como ocurre, por ejemplo, con el concepto de humanidad o de dignidad humana). En contraste, este volumen se toma en serio la posibilidad de que estos conceptos tengan un impacto en el derecho internacional, aún si no están cristalizadas en derecho positivo —la contribución de Mónica García respecto al valor de lo sagrado en derecho internacional, es un buen ejemplo,

al igual que el ensayo de Machado, Alarcón y Otálora sobre la evolución del concepto de sociedad internacional.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN SUS CONTEXTOS

La intuición final a la que hemos hecho referencia anteriormente se aproxima al derecho internacional como un cuerpo de normas con aspiraciones de coherencia, la cual puede ser discernida mediante el estudio organizado de las fuentes y los sujetos del derecho, los cuales son después aplicados a ciertas áreas especializadas.

Este volumen procura presentar una alternativa a esta forma de entender y enseñar el derecho internacional. Propone pensarlo como resultado de su contexto y no como una serie de reglas derivadas de principios generales abstractos. Por supuesto, no existe un único contexto del cual surge el derecho internacional. Por lo tanto, el volumen se estructura alrededor de cuatro propuestas para pensar de manera contextual: en primer lugar, el lugar del derecho internacional en la historia de las ideas (del cual forman parte los trabajos de Bandeira, Obregón, García, y, finalmente, Brillman). En este primer bloque se debe estudiar también esa idea dominante que genera el contexto por excelencia del derecho internacional: la “sociedad internacional”. Más que una realidad social, la historia de la sociedad internacional es la historia de una idea, tal como lo prueban Otálora, Machado y Alarcón. En segundo lugar, el volumen propone estudiar el derecho internacional respecto a la protección del ser humano (este tema lo abordan los trabajos de Céspedes, Sánchez, Letts, Urueña y, por último, Acosta y Buchan). En tercer lugar, el lugar del derecho internacional en la economía (Alviar, Yanovich, Paparinskis y De Bellis). Y, finalmente, su lugar respecto a las cambiantes circunstancias de la sociedad internacional (Von Bogdandy y Venzke, Singh y Ramelli). Al proponer estos contextos, el volumen pretende sugerir que no existe un único sistema de derecho internacional, sino más bien una serie de soluciones jurídicas internacionales formuladas en reacción a desafíos en variados contextos.

Esta estructura permite cuestionar la diferencia marcada entre la creación del derecho internacional y su aplicación. Esta idea está íntimamente ligada con la idea de que el derecho internacional es realmente derecho, por oposición a la moralidad internacional o a la diplomacia. Desde esta perspectiva, hay un momento en la historia en que el derecho se *crea* (por ejemplo, cuando se celebra un tratado) y hay otro momento, diferente en la historia, cuando el derecho se *aplica* (por ejemplo, cuando una corte decide

un caso con base en la norma existente). Sin embargo, la realidad es menos clara. Estudiar el derecho internacional en sus contextos nos permite ver que el momento de la creación y la aplicación del derecho se confunden con frecuencia en uno solo. Como se observa en las contribuciones de Brilman sobre normatividad internacional, de Sánchez sobre derechos humanos, de De Bellis sobre regulación financiera, así como en los textos de Paparinskis sobre arbitraje de inversión, de Urueña sobre derecho de la guerra, y de Von Bogdandy y Venzke en el contexto de los tribunales internacionales, entre otros, el proceso de creación del derecho internacional implica, a su vez, un papel central de las instancias de cumplimiento. Por ejemplo, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia son parte del proceso de creación de normas, las cuales, a su vez, serán aplicadas por esta corte y otros actores internacionales. Como muestran las contribuciones citadas, la división entre creación normativa y aplicación normativa, entre el “sistema jurídico” y proceso político o policivo de cumplimiento normativo, es confusa y puede llevar a equívocos.

El volumen busca también cuestionar la idea de una fragmentación radical del derecho internacional. En el extremo opuesto de los que creen que el derecho internacional es un sistema jurídico neutro que se aplica a problemas particulares, encontramos a quienes creen que el derecho internacional es, en realidad, la colección de regímenes especializados autocontenidos, que tienen en su interior sus propias reglas de validez y su propia estructura institucional para hacer cumplir sus reglas. Así, los derechos humanos serían un sistema autocontenido, con su propio *telos* (la protección del ser humano) y sus propias cortes (la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo), el cual estaría radicalmente separado de, por ejemplo, el derecho internacional económico, que tendría, a su vez, su propio *telos* (la protección del libre comercio) y sus propias cortes (la Organización Mundial del Comercio o los tribunales de arbitraje de inversión).

