

La geología del derecho internacional –gobernanza, democracia y legitimidad

The Geology of International Law –Governance, Democracy and Legitimacy

RESUMEN

Traducción al español del texto seminal del profesor J. H. H. Weiler en el que explora la relación entre la democracia, la gobernanza y el derecho internacional a lo largo de la historia, a través del novedoso enfoque de la geología. En la interacción entre estos tres conceptos y en la pregunta por la legitimidad del derecho internacional, el profesor Weiler identifica tres etapas claves (transaccional, comunitaria y regulatoria) que permiten comprender con mayor precisión este complejo fenómeno.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional, democracia, gobernanza, aproximación geológica, transacción, comunidad, regulación.

* 1999-2004. El presente trabajo ha ido evolucionando en los últimos años a través de una serie de versiones inéditas que he presentado en talleres y conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan; la Facultad de Derecho de la Universidad Duke; la Sección sobre Teoría del Derecho de la Reunión de ILLA London 2000; la Conferencia sobre Globalismo de la Fundación Gulbenkian, Lisboa; el Coloquio sobre Globalización y sus Descontentos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Una versión publicada (en la que I. MOTOC se me unió como coautor, *Taking Democracy Seriously, the Normative Challenges to the International Legal System*) apareció en: S. Griller, (ed.). *International Economic Governance and Non-Economic Concerns* (Wien, 2003). Cada una de las etapas ha marcado una evolución distintiva en el pensamiento influenciado por los numerosos comentarios y críticas que he recibido, los cuales reconozco con agradecimiento.

** Recibido el 14 de julio del 2019, aprobado el 28 de enero del 2020.

Para citar el artículo: WEILER J. H. H. *La geología del derecho internacional –gobernanza, democracia y legitimidad*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 46, mayo-agosto de 2020, pp. 3-24.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.01>

*** Texto original: WEILER, Joseph HH. *The geology of international law –governance, democracy and legitimacy*. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 64, n.º 3, 2004: 547-562.

Traducido por María Soledad da Silva y Julián Rotenberg

ABSTRACT

Spanish translation of Professor J. H. H. Weiler's seminal paper in which he explores the relation between democracy, governance and international law throughout history with a novelty geological approach. In the interaction between these concepts and questioning the legitimacy of international law, Professor Weiler identifies three key layers (Transaction, Community and Regulation) that enable a better understanding of such a complex phenomenon.

KEYWORDS

International law, democracy, governance, geological approach, transaction, community, regulation.

SUMARIO

I. Prefacio: el derecho internacional y la democracia. II. Transacción, comunidad, constitución y regulación y la emergente crisis de legitimidad del Derecho internacional. III. Conclusión: la tragedia de la democracia y el Estado de Derecho en el orden jurídico internacional. Referencias.

I. PREFACIO: EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA DEMOCRACIA

Gran parte del derecho internacional clásico se ha basado en la idea —entre otras— de que los Estados (y sus gobiernos) se dedican a la gobernanza. El derecho internacional se dedica a algo distinto: al establecimiento de una matriz jurídica para la coexistencia y la comunidad entre los Estados que asegure el orden y la justicia.

Esta idea, en la medida en que es cierta, ha condicionado diferentes órdenes de legitimidad para el derecho interno y para el derecho internacional. En el contexto interno, aunque los conceptos de “democracia” y “Estado de Derecho” son términos sub-especificados en el vocabulario de la teoría política y las ciencias sociales, ambos se han vuelto, al menos desde la segunda mitad del siglo XX, inextricablemente vinculados, incluso interdependientes. En nuestras prácticas modernas, el Estado de Derecho encapsula, entre otras cosas, la exigencia y la justificación de la obediencia al derecho. Dicha obediencia no podría ser exigida ni justificada si las normas en cuestión no emanaran de un sistema jurídico inserto en alguna forma de democracia. Según esta lectura, la democracia es uno (aunque no el único) de los componentes normativos indispensables para la legitimidad de un orden jurídico. Si —apartándose de entendimientos previos— la obediencia se garantiza de hecho sin la legitimidad que emana de las prácticas democráticas, no podemos ya calificar la situación como un Estado de Derecho. Una dictadura que cumpliera a rajatabla con

su sistema jurídico interno sería solo eso: una dictadura que sigue normas jurídicas. No calificaría como un sistema que garantice el Estado de Derecho. El caso inverso también es cierto: es en las normas jurídicas donde debemos fijarnos para definir si las prácticas democráticas han sido cumplidas y, más generalmente, el Estado de Derecho, con su limitación del uso arbitrario del poder, es considerado un elemento material indispensable de la democracia moderna. Cualquier intento de justificar expresiones de la voluntad popular, aún verificables, por fuera de los procedimientos definidos legalmente es considerado más como un gobierno de la masa que una democracia.

Este no es el caso del “Estado de Derecho Internacional”. Dado que tradicionalmente no se lo entiende ni este se auto-percibe como un sistema de gobernanza, puede existir, sin que ello sea una paradoja, una norma de derecho internacional que exija que los Estados (al menos los nuevos...) adhieran a algún concepto mínimo de democracia, sin exigir lo propio de sí mismo. Sería tentador amalgamar el principio del consentimiento, tan profundamente arraigado en el discurso normativo del derecho internacional y su principal artefacto de legitimación, con la democracia. Un enunciado como “una norma consuetudinaria no puede emerger sin el consentimiento, expreso o tácito, de [todos los Estados obligados por ella], [las principales familias jurídicas], [aquellos más afectados por la norma], etc.” suena bastante a democracia a nivel internacional. Sin embargo, en los hechos y en el derecho, en la teoría y en la práctica, esto forma parte de un vocabulario muy diferente: el de la soberanía y la igualdad (y desigualdad) soberana¹. Es, en cierto modo, lo opuesto a la democracia, ya que se basa en la premisa jurídica, aunque a veces resulta una ficción, de que el colectivo no tiene el poder ni, por cierto, la autoridad para imponer su propia voluntad sobre sujetos individuales sino a través de su consentimiento específico o sistémico, expreso o implícito. En otras palabras, se basa en la premisa, cuya forma extrema asegura que no hay un colectivo con poder normativo y, en forma menos extrema, asegura que incluso si existe tal colectivo, existe un poder inherente para salirse de él, a través de la negativa a firmar instrumentos, la introducción de reservas, la figura del objeto persistente, etc. Esto, por supuesto, es lo opuesto a cualquier noción práctica de democracia la cual se basa en la premisa opuesta, aunque justificada en la teoría política, de que una mayoría dentro de un colectivo, un *demos*, tiene la autoridad para obligar a sus miembros individuales, incluso en contra de su propia voluntad.

¿Es la democracia, entonces, una categoría relevante para el proceso jurídico internacional en sí mismo? Podría serlo en la medida en que el derecho internacional, en forma general o parcial, pueda y deba ser entendido como gobernanza. Pero incluso si esto fuera cierto, ello no significa automática-

1 KINGSBURY, BENEDICT. Sovereignty and inequality. *Eur. J. Int'l L.*, 1998, Vol. 9, n.º 4, p. 599-625 le presta especial atención a estos problemas en su texto fundamental.

mente que uno de los instrumentos principales para legitimar la gobernanza a nivel interno sea, y pueda ser, extrapolable a la gobernanza internacional². Pero en la medida en que el derecho internacional muestra características de gobernanza, incluso si la democracia no se convierte en el instrumento que le otorga legitimidad, debe buscarse al menos otro dispositivo comparable.

