



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Reyes Moreno, Luis Enrique
FORMA Y SUSTANCIA EN LA ARGUMENTACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XX, núm. 1, julio, 2007, pp. 149-173
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714176006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

FORMA Y SUSTANCIA EN LA ARGUMENTACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

*Luis Enrique Reyes Moreno**

RESUMEN

Este texto intenta analizar, a partir de las reflexiones de Duncan Kennedy respecto al Derecho Privado, la naturaleza y la interconexión de los modos retóricos que se encuentran en las principales discusiones disciplinares del Derecho Internacional Público. Sostengo que las conclusiones que Kennedy obtuvo para la adjudicación en Derecho Privado son aplicables mutatis mutandi a la argumentación en Derecho Internacional Público, y que sobre la base de estas conclusiones es posible enriquecer el debate acerca de los problemas de estancamiento que algunos autores ven en la disciplina del Jusinternacionalismo, en la medida que la inestabilidad e insuficiencia propia de la argumentación jusinternacionalista puede constituir una “cuota inicial” en la búsqueda de soluciones novedosas a los problemas actuales del Derecho Internacional.

APOLOGISMO – UTOPISMO – RESERVAS A LOS TRATADOS

Form and substance in the argumentation of public international law

ABSTRACT

This text tries to analyze, from Duncan Kennedy's reflections with regard to the Private Law, the nature and the interconnection of rhetorical manners that they find in the principal discussions you will discipline of the Public International Law. I support that the conclusions that Kennedy obtained for the adjudication in Private Law, are applicable mutatis mutandi to the argumentation in Public International Law, and that on the base of these conclusions, is possible to enrich the debate brings over of the problems of stagnation that some authors see in the discipline of the Jusinternacionalism, in the measure that the instability and own insufficiency of the iusinternational argumentation can constitute a “initial quota” in the search of new solutions to the current problems of the International Law.

APOLOGISM – UTOPIANISM – RESERVES TO TREATIES

* Abogado, Magíster en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Politécnico Grancolombiano, Carrera 13 No. 26-45 Piso 16, Bogotá D.C., Código Postal: 11001000, Colombia lreyes@softbolivar.com. Artículo recibido el 25 de septiembre de 2006 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 4 de mayo de 2007.

1. INTRODUCCIÓN

En el siguiente escrito intentaré analizar, tomando como punto de partida el artículo *Forma y Sustancia en la adjudicación en Derecho Privado* de Duncan Kennedy,¹ la naturaleza y la interconexión de los modos retóricos que se encuentran en las principales discusiones disciplinares del derecho internacional público.² Sostengo, y ésta la tesis principal de este texto, que las conclusiones que Kennedy obtuvo para la adjudicación en derecho privado son aplicables *mutatis mutandi* a la argumentación en derecho internacional público,³ y que sobre la base de estas conclusiones es posible enriquecer el debate acerca de los problemas de estancamiento que algunos autores ven en la disciplina del jusinternacionalismo.⁴

Mi objetivo con este análisis no es la mera especulación académica, sino, por el contrario, busco obtener pistas que contribuyan a la configuración de soluciones prácticas a problemas actuales en el campo del Derecho Internacional, problemas que desde mi punto de vista se encuentran “petrificados” a causa de una insuficiente comprensión de la estructura externa (visible) e interna (invisible) de los argumentos “tipo” que los jusinternacionalistas presentan en sus disputas;⁵ dado que no puedo referirme a todos

¹ Kennedy, Duncan, *Form and Substance in private Law Adjudication*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976).

² Una salvedad: Aunque de inicio mi objetivo es analizar los “modos retóricos” entendidos integralmente, puede que en la práctica mis argumentos sólo logren referirse a algunos de los rasgos característicos de estos modos retóricos.

³ La argumentación, en sentido general, es el proceso consistente en dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica, es decir, consiste en saber si existen razones para creer en algo o para realizar alguna acción. Atienza, Manuel: *Las Razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, Apéndice: Justificación de las Decisiones Judiciales según Robert S. Summers, Segunda Reimpresión, México, 2007. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710>

⁴ Me refiero principalmente a David Kennedy y a Martti Koskenniemi, cuyos aportes y puntos de vista han sido de un invaluable apoyo para la realización de este breve estudio.