Estudiar el derecho internacional en sus contextos permite observar que esta fragmentación radical no es del todo cierta. Por supuesto, existen sensibilidades argumentativas propias de cada área especializada del derecho internacional (derecho ambiental o derechos humanos). También es posible que existan sesgos estructurales en algunas instituciones o entre algunos grupos de expertos jurídicos; es decir, es probable que la Corte Interamericana de Derechos Humanos esté sesgada para entender, por ejemplo, el problema de una represa en territorio indígena como un problema de derechos humanos y no como un problema de derecho de inversión extranjera, mientras que el sesgo contrario puede ser observado en un tribunal de

arbitraje de inversión. Sin embargo, es difícil adscribir una agenda política unidimensional a cada uno de estos regímenes especializados y más difícil aún tratar de predecir los resultados de una cierta institución: el derecho de los derechos humanos puede ser usado para defender políticas conservadoras o neoliberales (por ejemplo, defendiendo la propiedad, que es un derecho humano, en contra de medidas públicas para la protección del medio ambiente) y el derecho internacional económico puede ser usado para fines progresistas (por ejemplo, mejorando la transparencia en la forma de regular por parte del Estado). Este complejo escenario se ve reflejado en las contribuciones de Sánchez, Acosta y Buchan, Alviar, Yanovich, Paporinskis y Urueña, entre otros, quienes muestran que las conexiones entre las diferentes ramas especializadas del derecho internacional son múltiples y multidireccionales. De manera creciente, el argumento de derecho internacional económico tiene implicación en derechos humanos, y viceversa; el derecho ambiental afecta el derecho de la guerra, y los derechos humanos son relevantes para entender el uso de la fuerza: todas las ramas del derecho internacional se implican entre sí —la diferenciación técnica esconde más de lo que revela.

¿UNA DISCIPLINA IMPERMEABLE?

Varias de las propuestas anteriormente formuladas no resultarán sorprendentes para algunos lectores conocedores de las transformaciones jurídicas ocurridas en América Latina en las últimas décadas. Así mismo, tampoco encontrarán mucho de novedoso quienes hayan trabajado de una forma u otra con estudios críticos en derecho internacional. En efecto, resulta sorprendente que estas dos fuerzas complementarias no hayan tenido influencia en la enseñanza del derecho internacional en nuestra región. Es así que la disciplina del derecho internacional público se ha mantenido impermeable a los importantes cambios vividos por la teoría del derecho internacional y por las constituciones políticas de América Latina en los años noventa. A pesar de los cambios, todavía enseñamos el mismo derecho internacional que se enseñaba en la región antes de las dictaduras.

¿Qué hay detrás de este hecho? De una parte, vale recordar que gran parte de los avances doctrinales y jurisprudenciales de los años noventa en América Latina se centraron en el denominado nuevo constitucionalismo, esto es, el desarrollo jurídico que implicó la constitucionalización de todas las áreas de la práctica jurídica nacional y la expansión de las técnicas hermenéuticas que este cambio trajo consigo. En lo relacionado con el derecho

internacional, este cambio llevó a un debate importante sobre el proceso de incorporación y sobre el estatus del derecho internacional en los ordenamientos nacionales en la región (en especial de los tratados de derechos humanos). Esto es, el llamado neoconstitucionalismo vio al derecho internacional como algo inmutable, que daba respuestas correctas a problemas jurídicos nacionales, las cuales debían ser después integradas al derecho nacional de los Estados de América Latina. Así, mientras que las posibilidades del amplio espacio de acción de la interpretación jurídica se hacían más evidentes en la región, una visión formalista del derecho internacional público se propagaba por los mismos canales. De manera paradójica, el nuevo constitucionalismo que defendía estrategias interpretativas amplias, basadas en principios y en valores constitucionales, terminó congelando el derecho internacional en reglas que tenían un solo significado.

Esta dinámica fue también coadyuvada por el activismo en derechos humanos de la región. Como es bien sabido, las redes activistas transnacionales se percataron rápidamente del importante espacio abierto por el derecho internacional de los derechos humanos. A través del uso del derecho internacional, se presionó a los gobiernos de la región para acabar con su reprochable actitud autoritaria. Sin embargo, parte de la narrativa del activismo en derechos humanos es defender las tres intuiciones descritas anteriormente: que el derecho internacional (de los derechos humanos) es “bueno”, que es verdadero derecho (y, por lo tanto, vincula a los gobiernos autoritarios) y que es un sistema coherente (por lo que genera una única opción correcta —usualmente la opción defendida por la organización de derechos humanos que promueve el argumento). Así, esta visión terminó confluyendo con una visión tradicional del derecho internacional (aunque no necesariamente conservadora, desde el punto de vista político), que defendía las mismas intuiciones.