Lo que sigue es un boceto para examinar estas cuestiones.

El derecho internacional y el sistema jurídico internacional no son estáticos y han cambiado a lo largo del tiempo. Esta es una frase trillada, por supuesto. Aunque no menos importante, el entendimiento de la legitimidad sobre el ejercicio del poder normativo no ha sido estático y ha cambiado —tanto como fenómeno social empírico y como concepto normativo. ¿Cómo puede uno relacionar entre sí estos dos blancos móviles? Empleo aquí la metáfora de la geología. Esta no es una mera expresión cursi sino que representa un compromiso metodológico serio. Representa un enfoque particular para tratar con el tiempo, con la historia.

En primer lugar, este enfoque hacia el pasado es instrumental. No me interesa el pasado *per se* sino principalmente en el sentido de que puede arrojar luz sobre el presente.

Segundo, y más importantemente, mientras que el método historicista clásico tiende a periodizar, la geología estratifica. La historia enfatiza el cambio; la geología enfatiza la acreción. Generalmente, se toma una captura geológica y luego los estratos acumulados del pasado son identificados, analizados, conceptualizados. A través de la estratificación, la geología pliega todo el pasado dentro de cualquier momento determinado en el tiempo: el momento en que se examina la sección geológica. Este método resulta crucial para este entendimiento particular del sistema jurídico internacional. Por razones proverbiales de tiempo y espacio, no puedo profundizar aquí en el aparato empírico completo sobre el que se basa este análisis. Pero puedo ilustrarlo.

Para dar un ejemplo, tomé una captura del proceso de elaboración de tratados internacionales y, más generalmente, del proceso de elaboración del derecho internacional de 1900 a 1910, en las décadas de 1950 y 1960, y de 1990 a 2000.

En la primera década del siglo xx, uno descubre una predominancia de tratados bilaterales, contractuales, y un número muy limitado de tratados multilaterales creadores de derecho. Uno también descubre, en aquel momento temprano del siglo, una práctica del derecho consuetudinario muy decorosa,

2 En efecto, existe una creciente literatura que es escéptica sobre el uso del concepto de democracia en el discurso internacional —tanto en el dogma como en la praxis. Ver, p. ej. CAROTHERS, THOMAS. Empirical perspectives on the emerging norm of democracy in international law. En *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*. Cambridge University Press, 1992, pp. 261-267. KOSKENNIEMI, MARTTI. Intolerant Democracies: A Reaction. *Harv. Int'l. LJ*, Vol. 37, 1996: 231. MARKS, SUSAN. The End of History-Reflections on Some International Legal Theses. *Eur. J. Int'l L.*, Vol. 8, 1997: 449.

casi “magisterial”, y retrógrada, tipificada por un caso del derecho interno de los Estados Unidos como *Paquette Habana*, que toma parsimoniosamente cuatrocientos años de práctica estatal para afirmar la existencia de una norma vinculante. Un caso como *Lotus* resulta también típico como ilustración del uso característico de la metodología de la costumbre para privilegiar el *status quo* y congelar el cambio.

A mediados de siglo, uno descubre una inmensa iniciativa de tratados multilaterales creadores de derecho ya existentes y en proceso de elaboración que van desde el Derecho del Mar a los Derechos Humanos, e incluso lo que pueden ser llamados tratados “constitucionales”. El derecho consuetudinario reencarna en las llamadas Nuevas Fuentes. Las Nuevas Fuentes, aunque muchas veces utilizan (y, en efecto, se aprovechan de) las nociones clásicas de la costumbre para justificar el surgimiento de una norma vinculante, fueron lo opuesto a la costumbre en el sentido de que lo decoroso, retrógrado y magisterial fue reemplazado por una sensatez agresiva, desfachatada e innovadora, privilegiando el cambio y la transformación, y en las que tanto los tratados como la “costumbre” apreciaban lo comunal y universal por sobre lo particularista³.

Hacia fines de siglo, además de las capas bilateral, multilateral y constitucional de creación de derecho, se observa la emergencia, o engrosamiento, de una cuarta capa que ha sido quizás menos discutida. Esta es una capa regulatoria. Es notable en los campos del comercio, con la explosión de los Acuerdos Económicos Regionales (que superan la centena) así como de la nueva OMC y los acuerdos asociados, y otros campos similares como ambiente, asilo, finanzas. En términos de contenido, la capa regulatoria se ocupa de cuestiones asociadas a la sociedad del riesgo en la que vivimos.

La capa regulatoria es distinta a sus predecesoras en diversas formas: sus objetos tienden a distanciarse de lo que tradicionalmente se ha considerado alta política y aproximarse más a lo que tradicionalmente se ha considerado como baja política. (No se trata típicamente sobre seguridad ni siquiera sobre derechos humanos). Las obligaciones creadas son generalmente positivas por naturaleza, no simplemente prohibiciones de tipo negativo. Hay que lograr ciertas cuestiones — nótese por ejemplo el Artículo 16 de la OMC o las “con-

3 La literatura al respecto es inmensa. Nos hemos beneficiado particularmente de: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO. Custom. En: CASSESE, ANTONIO; WEILER, JOSEPH. *Change and Stability in International Law-making*, European University Institute, Berlin/New York, 1988; MERON, THEODOR. *Human rights and humanitarian norms as customary law*. Oxford: Clarendon Press, 1989; LILICH, RICHARD B. The growing importance of customary international human rights law. *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 1995, Vol. 25, p. 1; REISMAN, W. MICHAEL. The cult of custom in the late 20th century. *Cal. W. Int'l LJ*, Vol. 17, 1987: 133; ROBERTS, ANTHEA ELIZABETH. Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation. *American Journal of International Law*, Vol. 95, no. 4, 2001: 757-791; VAN HOOF, GODEFRIDUS JH. *Rethinking the sources of international law*. Brill Archive, 1983.

diciones” impuestas por el FMI y el Banco Mundial. El régimen regulatorio es frecuentemente asociado con un aparato burocrático internacional, con funcionarios públicos internacionales, y, de manera crítica, con funcionarios estatales de mediano nivel como interlocutores. Los regímenes regulatorios tienen un efecto “directo” e “indirecto” mucho mayor sobre los individuos, los mercados, y, en forma más directa —aunque no siempre tan visiblemente como en el caso de los derechos humanos— entran en conflicto con los valores sociales nacionales.

Es de notar, también en este período, un índice mucho mayor que antes de un nuevo tipo de “práctica” —no la práctica estatal clásica sino una “práctica internacional” de una variedad de órganos que van desde organizaciones internacionales bien establecidas a entidades alusivas como el G7— una práctica que incluso cubre campos clásicos como seguridad y derechos humanos y que puede ser mejor descripta como gestión internacional.

Si se combinan la capa regulatoria de los tratados y la práctica internacional de gestión, una nueva forma de orden jurídica internacional puede conceptualizarse justificadamente como gobernanza.

Las analogías con el derecho interno son inadmisibles, aunque la mayoría de nosotros somos habituales pecadores en este sentido. Podemos presentar la geología del derecho internacional como una réplica en cierta medida de la geología del derecho interno —el giro desde el énfasis contractual decimonónico al Estado interventor de la economía mixta, al Estado constitucional (que es un fenómeno principalmente de la post-Segunda Guerra Mundial), al Estado administrativo de los setenta, ochenta, y más allá.