⁵ Lo que aquí llamo “argumentos” puede identificarse con lo que teóricos como Robert S. Summers llama “razones”; creo que la distinción que hace Summers entre razones sustanciales y formales puede ser útil para analizar los argumentos-tipo a los que me refiero en este caso, pero que no es del todo compatible con mis propias conclusiones; la idea dominante en este escrito es que, de cierta forma, en Derecho internacional todas las razones tienden a ser predominantemente sustanciales (es decir, tienden a ser ideología o, en el lenguaje de Summers, consideraciones morales, económicas, políticas o sociales), incluso, cuando se refieren a temas aparentemente formales como la remisión a normas de tratados, etc. Aunque no trato aquí este punto, creo que el uso de razones formales en una argumentación, incluso en el ámbito nacional, involucra siempre una razón sustancial, es decir, una decisión ideológica de por medio; de hecho, creo que Summers es receptivo a esta situación al considerar que “Razonar dentro del Derecho consiste frecuentemente en una robusta mezcla compuesta de razonamientos sustantivos particulares y de distintos grados de los cuatro atributos de formalidad: autoritativa, de contenido, interpretativa y perentoria”. La diferencia de enfoque entre Summers y yo, por lo menos respecto a las tesis expresadas en el ensayo *Forma y sustancia en el razonamiento jurídico*, radica en que Summers centra su atención en los aspectos formales de las razones, incluso cuando esas razones tienen un bajo grado de formalidad y, por ende, un alto grado de sustancialidad o ideología; yo, por el contrario, me empario más con la perspectiva de los *Critical Legal Studies* (en adelante CLS), no en el sentido de negar la validez del análisis de la justificación del argumento jurídico, sino en el sentido de mirar el asunto a la inversa, es decir, centrando la atención en los aspectos sustanciales (léase ideológicos), incluso cuando

los problemas relevantes que se hallan en la esfera del *jusinternacionalismo*, he decidido referirme a un solo problema, respecto del cual considero que tengo un mínimo manejo: *las reservas a los tratados sobre derechos humanos*.

El recorrido que le propongo al lector es el siguiente:

De inicio, y a manera de introducción, intentaré plantear algunas consideraciones respecto a la “esencia” de los dos modos retóricos opuestos que dominan el debate disciplinar *jusinternacionalista*: el *Apologismo* y el *Utopismo*;⁶ para ello, identificaré lo que Duncan Kennedy llama el “contenido” y las “premisas fundamentales” de cada uno de los modos retóricos propuestos.

En segunda medida, y como núcleo fuerte del escrito, analizaré el debate sobre las reservas a los tratados sobre derechos humanos, intentando reflejar la forma como el *Apologismo* y el *Utopismo* constituyen los puntos cardinales del espectro de posiciones en que se mueven los *jusinternacionalistas*.

Finalmente, y como conclusión, plantearé que un debate disciplinar cuyos actores se mueven a lo largo de un espectro de posiciones más-menos (de manera oscilante, dependiendo del debate específico o de la coyuntura política), sin evidenciar y poner sobre la mesa las diferencias auténticamente sustanciales, lleva indisolublemente a que el debate (o mejor, los terrenos comunes que resultan después de cada *round* del debate) sea altamente inestable y peligrosamente insuficiente;⁷ por último, y creo que esta tesis es, en alguna medida, mi posición más original, presentaré algunas hipótesis respecto a por que creo que esta inestabilidad e insuficiencia puede constituir la “cuota inicial” en la búsqueda de soluciones novedosas a los problemas actuales del derecho internacional.⁸

los argumentos o razones tienen un aparente alto grado de formalidad. A la distinción de enfoque entre los CLS y la visión de Summers, me referiré un poco más adelante. Para una revisión completa del marco de análisis de Summers: Summers, Robert S.: *La Naturaleza formal del Derecho*, Editorial Fontamara, Primera Edición, México, 2001.

⁶ La identificación del Apologismo y el Utopismo como modos retóricos, o como actitudes dominantes en derecho internacional, es un aporte del profesor Martti Koskenniemi (académico y diplomático finlandés) quien ha trabajado en algunos momentos en sintonía con David Kennedy.