La estrategia del activismo de derechos humanos fue efectiva desde el punto de vista político. Sin embargo, aunada a la inercia de los internacionalistas de la región, tal estrategia terminó haciendo del derecho internacional un “objeto” perfectamente definido e internamente coherente. Por supuesto, ya sabemos que eso no es cierto: al igual que los sistemas jurídicos nacionales, el derecho internacional es un espacio de pugna y contestación, en el que se encuentran diferentes visiones del mundo de lo que es bueno y de lo que es justo. El resultado, como hemos visto, es altamente inestable e incoherente. Con todo, esta lección no penetró la enseñanza tradicional del derecho internacional público en la región.

Este proceso se vio complementado por el carácter marginal de las teorías críticas en la enseñanza del derecho internacional en América Latina.

A pesar de que mucho se ha escrito respecto al origen colonial del derecho internacional, así como sobre su carácter eurocéntrico y su importante papel en la injusta distribución de recursos y poder en la sociedad internacional, las contribuciones latinoamericanas en este sentido permanecen en los márgenes de la educación jurídica internacional de nuestra región. Esta limitada penetración obedece en parte a motivos lingüísticos y de especialización. Valiosas contribuciones son hechas en inglés, no con fines de enseñanza, sino para consumo de una audiencia con conocimientos avanzados perteneciente a redes transnacionales de cooperación académica, usualmente impulsadas desde Europa o Estados Unidos.

Esta dinámica probablemente obedece a la estructura profunda de la creación y difusión del conocimiento jurídico en nuestra región, y a las variables que hacen que tal conocimiento sea percibido como prestigioso. Sea cual fuere el caso, el resultado de esta dinámica es que las teorías críticas han tenido una influencia marginal en la enseñanza universitaria del derecho internacional en América Latina y, por la misma vía, han fracasado en tener un impacto en la manera en que se usa el derecho internacional en la región.

Este volumen pretende ser un paso para revertir esta tendencia. Ofrece textos que reflexionan sobre el papel del derecho internacional en la construcción del mundo en el que vivimos; en este sentido se manifiestan, por ejemplo, las contribuciones de Bandeira, García, Obregón, Urueña y Singh. Adicionalmente, la muestra ofrece lecturas alternativas sobre la interacción entre el derecho internacional y los ordenamientos nacionales, presentes en los ensayos de Ramelli, Céspedes y Sánchez. Por supuesto, todas estas lecturas no son “críticas” en el mismo sentido y no comparten una misma metodología, ni una misma agenda política o ideológica. Sin embargo, todas comparten una cierta conciencia de que la metodología, la política y la ideología son relevantes para el derecho internacional, y que puede hacerse una contribución importante a la enseñanza en América Latina si hacemos mayor énfasis en estas variables y menos en las fuentes o los sujetos de un derecho internacional supuestamente “limpio” de toda ideología.

DERECHO INTERNACIONAL: INSTRUCCIONES DE USO

Como se ha discutido, el objetivo de este libro es simple: servir como herramienta para la enseñanza del derecho internacional en América Latina. Para lograr ese cometido, el volumen ofrece contribuciones que tratan de

diversos temas, no todos los cuales serán incluidos en un curso de grado o postgrado. Existen, por lo tanto, por lo menos dos formas de aproximarse al volumen.

De una parte, es posible leer todos los ensayos incluidos en el libro, lo cual dará al lector un panorama bastante completo sobre el poder y los límites del derecho en la sociedad global. Esta forma de lectura será útil para el lector con conocimiento previo en derecho internacional o relaciones internacionales, que busque encontrar en un solo volumen voces autorizadas participando en los debates contemporáneos de mayor relevancia para nuestra región. Esta misma estrategia de lectura será útil para estudiantes de maestría o doctorado que busquen integrar en su lista de lecturas un texto en español que presente de manera sucinta debates actuales en derecho internacional.