Resultados similares han surgido en sondeos sobre el área de la solución de controversias. Puedo permitirme incluso ser más sinóptico aquí, dado que esta historia es aún más conocida que la historia de la creación del derecho: aquí también se observa un estrato inicial horizontal, diádico y de autodefensa a través de mecanismos de contramedidas, represalias, etc. Esta es una faceta todavía importante de la imposición de las obligaciones jurídicas internacionales. Luego, a lo largo del siglo vemos un engrosamiento consistente de un estrato triádico —a través de los mecanismos con los que todos estamos familiarizados-arbitraje, tribunales, paneles, etc. El engrosamiento consistió no sólo en la emergencia de nuevas áreas sujetas a la solución de controversias por un tercero, sino también en la remoción de la opcionalidad, en la adición de sanciones y en un proceso general de “juridificación”. La solución de controversias, el área de la diplomacia por excelencia, ha sido reemplazada en forma creciente por procesos legales, particularmente en las dimensiones legislativa y regulatoria de la creación del derecho internacional⁴

4 Ver, p. ej., HELFER, LAURENCE R.; SLAUGHTER, ANNE-MARIE. Toward a theory of effective supranational adjudication. *Yale Ij*, Vol. 107, 1997: 273; STONE SWEET, Alec. Judicialization and the Construction of Governance. *Comparative Political Studies*, Vol. 32, n.º 2, 1999: 147-184;

Y hay, también aquí, un tercer estrato de solución de controversias que podría llamarse constitucional, y que consiste en la creciente predisposición de los tribunales locales a aplicar y confirmar, en ciertas áreas, derechos y deberes emanados de obligaciones internacionales. El rótulo de “constitucional” puede justificarse por el status de “norma de mayor jerarquía” otorgado a la obligación jurídica internacional⁵.

De acuerdo con estos hallazgos, la tentación inicial sería la de caracterizar los inicios del último siglo como un periodo de relaciones jurídicas transaccionales, mirar el periodo de mediados de siglo, especialmente en las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, como uno caracterizado por la emergencia de la Comunidad, y el *fin-de-siècle* como el período de la gobernanza internacional. (En breve le daré más densidad a estas etiquetas: transacción, comunidad y gobernanza.) Pero, observando más de cerca los datos, uno se topa con una obviedad: incluso en la primera parte del siglo xx había, junto al grueso estrato de elaboración de tratados bilaterales transaccionales, ya finos estratos del estilo multilateral e incluso de gobernanza de órdenes internacionales. De igual modo, uno nota que, a mediados de siglo y en el *fin-de-siècle*, junto a los tratados constitucionales y creadores de normas, continuó una rica práctica de lo bilateral y transaccional, que por cada afirmación de Nuevas Fuentes y valores comunales existía también un clásico *Texaco*, un heredero de fin de siglo del caso *Lotus*. El cambio, entonces, no sería adecuadamente descripto como un giro, digamos, del bilateralismo al multilateralismo. Lo que había cambiado era la estratificación. El bilateralismo persiste e incluso prospera como un estrato importante del derecho internacional a lo largo de todo el siglo y hasta el día de hoy. Entonces, la geología nos permite hablar no tanto de transformaciones sino de acumulación de capas, de cambios que son parte de la continuidad, de nuevos estratos que no reemplazan a los anteriores, sino que simplemente se posicionan junto a ellos. La geología reconoce erupciones, pero también permite un enfoque en lo ordinario y lo cotidiano. Nos permite concentrarnos en la fisonomía

SCHNEIDER, ANDREA KUPFER. Getting Along: The Evolution of Dispute Resolution Regimes in International Trade Organizations. *Mich. j. Int'l L.*, Vol. 20, 1998: 697; REICH, ARIE. From diplomacy to law: the juridicization of international trade relations. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 17, 1996: 775; WEILER, Joseph HH. The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement. *Journal of World Trade*, Vol. 35, n.º 2, 2001: 191-207, disponible en <http://www.Jeanmonnetprogram.org/papers/2000/001901>. De forma más general, ver la edición especial de Organizaciones Internacionales: Legalisation and World Politics, International Organization, Vol. 3, n.º 54, 2000.

5 Cf. CASS, DEBORAH Z. The “constitutionalization” of international trade law: judicial norm-generation as the engine of constitutional development in international trade. *European Journal of International Law*, Vol. 12, n.º 1, 2001: 39-75; PETERSMANN, ERNST-ULRICH. Constitutionalism and international organizations. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 17, 1996: 398. Para un enfoque diferente, ver: WEILER, Joseph HH; TRACHTMAN, JOEL P. European constitutionalism and its discontents. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 17, 1996: 354.

más que en la patología. Como suele suceder, el punto de vista, el prisma desde donde se examina el objeto determina en gran medida la imagen que surge. La geología del derecho internacional es, entonces, tanto la ventana como los barrotes en la ventana, que enmarcan y dan forma a nuestra visión.

Es sobre este trasfondo que desarrollo las actuales tesis de esta presentación. Las ideas detrás de estas tesis son lo suficientemente convencionales y espero, por supuesto, que resulten persuasivas al lector. Sin embargo, involucran múltiples cabos que atar y requieren mantener varias pelotas en el aire simultáneamente. He aquí entonces un pequeño resumen.

En primer lugar, y siendo directo, creo que un enfoque que examine la democracia en relación con el “derecho internacional” o el “sistema jurídico internacional” y se pregunte “¿Es el derecho internacional democrático? ¿Debería ser democrático?”, etc., es menos que óptimo debido a la suposición monolítica en la que típicamente se basa. Las formas y los medios para el establecimiento de normas internacionales y la creación del derecho internacional, los modos en que el derecho internacional “ordena”, son tan variadas, incluso tan radicalmente diferentes, que cualquier intento de traerlas al laboratorio de la democracia como si pertenecieran a una especie monolítica llamada “derecho internacional” resultará en un entendimiento reduccionista y empobrecido del derecho internacional, de la democracia y de la relación real y potencial entre ambos.

Puede ganarse mucho, en este contexto, al desempacar conceptualmente el derecho internacional o el sistema jurídico internacional en los diferentes modos coexistentes de “orden” que el repaso “geológico” revela: derecho internacional como Transacción, derecho internacional como Comunidad, y derecho internacional como Regulación. Cada uno de estos modos presenta diferentes desafíos normativos, implica un discurso diferente sobre democracia y legitimidad, y, eventualmente, requerirá un conjunto diferente de soluciones. Lo crítico es que voy a proyectar cada uno de estos modos de orden como una instancia de gobernanza que, a su vez, requiere cierta forma de legitimación.

En segundo lugar, y dicho de manera simple, creemos que la democracia, a su vez, no puede ser tratada monolíticamente. En este caso no requiere desempacar sino lo opuesto: re-empacar como parte de un discurso más amplio sobre legitimidad. En los contextos locales, la ausencia de “democracia” (al menos en el sentido estricto de la palabra) en todos los aspectos de la gobernanza doméstica no resulta siempre una laguna, ni siquiera un “mal necesario”, y no en todas las situaciones deslegitima *per se* tales sistemas domésticos. La legitimidad incluye otros elementos también.