⁷ Esta tesis, planteada originalmente por David Kennedy en su obra *Rompiendo Moldes en el Derecho Internacional: Cuando la renovación es repetición*, la tomo prestada aunque con un objetivo diferente al de Duncan Kennedy: Mostrar que la inestabilidad y la insuficiencia pueden ser aspectos aprovechables para renovar el debate disciplinar.

⁸ Un debate interesante que existe dentro de la teoría jurídica norteamericana se refiere a las consecuencias filosóficas que generan las conclusiones más radicales de los estudios realistas, por ejemplo de Llewellyn, en el campo de la argumentación jurídica; un sector dominante, representado por los CLS, al que pertenece Duncan Kennedy, considera prescindible el análisis de las decisiones judiciales, en cuanto “argumento jurídico”, ya que estiman más importante analizar los “efectos reales” de estas decisiones; realistas y críticos estiman, en sentido general, que si la adjudicación judicial es efectivamente un mero acto político, una sentencia se puede explicar pero no justificar. En el otro lado de la esquina, teóricos como Summers consideran vital el problema de la justificación de las decisiones judiciales, en la medida que su estudio contribuye al mejoramiento del nivel de corrección del Derecho mismo, y no se detiene en la mera crítica ideológica a la adjudicación judicial; es a partir de esta consideración teórica que es posible justificar la argumentación jurídica como un objeto de estudio en sí mismo; en este escrito, por ejemplo, no es el asunto de los tratados internacionales donde se centra la atención, sino los argumentos que los internacionalistas

En general, el tema de este escrito será una descripción de la forma como “oscila” un jusinternacionalista a la hora de tomar posturas respecto a problemas diversos o, lo que es lo mismo, un análisis de la manera como esa oscilación es un problema de argumentación.⁹

2. APOLOGISMO Y UTOPISMO

Éstas son dos “actitudes opuestas” que se manifiestan en los debates acerca del contenido de las reglas del derecho internacional público.¹⁰ Igual que como lo propone Duncan Kennedy en *Forma y sustancia...* respecto al derecho privado, creo que los argumentos utilizados por los jusinternacionalistas en sus debates disciplinares son pocos y altamente estereotipados, aun cuando se aplican a una diversidad infinita de situaciones fácticas. Creo igualmente que es posible abstraer estas formas típicas o piezas retóricas fijas y edificar dos figuras ideales: el *jusinternacionalista apologista* y el *jusinternacionalista utópico*.¹¹

Considero, en todo caso, que los jusinternacionalistas de “carne y hueso” nunca son plenamente *apologistas* o *utópicos* (ni siquiera respecto a debates muy concretos),

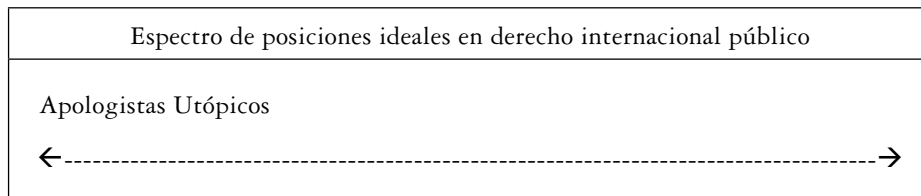
emplean frecuentemente al hablar de este tema; estimo, y en este punto coincido con Summers, que un estudio detallado de la “forma” de los argumentos puede arrojar elementos valiosos para diseñar un argumento correcto ideal, que puede ser útil como criterio orientativo a jueces y abogados en general.

⁹ Un problema central en derecho internacional es que frecuentemente las evaluaciones se mueven tanto en el territorio de lo político como en el terreno de lo jurídico. Esto tiene que ver con el problema de la argumentación en Derecho Internacional Público en general. El profesor David Kennedy en 1987 publicó un libro en donde propone interpretar el escenario argumentativo como un enfrentamiento entre un grupo de argumentos “duros” (Hard) –positivismo, formalismo, consentimiento de los Estados, etc.– y un grupo de argumentos “blandos” (Soft) –naturalismo, antiformalismo, comunidad internacional, moralidad, objeto y fin del tratado, etc.–. El profesor Martti Koskenniemi desarrolló un poco más esta idea inicial de Kennedy y escribió un libro sobre la argumentación en DIP en 1989 titulado “International Legal Structures from Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument”, donde sostiene que el gran problema del Derecho Internacional Público es que se mueve entre un vaivén de argumentos apologistas (como, por ejemplo, el valor del consentimiento de los Estados) y utópicos (el fin pacifista o de armonía entre los Estados) sin reconocer las contradicciones que esto conlleva. Koskenniemi afirma que para casi cualquier argumento apologista existe un contraargumento utópico que también se puede plantear (y que de hecho se plantea) para llegar a la misma o a diferentes conclusiones.