De otra parte, es posible integrar algunas de las contribuciones a un curso universitario. Es posible pensar en dos formas de realizar esta integración. Primero, los ensayos pueden servir de lecturas para las lecciones de un curso general de derecho internacional público. En ese caso, puede ser fructífero contrastar los capítulos de este volumen con el tratamiento del mismo tema en libros de texto tradicionales de la región. De este proceso de contraste pueden surgir discusiones interesantes en clase o entre los estudiantes. Sin embargo, es importante notar que algunos capítulos pueden resultar demasiado avanzados para un estudiante que apenas comienza su estudio del derecho internacional. Se arriesga, en esa circunstancia, presentar la disciplina como más compleja de lo que realmente es. Dada esta situación, bien podría el profesor o la profesora sugerir preguntas guía o ubicar a los estudiantes respecto al debate en el que el ensayo busca participar. En segundo lugar, es posible usar las contribuciones a este volumen como lecturas para acompañar un curso en un área especializada del derecho, sea ésta nacional o internacional. Por ejemplo, un curso sobre derechos humanos se beneficiaría de incluir algunos capítulos de este libro en su lista de lecturas, como también sería el caso de un curso de derecho económico, teoría jurídica y derecho constitucional, entre otros.

Sea cual sea el uso dado al texto, el objetivo es que los estudiantes lo lean, lo discutan y se den cuenta que en derecho internacional nada debe ser *necesariamente* como es en la actualidad. Se trata, en realidad, de un constante flujo global de ideas, instituciones y personas, del que somos privilegiados partícipes.

PRIMERA PARTE

Teoría e historia del derecho internacional

¿Para qué estudiar la historia del derecho internacional?*

George Bandeira

INTRODUCCIÓN

Poco después del fin de la Guerra Fría, Thomas M. Franck, uno de los internacionalistas más influyentes del siglo xx, afirmó que el derecho internacional entró en una “era postontológica”. La antigua cuestión de saber si “el derecho internacional es derecho” ya no era importante. Los nuevos tiempos presentaban nuevos desafíos y se tornaba más urgente responder otras cuestiones como: ¿es el derecho internacional efectivo? ¿Es aplicable? ¿Y, más importante, es éste justo?¹

Si la naturaleza jurídica del derecho internacional o su propósito y sus funciones ya no necesitan ser explicados, ¿qué pasa con la historia del derecho internacional? ¿Sería anticuado indagar sobre sus propósitos y funciones, o, simplemente, para qué existe o sirve?

Del mismo modo que preguntar si “el derecho internacional es derecho” incomoda a los juristas², preguntas sobre la utilidad de la historia del derecho internacional, especialmente hoy en día, también incomodan mucho.

Las respuestas sobre este asunto han variado. Algunos autores argumentan que el entusiasmo actual hacia la historia del derecho internacional es

* Traducción al español de María Angélica Prada.

¹ Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, pp. 3-6.

² Ver, por ejemplo, el tratamiento de esta cuestión en Oona Hathaway y Scott J. Shapiro, “Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law”, en *Yale Law Journal*, 2011, Vol. 121, pp. 252-349.

producto de un sentimiento de optimismo que surgió después del fin de la Guerra Fría: la posibilidad de mantener un proyecto liberal en derecho internacional o la inauguración de un orden internacional completamente diferentes³. Otros autores asocian el resurgimiento de la historia del derecho internacional a un sentimiento de ansiedad que surgió después del fin de la Guerra Fría: con el fin de orientarse en un ambiente internacional que es ahora bastante diferente, los juristas necesitan buscar en el pasado las respuestas⁴.

Este capítulo intentará responder a la pregunta “¿para qué sirve la historia del derecho internacional?” desde un punto de vista más comprensivo. En lugar de situar la cuestión después del fin de la Guerra Fría, buscaré demostrar que la pregunta fundamental tiene que ver con la actitud que el abogado (no sólo el historiador del derecho sino más el abogado en general) adopta en relación con el pasado. Responder a tal pregunta de una manera más comprensiva es absolutamente necesario. La respuesta nos llevará a tomar una posición tanto sobre la teoría como sobre la práctica del derecho internacional. También nos dará la posibilidad de entender por qué el derecho internacional se estructura de una manera y no de otra.