Lo que complica la cuestión es que, según se mencionara arriba, las nociones sobre el derecho internacional, y las susceptibilidades respecto de

su legitimidad, han también cambiado⁶. El transaccionalismo fue una capa prominente del derecho internacional del temprano siglo xx. Estaba legitimado por referencia a aquel viejo mundo y sus normas prevalecientes. El transaccionalismo persiste en el derecho internacional del temprano siglo xxi y es una capa prominente también hoy. Pero en la medida en que sus rasgos legitimadores del viejo mundo aún lo acompañan, tenemos los gérmenes de la crisis de legitimidad en este sentido. El comunitarismo es más prominente como parte del derecho internacional de mediados del siglo xx y encuentra sus rasgos legitimadores originales en aquella época. Es todavía una capa importante en el universo del derecho internacional del siglo xxi, pero su legitimidad presenta nuevas preguntas. Finalmente, la gobernanza, aunque existía en épocas anteriores, emerge como una capa gruesa y crítica hacia fines del siglo xx. Requiere un discurso de legitimidad completamente nuevo.

II. TRANSACCIÓN, COMUNIDAD, CONSTITUCIÓN Y REGULACIÓN Y LA EMERGENTE CRISIS DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. Interpretando el transaccionalismo como gobernanza

Históricamente, el derecho internacional transaccional fue el modo predominante de orden. Aún hoy es una parte grande e importante del universo general del derecho internacional. En su forma más pura es diádico y está mejor representado por el tratado bilateral transaccional. Se basa en un entendimiento de un orden mundial compuesto de Estados igualmente soberanos que persiguen sus respectivos intereses nacionales a través de un uso iluminado del derecho para garantizar los acuerdos alcanzados. Puede incluso haber expresiones multilaterales e incluso organizaciones internacionales que son expresiones del derecho internacional diádico. La Unión Postal Universal, para nombrar una organización antigua aún existente y relevante, y el GATT en su encarnación de 1947 son ejemplos de ello. Aunque multipartitos en forma (lo que sugiere, entonces, una autocomprensión del orden jurídico internacional más comunitarista y multilateral), en lo sustancial son estructuras más eficientes que permiten a sus partes realizar acuerdos bilaterales. Abundan muchos otros ejemplos.

¿Cómo ver entonces el modo de orden transaccional como un fenómeno de gobernanza? ¿No es aparentemente precisamente lo opuesto: la expresión de acuerdos privados, bilaterales?

6 Ver FRANCK, THOMAS M. Legitimacy in the international system. *American Journal of International Law*, Vol. 82, n.º 4, 1988: 705-759; GEORGIEV, Dencho. Politics or rule of law: deconstruction and legitimacy in international law. *Eur. J. Int'l L.*, Vol. 4, 1993: 1; WEILER, JOSEPH HH; PAULUS, ANDREAS L. The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law? *European Journal of International Law*, Vol. 8, n.º 4, 1997: 545-565 y la bibliografía allí citada.

Suele serlo, y cuando lo es, no resultaría muy iluminador llamarlo gobernanza. Si cada instancia de creación de normas debe ser entendida como parte de la gobernanza internacional, el término perdería toda su significancia explicativa y normativa en comparación con el derecho internacional en general.

Pero hay instancias, pasadas y presentes, en las que mientras la forma de la creación de normas es efectivamente privada y bilateral, el fenómeno resultante puede pensarse útilmente como parte de la categoría de gobernanza internacional. El transaccionalismo puede o podría manifestarse como gobernanza de dos maneras distintas:

La primera es efectivamente en el ámbito de los acuerdos privados, bilaterales, como tantos tratados bilaterales ribereños o, digamos, tratados bilaterales para la gestión de puentes transfronterizos. El elemento de gobernanza en tales tratados reside en el hecho de que se extienden más allá de un tipo “ejecutivo” de contrato que termina con la finalización de la transacción y se extienden más allá de un tipo “normativo” de contrato que deja a las partes libertad para actuar pero que limitará y encauzará tal libertad y definirá ciertas acciones de las partes como no permitidas. En cambio, aquí tendríamos un régimen de gestión: que crea una obligación de cuidado a largo plazo, y de hecho establece un aparato administrativo para mantener y gestionar un recurso común. Ambas partes pueden verse como involucradas, aunque bilateralmente, privadamente y modestamente *rationae materiae*, en un régimen de gobernanza. La práctica no es excepcional. Es muy común. Su importancia para nosotros no reside tanto en el desafío normativo que presenta sino en el entendimiento que nos da del fenómeno de la gobernanza. No sólo, por más importante que esto pueda ser, en el sentido histórico y conceptual de intentar comprender todas las principales formas de la gobernanza internacional, sino también en un sentido fenomenológico. El bilateralismo puede haber sido el laboratorio, el campo de ejercicio, el tubo de ensayo donde los Estados (y otros actores) adquirieron gradualmente los hábitos de la gobernanza internacional.

En su segundo modo, el transaccionalismo bilateral debe ser entendido como gobernanza en la medida en que produce un régimen general de legislación y gestión. El fenómeno no es excepcional. Consideremos primero los siguientes ejemplos: los viejos Tratados de Amistad, Comercio y Navegación de los Estados Unidos aún existentes, o los modernos Acuerdos de Zonas de Libre Comercio en los que la Unión Europea tiene una enorme práctica. Los Tratados Bilaterales de Inversiones son un tercer ejemplo.

En todos estos casos tenemos lo que parecen en su forma acuerdos bilaterales, privados. En los primeros dos ejemplos (a diferencia de los TBI) no hay un modelo aprobado internacionalmente. Si vemos los TLC modernos, notaremos que son de una significancia socioeconómica muy considerable que involucra la cultura y, por lo tanto, elecciones definitivas de identidad. Microscópicamente son, de hecho, contratos bilaterales privados entre Estados.

Pero telescópicamente, en modo agregado, definen un régimen multilateral. En todas las instancias, los Estados Unidos y la Unión Europea utilizan un modelo. El espacio de negociación para sus socios “bilaterales” es extremadamente estrecho —frecuentemente limitado a las dimensiones temporales como la entrada en vigor, pero sin tocar las obligaciones materiales, el régimen de responsabilidad, la solución de controversias y las sanciones. Son, en muchos aspectos, el equivalente internacional de los contratos de adhesión del derecho interno. Se caracterizan por la misma desigualdad en el poder de negociación que es familiar a los contextos internos y presentan, *mutatis mutandis*, cuestiones normativas similares.

Algunas variantes interesantes de este fenómeno son, en efecto, como se mencionara arriba, aquellos tratados —como la OMC/GATT— que son multilaterales en la forma pero que tienen ciertas dimensiones, como en el caso fundamental del establecimiento de aranceles consolidados, que son simplemente un agregado de acuerdos bilaterales —extendidos universalmente a través del principio de Nación Más Favorecida. La actual OMC, resultante de la Ronda de Uruguay, es frecuentemente criticada por haber sido injusta en el equilibrio entre los países desarrollados y en desarrollo. En general, esta crítica no es sino la expresión de una frustración generalizada respecto de la globalización y la desigualdad de la riqueza entre las naciones —fenómenos que deberían ser asociados con los regímenes internacionales con cierto cuidado. (En muchos casos, el régimen internacional no es la causa, sino que debería ser considerado más apropiadamente como la respuesta al problema).

En el caso de la OMC/GATT, la queja de injusticia puede vincularse al fenómeno que estamos discutiendo, la acumulación de acuerdos bilaterales en el contexto de un “Paquete Único” multilateral. Porque allí yace un núcleo duro de verdad crítica. Es el desequilibrio entre el paraguas normativo, organizacional y administrativo general provisto por el paquete único OMC aceptado por todos los Miembros, desarrollados y en desarrollo, que se extiende a un paquete de acuerdos arancelarios bilaterales poco generoso y a veces malintencionado, y lo legitima con el aura del multilateralismo. Este desequilibrio está compuesto, por supuesto, por las enormes diferencias económicas entre las partes. Las únicas negociaciones en igualdad de armas son entre los gigantes: la Unión Europea, Estados Unidos y un puñado de otros. Para el resto es principalmente una cuestión de “tómalo o déjalo”.