En la primera parte, demostraré que la historia del derecho en general (y la historia del derecho internacional en particular) cuenta con una perspectiva práctica ineludible. En la segunda parte, defenderé que esa práctica debe ser criticada si el derecho aspira a ser un instrumento de cambio social, especialmente a favor de aquellos que sufren injusticias en el orden jurídico contemporáneo. En seguida sustentaré que el proyecto crítico de la historia del derecho internacional debe ser radicalizado a partir de las siguientes dos perspectivas: la necesidad de un mayor diálogo entre historia y teoría, y la percepción de que la historia del derecho internacional está íntimamente ligada a aspectos éticos que afectan al mundo actual. Las conclusiones intentarán responder a la pregunta del título de este artículo, a partir de una perspectiva histórica crítica del derecho internacional.

³ Martti Koskeniemi, “Why History of International Law Today?”, en *Rechtsgeschichte*, 2004, Vol. 4, pp. 63 y 64.

⁴ Randall Lesaffer, “International Law and its History: The Story of an Unrequited Love”, en Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice y Maria Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 27-29. Para un análisis de esas dos diferentes lecturas (optimismo y ansiedad) ver: Matthew Craven, “Introduction: International Law and its Histories”, *ibidem*, pp. 3-5.

HISTORIA COMO PRÁCTICA

El pasado rodea al presente del derecho internacional de distintas maneras. Tomemos algunos ejemplos.

Es poco común encontrar algún manual de derecho internacional público que no presente en sus primeras páginas una historia de cómo los Estados establecieron un derecho para regular sus relaciones. Referencias a la Paz de Westfalia, al descubrimiento de América, a la división entre católicos y protestantes son una constante en los imaginarios históricos que los nuevos estudiantes del derecho internacional deben desarrollar para comprender la disciplina.

Pero no solamente los nuevos en la disciplina necesitan dominar este mínimo de la historia del derecho internacional. Los tribunales internacionales utilizan argumentos históricos constantemente. Para citar apenas un ejemplo: en una de sus más recientes decisiones contenciosas —*Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania contra Italia)—, la Corte Internacional de Justicia deliberadamente incluyó al principio de la sentencia una sección denominada “Antecedentes históricos y fácticos”. Abogados especializados en derecho internacional, funcionarios de los ministerios de Relaciones Exteriores y los mismos jueces nacionales hacen uso constante de la argumentación histórica.

El uso de la historia es tan generalizado entre aquellos que practican el derecho internacional, que se dan muchos excesos en el manejo de las pruebas históricas para la construcción de un argumento jurídico. Aquello que en Estados Unidos es comúnmente llamado “*law office history*” (historia de oficina de abogados) también se repite en el derecho internacional: la falta de rigor analítico en la investigación histórica, el uso selectivo del material histórico, el instrumentalismo explícito o implícito en la selección de los datos históricos y las conclusiones que se extraen de esos materiales, la falta de deseo o incapacidad de reconciliar las fuentes conflictivas o también la incapacidad para aceptar las ambigüedades y lo incompletos que son los datos históricos⁵.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, surge una pregunta: ¿por qué los juristas prácticos o teóricos del derecho internacional no renuncian a la historia como medio para construir sus argumentos?

Uno de los historiadores del pensamiento político más importantes de la segunda mitad del siglo xx responde a esta pregunta haciendo una

⁵ David J. Bederman, “Foreign Office International Legal History”, *ibidem*, p. 46.

distinción entre el papel del abogado y el papel del historiador. Para el neozelandés J.G.A. Pocock, el abogado mira hacia el pasado en busca de autoridad aplicable en el presente. El historiador, por otro lado, mira el pasado y sabe que lo que descubra puede ser utilizado en el presente como una forma de autoridad, pero su motivación principal no es la búsqueda de autoridad, ya que, dice Pocock, el historiador puede hacer historia por la propia historia⁶.

Desde esta perspectiva, el uso de la historia para un abogado tiende a tener un carácter práctico. La historia tiene que ser “utilizable” de algún modo como argumento jurídico. ¿Cómo opera, por lo tanto, ese uso? Para Pocock, ese papel práctico de la historia está dirigido a la “búsqueda de autoridad”. La historia permite, entonces, que un argumento jurídico sea justificado por una autoridad que se encuentra en el pasado. Analicemos como esa “búsqueda de autoridad” funciona en un argumento de derecho internacional, para saber si la posición de Pocock es plausible.

Un importante historiador de derecho americano, Robert Gordon, ya había dividido en tres las actitudes de los juristas cuando miran hacia el pasado⁷. Para éste habría, en primer lugar, una posición estática, la cual asume que una norma o una práctica jurídica posee un significado fijo establecido por sus usos en el pasado. En este caso, el jurista sólo puede buscar ese significado fijo en el pasado. Esa postura se aproxima bastante a un tipo de historia que se promovió principalmente durante el siglo XIX, que enfatizaba el papel del historiador como alguien que busca una verdad en el pasado. El talento del historiador, para esa vertiente, radica en recolectar el máximo de material en los archivos históricos para probar que algo realmente ocurrió o que siempre había sido así.

En 1983, un notable internacionalista francés, Prosper Weil, publicó un controversial artículo llamando a los internacionalistas a luchar contra aquello que en ese entonces se conocía como un proceso de “relativismo normativo” en el derecho internacional. El surgimiento de conceptos como *soft law*, *jus cogens* y crímenes internacionales (conocidos hoy en día, en el proyecto de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre Responsabilidad Internacional, como violaciones a una obligación imperativa de derecho internacional general) estaría subvirtiendo las estructuras en las que se basa el derecho internacional desde que fue

6 J.G.A. Pocock, “Law, Sovereignty and History in a Divided Culture: The Case of New Zealand and the Treaty of Waitangi”, en *McGill Law Journal*, 1998, Vol. 43, pp. 483 y 484.

7 Para esa clasificación ver: R.W. Gordon, “The Struggle over the Past”, en *Cleveland State Law Review*, 1996, Vol. 44, pp. 124-126.

creado por los Estados. Así como la introducción del *soft law* en el derecho internacional retiraría de éste su propia naturaleza normativa, el *jus cogens* y los crímenes internacionales crearían una jerarquización indebida de las normas, tornando algunas más importantes que otras. Weil llega a esa conclusión a partir de la constatación de que el derecho internacional tiene y seguirá las mismas funciones desde su surgimiento: promover la coexistencia y objetivos comunes entre Estados. El mantenimiento de esas funciones incluso tornaría en un error la división del derecho internacional entre moderno y clásico⁸.

Independientemente de lo acertado que sea el análisis de Prosper Weil, lo cierto es que el pasado para éste tiene claramente una función de relieves lo que es común, aquello que es continuo en el tiempo. Es evidente que el autor es consciente de que con el paso de los años se producen cambios en las relaciones sociales, pero él asegura que existe un conjunto de elementos que son estáticos en el tiempo, o que por lo menos así deben permanecer, so pena de subvertir la propia naturaleza, el núcleo del derecho internacional. Ese tipo de actitudes es bastante común entre los defensores de la postura voluntarista en el derecho internacional, como es el caso de Weil.

Pero Gordon identifica otra actitud de los juristas en relación con el pasado, la cual está caracterizada por ser dinámica. Aquellos que adoptan esta actitud normalmente acreditan que la interpretación jurídica no solamente varía, sino que también debe variar con el tiempo para poderse adaptar al cambio de las condiciones. Su papel es tornar el futuro mejor que el pasado. Esa postura también guarda relación, aunque muchas veces no de manera explícita, con diversas corrientes historiográficas de los siglos XVIII y XIX que creían en el progreso continuo de la especie humana —y de sus estructuras sociales.

Para ilustrar esas actitudes, tenemos como ejemplo un manual muy popular en la lengua castellana: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* de José Antonio Pastor Ridruejo.

Una de las tesis principales del autor es que el derecho internacional clásico y el derecho internacional contemporáneo se diferencian por tres características básicas. Mientras que el primero se caracteriza por ser liberal, descentralizado y oligárquico, el derecho internacional contemporáneo sería un ordenamiento jurídico de carácter social, institucionalizado y democrático. Aunque Pastor Ridruejo reconoce que no todas las características del

⁸ Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", en *American Journal of International Law*, 1983, Vol. 77, pp. 413-442.

derecho internacional clásico desaparecen, éstas no son las más buscadas por la comunidad internacional⁹.

Pastor Ridruejo buscará una autoridad histórica que sustente las características del derecho internacional contemporáneo. Sin embargo, las características “social, institucionalizado y democrático” solamente se reivindican en oposición a lo que es “liberal, descentralizado y oligárquico”. El derecho internacional contemporáneo necesita de su opuesto (el derecho internacional clásico) para ser reafirmado. El pasado necesita del presente para ser superado y el presente necesita del pasado para ser justificado. El pasado, por lo tanto, se articula constantemente desde el presente.

Aunque pareciera que la postura dinámica enfatizara las discontinuidades (el nuevo y el viejo derecho internacional), ésta también se fundamenta en grandes continuidades. Es por eso que el presente se liga de manera inseparable al pasado y se torna en su consecuencia, el resultado de aquello que aconteció años o siglos atrás.