Esto va más allá de la metáfora del contrato de adhesión del derecho interno. Sería el equivalente a un contrato de adhesión con la legitimidad y la fuerza de un acto legislativo aprobado por un parlamento sin que ese parlamento haya leído jamás su contenido.

Resulta interesante explorar la legitimidad, tanto interna como externa, de la obligación jurídica internacional diádica, transaccional. Los conceptos clave interrelacionados que subyacían este modo de orden eran la igualdad soberana, el consentimiento y el principio *pacta sunt servanda*. La igualdad

soberana es crítica para la cosmovisión transaccional ya que encapsula el rechazo a una comunidad que pueda imponer su voluntad por sobre sus miembros. El consentimiento, en un sentido similar, no es sólo una condición técnica para obligarse, sino una referencia al estatus y un significante de la autocomprensión del (no) sistema. Y *pacta sunt servanda* no es sólo el axioma indispensable y tautológico de la obligación, sino un significante del mundo del honor en el que aquellos igualmente soberanos entendían que se encontraban. De hecho, en nuestra opinión, el modo transaccional del derecho internacional en su contexto histórico temprano debe sus raíces más profundas y su pretensión de legitimidad al caballeroso mundo pre-estatal del feudalismo. Aunque transformados al Estado, el vocabulario, la retórica y los valores de la igualdad soberana, el consentimiento y el principio *pacta sunt servanda* fueron recogidos casi intactos.

Hubo enormes ganancias para esta fundamentación de las obligaciones jurídicas internacionales en aquel mundo pre-moderno de la caballería. Hubo, primero, una confluencia de la autoridad interna y externa del Estado donde la legitimidad de cada una se alimentó de la otra. Fue también, paradójicamente, una manera de legitimar la guerra y la subyugación de otros Estados. Así como en el mundo de la caballería sólo los otros caballeros —pares— eran objetivos legítimos para el uso de la fuerza (sujeto a desafíos rituales, etc.), la elevación de todos los Estados a la categoría formal de soberanos e iguales es lo que permitió el desenvolvimiento de la desigualdad real entre los Estados.

La principal preocupación de legitimidad de esta “porción” del sistema jurídico internacional concierne por un lado la centralidad continua del derecho internacional diádico transaccional que se ubica, por otro lado, dentro de un “ambiente normativo” en el que la vieja legitimidad formal tiene poca tracción.

Sólo insinuaré algunos de los problemas normativos. Un problema mayor es la confluencia entre la soberanía externa e interna exhibida en la noción misma de interés nacional. Puede haber cierta correspondencia con el interés nacional en asuntos, digamos, de guerra y paz, y consiguientemente en su proyección sobre cuestiones como pactos de defensa mutua y otros similares. Pero hoy nadie puede argumentar creíblemente que los tratados bilaterales al estilo de los de “Amistad, Navegación y Comercio”, de los cuales los Estados Unidos continúan teniendo una plétora, o las “zonas de libre comercio” bilaterales que la Unión Europea tiene con más de la mitad de los países del mundo son una manifestación indiscutida del “interés nacional”. Son acuerdos enraizados en una cierta cosmovisión, que reivindican ciertos intereses socioeconómicos internos. Esto, a su vez, presenta dos asuntos delicados: uno es la medida del escrutinio democrático que reciben los tratados como estos en las democracias desarrolladas como los Estados Unidos o la Unión Europea. Suelen recibir mucho menor escrutinio democrático que la legislación

interna con el mismo impacto socioeconómico redistributivo. Este ciertamente suele ser el caso en Europa y no es tan infrecuente en los Estados Unidos. El segundo problema es que los gigantes económicos como los Estados Unidos y la Unión Europea pueden imponer tales tratados a otros Estados más débiles no sólo dejándolos con poco o ningún margen de negociación, sino incluso con menos atención a su escrutinio democrático interno.

*2. Lo constitucional y lo legislativo: el derecho internacional como comunidad*⁷

Una interpretación de las capas legislativa y constitucional del mapa geológico revela el notorio y positivamente comentado fenómeno de la emergencia, en algunas áreas, de cierta forma de comunidad internacional. Existen hitos estructurales y materiales en la emergencia de tal comunidad. Estructuralmente, detectamos la emergencia de nuevos tipos de organización internacional. Algunas organizaciones internacionales, como por ejemplo la Unión Postal Internacional, son más que nada un mecanismo para cumplir más eficientemente los fines contractuales de los Estados. En el extremo opuesto, tomamos las Naciones Unidas o la Unión Europea y encontramos organizaciones cuyos objetivos articulan fines que en parte son independientes, o distintos, de los fines específicos de sus Estados Miembros. Están concebidos, por supuesto, como fines en el interés de los Estados Miembros, pero frecuentemente trascienden todo interés transaccional específico y son de un tipo “meta” —léase, el interés general en tener una comunidad internacional ordenada o justa.

Materialmente, el hito de la comunidad, en mi opinión, puede encontrarse en la apropiación o definición de bienes comunes. Los bienes comunes pueden ser materiales, como el lecho marino en alta mar, o territoriales, como ciertas áreas del espacio. Pueden ser funcionales, como ciertos aspectos de la seguridad colectiva, y pueden ser espirituales: los derechos humanos definidos internacionalmente o las normas sobre el medioambiente representan bienes espirituales comunes sobre los que Estados ya no pueden ejercer más su soberanía exclusiva, incluso dentro de su territorio, de lo que podrían sobre áreas del espacio que se extienden por encima de su espacio aéreo.

Explicar estos bienes comunes en términos de regímenes contractuales es, en el mejor de los casos, poco convincente y, en el peor, ingenuo. Uno debe establecer una comunidad compuesta de ciertos Miembros pero cuyos objetivos y valores pueden ser distintos de los objetivos específicos de cualquiera de ellos.

7 Ver, en forma general, el profundo y exhaustivo estudio realizado por SIMMA, BRUNO. *From Bilateralism to Community Interest in International Law* (1994-VI) 250. *Recueil des Cours*, Vol. 221.

Es más fácil entender lo constitucional y lo legislativo como formas de gobernanza. Después de todo, cuando hablamos de gobernanza no nos referimos sólo al fenómeno administrativo. Hay, sin embargo, un escaso valor agregado en términos explicativos al decir que la creación de normas internacionales a través de tratados u otro modo debería ser adornada con el manto semántico de la gobernanza.

El valor agregado es notable, creo, en un enfoque distinto para entender cómo los tratados multilaterales creadores de derecho frecuentemente se inmiscuyen en funciones de gobernanza doméstica o, en cambio, llevan al establecimiento de regímenes regulatorios o de gestión internacionales en un modo similar al contexto interno —legislación general que crea una lógica que termina en una agencia o departamento gubernamental administrativo y regulatorio.

Para ejemplos del impacto sobre el gobierno, una de las áreas más fructíferas son los regímenes de derogación. Los “Artículos XX del GATT” del derecho internacional. Creo que el fenómeno es genérico: el régimen jurídico mismo es “legislativo” por naturaleza, creando ciertas obligaciones para el Estado que pueden ser implementadas a través su régimen legislativo. Las derogaciones implican grandes entrecruzamientos con la gobernanza y la administración domésticas. El impacto del derecho internacional no se da aquí da a través de un régimen directo de gobernanza que se impone sobre el Estado sino a través del impacto en las propias funciones de gobernanza del Estado.