Ambas actitudes descritas previamente tienen en común que buscan legitimar el presente por medio del pasado. Aunque se utilizan medios diferentes, la busca de la legitimidad se encuentra presente. En el caso de la actitud estática, el pasado debe ser conocido para que el presente y el futuro continúen siendo como éste; en cuanto a la actitud dinámica, el pasado debe ser conocido para que el presente y el futuro sean diferentes a éste.

Respecto a estas dos actitudes, está claro para qué sirve la historia del derecho internacional: para que, de maneras diferentes, legitime un argumento, una norma o una propuesta sobre el sistema jurídico internacional. Esto nos trae de vuelta a la diferencia entre el papel del jurista y del historiador según J.G.A. Pocock, quien cree que el primero sólo busca autoridad en el pasado.

La caracterización de Pocock es bastante adecuada en el momento en que consigue darse cuenta que el pasado, para los juristas, se articula en una dimensión práctica. Es realmente extraño que un internacionalista produzca historia del derecho internacional por puro diletantismo, sin un propósito específico para el mundo real. Una historia por la historia del derecho internacional incluso subvertiría el sentido muy práctico que posee la ciencia del derecho y al que no podría renunciarse. Entretanto, la posición de Pocock no hace justicia a una serie de esfuerzos que han sido emprendidos por diversos historiadores del derecho (inclusive del derecho

⁹ José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, sexta edición, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 84-87.

internacional) de concebir su propio rol de una manera diferente. Es por esa razón que es posible hablar de una tercera actitud de los juristas en relación con el pasado: aquello que Gordon llama la actitud *crítica*. Me gustaría concentrarme en esta tercera postura y explicar las razones por las cuales considero que ésta es la más adecuada si se busca generar cambios más profundos en el derecho internacional, a favor de aquellos tradicionalmente excluidos, utilizando con mayor vigor el aporte interdisciplinario que da la historiografía.

HISTORIA COMO PRÁCTICA CRÍTICA

Una actitud crítica de los juristas en relación con el pasado busca esencialmente destruir o cuestionar la autoridad de un autor, un argumento o incluso una norma en relación con el presente. Aunque la historia, dentro de una postura crítica, todavía debe ser utilizada, no se busca autoridad en el pasado para corroborar un argumento en el presente. El “uso” del pasado está más comprometido con el rompimiento de las tradiciones o, por lo menos, con su reconstrucción después de una minuciosa revisión de sus cimientos.

Ciertamente, como resultado de la influencia de pensadores como Michel Foucault, la actitud crítica del derecho internacional está mucho más preocupada por analizar las discontinuidades en el discurso jurídico internacional, que por estudiar sus continuidades. Éste es un punto de quiebre importante entre las dos actitudes anteriores de los abogados (internacionalistas) en relación con el pasado y la actitud crítica. Los historiadores críticos del derecho internacional han llevado a cabo la búsqueda de las discontinuidades no sólo para descubrir un significado derivado del pasado que persista en el tiempo (como en el caso de la actitud estática) o un significado del pasado que se origina y da lugar a otro (como en el caso de la actitud dinámica), sino una multiplicidad de significados que muchas veces conviven en un mismo tiempo histórico. La discontinuidad también influencia la misma investigación histórica y ha estimulado la idea de que la historia del derecho internacional puede ser interpretada de diversas formas. Si no hay una autoridad específica que deba ser seguida, la lectura del pasado tiende a ser muy diversa.

El importante historiador americano Dominick LaCapra ha definido su propio esfuerzo crítico como “una investigación y una interrogación de los presupuestos básicos en las prácticas y formas de pensamiento”. Los presupuestos, continúa LaCapra, “establecen límites a la investigación que

pueden permanecer sin ser examinados, especialmente cuando están fijados en un hábito o son autoevidentes. La teoría crítica estudia hábitos con el fin de hacerlos explícitos y abrirlos al cuestionamiento de modo que algunos de sus elementos puedan ser validados, y otros puedan ser preparados para modificarse¹⁰. La postura crítica, por lo tanto, puede incluso confirmar una interpretación histórica canónica o clásica, pero esto sólo sucede después de una investigación a fondo sobre los múltiples significados del pasado.

Tomemos dos ejemplos para demostrar cómo esa actitud crítica se ha desarrollado en el derecho internacional.

La narrativa tradicional del proceso de universalización del derecho internacional y aquella que describe un sistema jurídico internacional inicialmente aplicado a los Estados europeos y que, poco a poco, se fue expandiendo a todo el mundo. Ese proceso de expansión se encuentra ligado a políticas colonialistas que dividieron a muchas naciones (algunas de ellas bastante avanzadas desde el punto de vista tecnológico y de la organización burocrática, como China y Japón) en civilizadas, no civilizadas y semicivilizadas. Solamente cuando el proceso de civilización alcanzó las partes más diversas del mundo, ya no fue posible seguirlo dividiendo en categorías de civilización. El reconcomiendo como Estado era el prerequisite para el goce de los derechos internacional básicos, como la igualdad jurídica. En la síntesis de otro manual bastante popular de derecho internacional en castellano, el de Remiro Brotóns y otros, dice: “El estándar europeo de civilización como criterio determinante de admisión en la sociedad internacional permitió su extensión más allá del Occidente cristiano, pero también sirvió las bases y modelos para la expansión imperialista y colonialista en la segunda mitad del XIX en África, Asia y Oceanía”¹¹.

En ese tipo de interpretación histórica canónica del proceso de expansión del derecho internacional, Antony Anghie, un autor asociado con los llamados *TWAIL* (*Third World Approaches to International Law*), con una perspectiva bastante crítica del derecho internacional, ofrece una visión profundamente diferente.

Para Anghie, esa visión de la expansión de la doctrina de la soberanía de Occidente hacia el resto del mundo es equivocada. En verdad, la doctrina de la soberanía se habría formado durante el llamado “encuentro colonial”. Él llega a esa conclusión investigando la manera como uno de los padres del

¹⁰ Dominick LaCapra, “Introduction”, en Dominick LaCapra, *History and its Limits: Human, Animal, Violence*, Ithaca, Cornell University Press, 2009, p. 2.

¹¹ Antonio Remiro Brotóns, *et al.*, *Derecho Internacional: Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 48.

derecho internacional, Francisco de Vitoria, se ocupó de la relación entre los pueblos europeos y los pueblos indígenas. Mediante el desarrollo de una serie de conceptos relacionados con la ley natural y divina, la diferencia cultural entre españoles e indígenas, la existencia de una razón universal para gobernar tanto a europeos como a americanos nativos, Vitoria estaría universalizando maneras de pensar el mundo que serían típicamente españolas (y europeas) para comprender y asimilar a los pueblos colonizados. La doctrina de la soberanía, por lo tanto, se ha formado a partir de su oposición al “otro”, no soberano, que después de algunos siglos de asimilación también se convertirá en soberano. La maniobra para dividir el mundo en civilizado y no civilizado habría comenzado, entonces, mucho antes del siglo XIX. Los “padres” del derecho internacional, de una manera diferente, ya confirmaban esa diferencia y sometían a los pueblos incivilizados a una serie de principios y normas que no surgieron del mutuo acuerdo entre las diversas naciones del mundo, sino de manera unilateral¹².

¿Por qué Antony Anghie debe perseguir esta interpretación no convencional de la obra de Vitoria y el surgimiento de la doctrina de la soberanía? Una de las posibles explicaciones es el objetivo que la actitud crítica pretende alcanzar a través de su lectura de la historia del derecho internacional. El colonialismo es tradicionalmente analizado como algo absolutamente distante de la doctrina de los padres fundadores del derecho internacional. Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Alberico Gentili, Hugo Grocius, Samuel Puffendorf y otros son constantemente vistos como seres iluminados que lograron sistematizar un conjunto de normas para regular y pacificar las relaciones entre los Estados. Al sustentar que el “encuentro colonial” está íntimamente ligado a la doctrina de estos autores, Anghie quiere demostrar que el derecho internacional “nació” marcado por el colonialismo, por el establecimiento de la diferencia entre lo europeo y lo no europeo. Si es así, el colonialismo no sólo es un producto del siglo XIX: ya existía, aunque con otro nombre, antes de eso, y todavía existe hoy en día, sin importar el nuevo nombre que se le dé. La interpretación histórica de Anghie confirma que la investigación histórica minuciosa, fuera de los cánones tradicionales, puede mostrar que mucho de lo que nosotros pensábamos sobre el derecho internacional debe ser repensado y que las realidades que creíamos superadas persisten en formas diferentes.

Por lo tanto, aunque la lucha anticolonial que tuvo su apogeo en los años cincuenta, sesenta y setenta del siglo pasado ha llegado a su fin, es posible

¹² Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 13-31.