El proceso de Tratado a Agencia es descrito en la siguiente sección.

En el área de la comunidad también hay una mirada de problemas de legitimidad. Enumeraremos brevemente sólo cuatro: las ficciones del consentimiento, la restricción de la salida, el desempaque del Estado, y, finalmente, la existencia de “comunidad” sin organización política.

El crecimiento del número de Estados y la complejidad de las obligaciones jurídicas internacionales tornan crecientemente a las formas de consentimiento como modos de justificación de normas en ficticias, requiriendo la invocación de presunciones, silencio, meta-consentimiento y demás. Muchas de esas mismas normas que fueron hitos de la comunidad son frecuentemente aquellas en las cuales el consentimiento significativo es poco más que una ficción. Esto es particularmente cierto para normas cuya validez depende de cierto empleo de la “costumbre” o los “principios generales”⁸.

Pero este es también el caso en relación con muchos tratados multilaterales. Crecientemente, regímenes internacionales como el Derecho del Mar o la OMC son negociados en una plataforma de “tómalo o déjalo”. Los funcionarios de la OMC están siempre preparados con el pretexto “qué quieres: esto ha sido firmado y ratificado por gobiernos soberanos”. Pero para la mayoría de los

8 Cf. la pieza innovadora de TOMUSCHAT, CHRISTIAN. Obligations Arising for States Without or Against their Will, (1993- IV) 374, Recueil des cours, Vol. 241.

Estados, el “tómalo” es ficticio y el “déjalo” lo es aún más. El consentimiento dado por estos Estados “soberanos” no es muy diferente del “consentimiento” que cada uno de nosotros da cuando actualizamos el sistema operativo de nuestra computadora y *cliqueamos* alegremente el botón de “Aceptar” los Términos y Condiciones de Microsoft. Uno no puede permitirse estar afuera, y tampoco puede permitirse irse. La legitimación derivada de la soberanía es cada vez más indefendible. La habilidad para elegir las propias obligaciones se ha ido: el compromiso único, el tratado sin reservas, son hoy en día cada vez más la norma que la excepción. Es todo o nada, y nada no es una opción, así que debe ser todo. Entonces, incluso los Estados en los que hay un control democrático interno significativo de la política exterior están obligados, democráticamente, a *clickear* el botón de “Aceptar” de, digamos, la OMC o el Derecho del Mar.

Además, el consentimiento clásico estaba basado en una fusión del gobierno con el Estado. Esa fusión ya no es más defendible. Como se ha notado, el quiebre en términos materiales entre lo “interno” y lo “internacional” significa que la mayor parte de la normatividad internacional es tan disputada socialmente como la normatividad doméstica. El hecho de que el derecho internacional continúe fusionando el gobierno con el Estado es preocupante: se toma la pretensión de obediencia del derecho internacional y se combina con la fusión del gobierno y el Estado que el derecho internacional propone y se obtiene poco más que un empoderamiento monstruoso del poder ejecutivo a expensas de otros dominios políticos, o un empoderamiento de aquellos intereses internos especiales que tienen una mejor captación del poder ejecutivo.

Finalmente, a pesar de los valores “progresistas” con los que normalmente se asocia el giro hacia a la comunidad —notablemente los derechos humanos y el medioambiente—, la ausencia de una verdadera organización política es altamente preocupante.

Pocas áreas del derecho internacional contemporáneo han sido presentadas como un desafío tan grande al pasado y han provocado tanta retórica sobre la transformación como los derechos humanos. El “giro” hacia el individuo, la “valorización” del individuo, la “perforación del velo estatal”, etc. Que el derecho internacional haya tomado interés en los derechos humanos, así como lo ha hecho con el medio ambiente es sin dudas un desarrollo material importante. Que los haya definido como bienes comunes es un desarrollo estructural importante. Ubicar a los derechos humanos al lado del medio ambiente es útil. Porque, visto a través del prisma de la teoría política, el derecho internacional trata a los seres humanos del mismo modo en que trata a las ballenas y a los árboles. Objetos preciosos que requieren regímenes muy especiales para su protección. El lenguaje superficial del discurso internacional de los derechos puede ser neo-kantiano. Su estructura profunda es absolutamente pre-moderna. Es una noción de derechos que se asemeja al Imperio Romano, que concibe a los individuos como un objeto sobre el que

conceder o reconocer derechos, y no como agentes de quienes emana el poder para que opere tal concesión. Es una visión del individuo como un objeto o, a lo sumo, como un consumidor de resultados, pero no como un agente del proceso. En cierta forma, el sistema jurídico internacional es incluso peor que el Imperio Romano: el derecho internacional genera normas. Pero no hay, ni puede haber, una ciudadanía y ciudadanos que generen esas normas. El individuo en el derecho internacional, visto estructuralmente sólo como un objeto de derechos pero no como una fuente de autoridad, no difiere de las mujeres en las sociedades de la pre-emancipación, o incluso de los esclavos en tiempos romanos, cuyos derechos eran concedidos por la gracia de otros.

Y, por supuesto, lo que le da una arista más filosa a estas cuestiones es la situación frecuente de todas las formas de obligación internacional en un mecanismo mucho más efectivo y vinculante de imposición.

3. *La capa regulatoria: el derecho internacional como gobernanza T3*

Finalmente, interpretar primariamente la dimensión regulatoria del derecho internacional apunta hacia fines del siglo no a la emergencia de un Gobierno Mundial (una idea horrible en sí misma) sino a algo no menos fútil: gobernanza sin gobierno⁹.

¿Cuáles son los hitos de la gobernanza internacional?

- La creciente importancia de los estratos administrativos o regulatorios de los tratados. Existe en la actualidad una creciente regulación internacional de materias que hasta ahora estaban no sólo bajo el dominio de los Estados sino bajo el dominio de la administración dentro del Estado.

- Existen formas cada vez más nuevas de obligaciones:

9 Cf. ROSENAU, JAMES N.; CZEMPIEL, ERNST-OTTO; SMITH, STEVE (ed.). *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge University Press, 1992. "...[E]l concepto de gobernanza sin gobierno es especialmente conducente al estudio de la política mundial en tanto la autoridad central se encuentra prominentemente ausente de este dominio de los asuntos humanos, aunque es igualmente obvio que una cantidad mínima de orden y de acuerdos rutinizados están normalmente presentes en la conducción de la vida mundial. Dado un orden que carece de autoridad central con la capacidad para imponer decisiones a escala global, se sigue que la primera tarea de investigación será probar el alcance con el que las funciones asociadas normalmente con la gobernanza se llevan a cabo en la política mundial sin las instituciones de gobierno". (p.7) La gobernanza sin gobierno se asocia con la literatura, a veces exagerada, sobre la "desaparición" o el debilitamiento del Estado-Nación clásico, o en su forma más minimalista, su pérdida total de dominio sobre el proceso jurídico internacional. Nos hemos beneficiado y le debemos mucho a SPRUYT, HENDRIK. *The sovereign state and its competitors: an analysis of systems change*. Princeton University Press, 1996; SPRUYT, Hendrik. *The Changing Structure of International Law Revisited*, *Eur. J. Int'l L.*, 1997, Vol. 8, pp. 399-448; SCHACHTER, OSCAR. *The decline of the nation-state and its implications for international law*. *Colum. J. Transnat'l L.*, Vol. 36, 1998: 7; RUIZ FABRI, HÉLÈNE. *Genese et disparition de l'état à l'époque contemporaine*. *Annuaire français de droit international*, Vol. 38, n.º 1, 1992: 153-178.

*Obligaciones regulatorias directas donde la norma internacional reemplaza a la norma interna. Lo interesante aquí son las nuevas formas en las que la obligación del derecho internacional es cada vez más positiva por naturaleza, en lugar de ser prohibiciones de tipo negativo. También, requiere cada vez más no solo obtener ciertos resultados, sino que insiste en un proceso específico para lograr ese resultado.

*Normas regulatorias indirectas donde la norma internacional no reemplaza al régimen regulatorio gubernamental, pero lo limita seriamente. El ejemplo más común es la disciplina de no discriminación en regímenes comerciales.

*Incentivos para la gobernanza, transformando al régimen internacional la invención de las subvenciones otorgadas por el gobierno federal de los Estados Unidos (*Grants-in-Aid*). Estas pueden ser financieras —como suele ocurrir con el Banco Mundial o el FMI— o regulatorias —como en el caso del *Codex Alimentarius* que promete ventajas materiales y procedimentales a quienes sigan sus normas. El Estado es libre de cumplir, pero tiene mucho para perder si no lo hace. Solamente los más ricos y poderosos pueden permitirse decir que no.

- La emergencia de funcionarios públicos internacionales y de una gestión internacional.

- La “procedimentalización” internacional y la insistencia internacional en la “procedimentalización” interna.

- Una invasión o inversión sutil del orden interno de valores —especialmente en el derecho de defensa, cargas de prueba y presunciones legales.

Aquí también, lo que da una arista más filosa a la gobernanza, y a los problemas normativos que exploraré en breve, es la situación de estas obligaciones y regímenes y un régimen de imposición mucho más efectivo¹⁰.

Entonces, hay gobernanza, pero críticamente no hay gobierno ni gobernados. Es una gobernanza sin gobierno y sin gobernados —léase, una organización política. A nivel internacional, no tenemos las ramas de gobierno o las instituciones gubernamentales a las que estamos acostumbrados por los diseños estatales. Esto es repetitivo pero crucial. Cuando hay gobernanza, ésta debería estar legitimada democráticamente. Pero la democracia presume un *demos* y presume la existencia de un gobierno. Cualquiera sea el modelo

10 Lo “regulatorio” no se superpone totalmente con las organizaciones internacionales como tales. Sin perjuicio de ello, la floreciente bibliografía sobre la legitimidad y la democracia de las organizaciones internacionales resulta útil para entender los desafíos democráticos y de legitimidad a los que da lugar el estrato regulatorio. Ver STEIN, ERIC. International integration and democracy: No love at first sight. *American Journal of International Law*, Vol. 95, n.º 3, 2001: 489-534; ESTY, DANIEL C. The World Trade Organization’s Legitimacy Crisis. *World Trade Review*, Vol. 1, n.º 1, 2002: 7-22; HOWSE, ROBERT. Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence. In: *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

democrático que se adopte, siempre tendrá los elementos de rendición de cuentas, representación y cierta deliberación. Siempre existe una presunción de que todas las nociones de representación, rendición de cuentas, deliberación, pueden injertarse en las instituciones clásicas de gobierno. Del mismo modo, cualquiera sea la justificación de la regla democrática de la mayoría, siempre se presume que la mayoría y la minoría se ubican en una determinada organización política cuya definición es compartida por la mayoría de sus sujetos. La forma de gobernanza del sistema internacional, con gobierno pero sin *demos*, implica que no hay forma de trasplantar la democracia según la entendemos de los contextos estatales a la arena internacional.

Asimismo, el plan alternativo de que esta legitimidad pueda ser adquirida a través del control democrático de la política exterior a nivel estatal pierde su poder persuasivo aquí incluso más que en relación con los valores comunales internacionales. La regulación meso y micro-institucional internacional es difícilmente materia de control democrático por instituciones estatales. El zorro que cazábamos en el modelo tradicional era el poder ejecutivo — nuestro gobierno estatal. En el universo de la regulación transnacional, ni siquiera los gobiernos tienen el control.

Las teorías democráticas, ya sean liberales o neo-liberales, consociativistas o incluso modelos elitistas schumpeterianos, crujen también fuertemente cuando se intenta aplicarlas a estas formas de gobernanza. ¿Quién es el principal y quién el agente? ¿Quiénes son los actores interesados (*stakeholders*)? Podemos definir *demos* y *demoi* de diferentes maneras. Pero no existe un modelo convincente de democracia sin *demos*. El *demos* es un requisito ontológico de la democracia. No hay *demos* subyacente a la gobernanza internacional, pero no es siquiera fácil conceptualizar cómo sería tal *demos*. La teoría de redes y el constructivismo son útiles para describir las formas de gobernanza internacional y explicar cómo funcionan. Pero en cualquier caso agravan los dilemas normativos y de legitimidad más que solucionarlos.

La cuestión de la “democracia” para el derecho internacional no es ya si existe un derecho a la democracia — lo que justificaría, por ejemplo, denegar el reconocimiento, o incluso la intervención para remediar una denegación de la democracia a través de un golpe de Estado. En cambio, la cuestión es cómo, de cara a una comunidad internacional que “se apropia” y define bienes materiales y espirituales comunes, y de cara a una gobernanza internacional que se apropia cada vez más de las funciones administrativas del Estado, podemos establecer mecanismos que, en el vocabulario de la teoría política normativa, legitimarían tal gobierno. Si no se encuentra una respuesta, las enormes ganancias obtenidas en la evolución sistémica de la creación y aplicación del derecho pueden quedar normativa e incluso políticamente anuladas.

III. CONCLUSIÓN: LA TRAGEDIA DE LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

Terminamos volviendo a nuestro punto de partida: el nexos entre el Estado de Derecho (internacional) y la democracia.

Durante gran parte del siglo XX ha habido un considerable ensanchamiento y profundización en el ámbito del orden jurídico internacional. He intentado capturar dicho ensanchamiento y profundización a través de la referencia a las dimensiones transaccional, comunitaria y regulatoria de los modos de orden internacional, apuntaladas por un similar ensanchamiento y profundización de los mecanismos de cumplimiento. He argumentado que el concepto de gobernanza internacional en importantes, aunque discretas, áreas de la vida internacional está completamente justificado, aunque se trate de gobernanza sin gobierno. También hemos argumentado que tanto un cambio en la sensibilidad hacia la legitimación del poder en general como el giro hacia la gobernanza en el derecho internacional crean un desafío normativo considerable al orden jurídico internacional en sus formas clásicas (transaccional) y más modernas (comunitaria y regulatoria). Y aun así, hemos argumentado también que en todas estas esferas el desafío no ha sido completamente apreciado ni respondido. Además, dado que el vocabulario de la democracia está arraigado en nociones de *demos*, nación y Estado, no hay un modelo conceptual fácil del repertorio tradicional de teorías democráticas que se pueda usar para responder al desafío. Una aplicación simplista del principio mayoritario en la arena global sería normativamente absurda. No es una cuestión de adaptar instituciones y procesos nacionales a contextos internacionales. Ello podría funcionar sólo en circunstancias limitadas. Lo que se requiere es repensar los elementos constitutivos de la democracia para ver cómo podrían o no ser utilizados en un sistema internacional que no es Estado ni nación, así como buscar dispositivos legitimadores alternativos que puedan compensar la inaplicabilidad de algunas de las instituciones clásicas de la democracia cuando eso no es posible.

Hablo de la tragedia del orden jurídico internacional de una manera completamente no sentimental. Por un lado, por una cuestión de mis propios valores, creo que gran parte del ensanchamiento y profundización del derecho internacional del siglo pasado, especialmente en la forma acelerada de las últimas décadas, ha sido beneficioso para la humanidad y ha hecho al mundo un mejor lugar donde vivir para un gran número de personas¹¹. También creo, como se indicó en las premisas de este ensayo, que así como

11 Podríamos calificar este enunciado de varias formas. Existen numerosos regímenes internacionales, principalmente en el área económica que pasan por alto, comprometen o incluso dañan los intereses y las demandas de justicia de muchas personas y grupos. La justicia universal, como sea que se la defina, está lejos de ser alcanzada.

en las situaciones internas donde el estado de derecho es un elemento necesario y una condición para que una democracia funcione, lo mismo, *mutatis mutandis*, sería cierto para el sistema internacional. Desde esta perspectiva, consideraría como regresiva una llamada a dismantelar completamente el régimen jurídico internacional.

Por otro lado, creo también que en la esfera internacional, así como en otras, el fin puede justificar los medios sólo en cierta medida. Que una legitimidad desviada fuertemente hacia los resultados y alejada del proceso, basada principalmente en productos y sólo en un grado menor en insumos, es una legitimidad débil y a veces ni siquiera es legitimidad.

El primer impulso sería una llamada a que los Estados, sus órganos internos (notablemente los tribunales) y otros actores abracen la normatividad internacional. El segundo impulso sería una llamada a los mismos agentes para que traten la normatividad internacional con una reserva considerable. La oposición tradicional al “internacionalismo” provino del nacionalismo y fue conceptualizada como una tensión entre la soberanía nacional y el derecho internacional. La oposición a la que hago alusión, en cambio, no es una preocupación por la soberanía —al menos no por la soberanía clásica del Estado. Toma el orden jurídico internacional como algo dado —pero no está dispuesta a celebrar sus beneficios cuando han sido obtenidos a través de la exclusión de las personas y los pueblos. Hay entonces, en mi opinión, una profunda paradoja en la propagación de las democracias liberales a un número cada vez mayor de Estados y poblaciones alrededor del mundo. Dicha propagación no va automáticamente de la mano con un llamado normativo al respeto de las normas internacionales y a varios grados de constitucionalización de los regímenes internacionales al menos dentro del grupo de Estados liberales y entre ellos. También implica un cuestionamiento a las mismas normas por esos mismos Estados en nombre de aquel mismo valor, la democracia liberal.

REFERENCIAS

- CAROTHERS, THOMAS. Empirical perspectives on the emerging norm of democracy in international law. En *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*. Cambridge University Press, 1992, pp. 261-267.
- CASS, DEBORAH Z. The “constitutionalization” of international trade law: judicial norm-generation as the engine of constitutional development in international trade. *European Journal of International Law*, Vol. 12, n.º 1, 2001: 39-75.
- ESTY, DANIEL C. The World Trade Organization’s Legitimacy Crisis. *World Trade Review*, Vol. 1, n.º 1, 2002: 7-22.
- FRANCK, THOMAS M. Legitimacy in the international system. *American Journal of International Law*, Vol. 82, n.º 4, 1988: 705-759.

- GEORGIEV, DENCHO. Politics or rule of law: deconstruction and legitimacy in international law. *Eur. J. Int'l L.*, Vol. 4, 1993: 1.
- HELPER, LAURENCE R.; SLAUGHTER, ANNE-MARIE. Toward a theory of effective supranational adjudication. *Yale Ij*, Vol. 107, 1997: 273.
- HOWSE, ROBERT. Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence. En *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO. Custom. En CASSESE, Antonio; WEILER, Joseph. *Change and Stability in International Law-making*, European University Institute, Berlin/New York, 1988.
- KINGSBURY, BENEDICT. Sovereignty and inequality. *European Journal of International Law*, Vol. 9, n.º 4, 1998: 599-625.
- KOSKENNIEMI, MARTTI. Intolerant Democracies: A Reaction. *Harv. Int'l. LJ*, Vol. 37, 1996: 231.
- LILLICH, RICHARD B. The growing importance of customary international human rights law. *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 25, 1995: 1.
- MARKS, SUSAN. The End of History-Reflections on Some International Legal Theses. *Eur. J. Int'l L.*, Vol. 8, 1997: 449.
- MERON, THEODOR. *Human rights and humanitarian norms as customary law*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- PETERSMANN, ERNST-ULRICH. Constitutionalism and international organizations. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 17, 1996: 398.
- REICH, ARIE, From diplomacy to law: the juridicization of international trade relations. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 17, 1996: 775.
- REISMAN, W. MICHAEL. The cult of custom in the late 20th century. *Cal. W. Int'l LJ*, Vol. 17, 1987: 133.
- ROBERTS, ANTHEA ELIZABETH. Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation. *American Journal of International Law*, Vol. 95, n.º 4, 2001: 757-791.
- ROSENAU, JAMES N.; CZEMPIEL, ERNST-OTTO; SMITH, STEVE (ed.). *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge University Press, 1992.
- RUIZ FABRI, HÉLÈNE. Genese et disparition de l'état à l'époque contemporaine. *Annuaire français de droit international*, Vol. 38, n.º 1, 1992: 153-178.
- SCHACHTER, OSCAR. The decline of the nation-state and its implications for international law. *Colum. J. Transnat'l L.*, Vol. 36, 1998: 7.
- SCHNEIDER, ANDREA KUPFER. Getting Along: The Evolution of Dispute Resolution Regimes in International Trade Organizations. *Mich. j. Int'l L.*, Vol. 20, 1998: 697.

- SIMMA, BRUNO. From Bilateralism to Community Interest in International Law (1994-VI) 250. *Recueil des Cours*, Vol. 221.
- SPRUYT, HENDRIK. *The sovereign state and its competitors: an analysis of systems change*. Princeton University Press, 1996.
- SPRUYT, HENDRIK. The Changing Structure of International Law Revisited, *Eur. J. Int'l L.*, Vol. 8, 1997: 399-448.
- STEIN, ERIC. International integration and democracy: No love at first sight. *American Journal of International Law*, 2001, Vol. 95, n.º 3, pp. 489-534.
- STONE SWEET, ALEC. Judicialization and the Construction of Governance. *Comparative Political Studies*, Vol. 32, no. 2, 1999: 147-184.
- TOMUSCHAT, CHRISTIAN. Obligations Arising for States Without or Against their Will, (1993-IV) 374, *Recueil des cours*, Vol. 241.
- VAN HOOF, GODEFRIDUS JH. *Rethinking the sources of international law*. Brill Archive, 1983.
- WEILER, JOSEPH HH. The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement. *Journal of World Trade*, Vol. 35, n.º 2, 2001: 191-207. Disponible en <http://www.Jeanmonnetprogram.org/papers/2000/001901>
- WEILER, JOSEPH HH; PAULUS, ANDREAS L. The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law? *European Journal of International Law*, Vol. 8, n.º 4, 1997: 545-565.
- WEILER, JOSEPH HH; TRACHTMAN, JOEL P. European constitutionalism and its discontents. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, Vol. 17, 1996: 354.