¹⁰ Así define Duncan Kennedy al individualismo y al altruismo, los que a su vez considero como el Alter-Ego del Apologismo y el Utopismo. David Kennedy, por su parte, llama a estas actitudes “corrientes de pensamiento” o “posiciones disciplinares”. En síntesis, creo que las denominaciones (a) Modo Retórico, (b) Actitud, (c) Corriente de Pensamiento, o (d) Posición Disciplinar pueden ser usadas indistintamente en este escenario en la medida que se refieren a un mismo fenómeno: las posiciones argumentativas “tipo” de un campo jurídico concreto.

¹¹ Para la caracterización de estos dos “jusinternacionalistas ideales” fueron de singular ayuda dos renombrados personajes de la arena disciplinaria del Derecho Internacional: El profesor Alain Pellet, Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, ex presidente de ésta y actual Relator para el tema de las reservas (quien contribuyó para mi edificación de la figura apologista) y el profesor Antonio Augusto Cançado Trindade, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y renombrado jurista (quien contribuyó para la construcción de la figura utópica).

sino que sus posiciones se mueven a lo largo de un eje donde se puede ser más o menos *apologista* (y al mismo tiempo) o más o menos *utópico*, pero nunca ser absolutamente *apologista* o *utópico*. La utilidad de identificar estas actitudes dominantes tal y como lo veo reside en poder fijar los “extremos” del espectro a lo largo del cual se mueven los jusinternacionalistas y así identificar más fácilmente las posiciones que aparecen en el debate cotidiano.



2.1. *Individualismo y Apologismo*

Como lo adelanté en la introducción, creo que el texto de Duncan Kennedy es de singular valor para enriquecer la aproximación al problema de la argumentación de derecho internacional público; este valor radica en paralelismo que existe entre la caracterización del individualismo que presenta Duncan Kennedy, por una lado, y la que el profesor Koskeniemi propone para el *Apologismo*.

Sin temor a equivocarme, puedo asegurar que para cada posición que Duncan Kennedy identifica como individualista existe una posición “gemela” que Koskeniemi identifica (o podría identificar) como *apologista*.

A continuación ofrezco una lista que procura mostrar este fenómeno del paralelismo entre el modo retórico de individualismo y el del *Apologismo*. Las categorías correspondientes al *Apologismo* serán debidamente explicadas más adelante.

EL INDIVIDUALISMO Y EL APOLOGISMO CARA A CARA

Posición individualista	Posición apologista
1. Distinción radical entre los intereses propios y los de los demás.	1. Distinción radical entre los intereses de los Estados y los de los demás sujetos de derecho internacional público.
2. Legitimidad de la conducta ajustada a los intereses propios.	2. Legitimidad (atenuada) de la conducta ajustada exclusivamente a los intereses estatales.
3. Autonomía del sujeto individual como forma de conducta.	3. Autonomía del Estado como forma primordial de conducta jurídica internacionalmente relevante.

Posición individualista	Posición apologista
4. Función del Derecho: Definir y exigir el cumplimiento de los derechos y establecer aquellos límites en la búsqueda de los propios intereses que distinguen a un régimen individualista de un régimen puramente egoísta.	4. Función del Derecho: Definir y exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, con el objeto de establecer aquellos límites en el ejercicio de la soberanía estatal que distinguen a un régimen internacional basado en el “derecho” de un régimen internacional basado estrictamente en la “política”.
5. Justificación del individualismo: dos ideas: (a) La Mano Invisible (que transforma el aparente egoísmo en beneficio público), (b) La idea de “apretar los dientes” como mal que el Estado no debe suprimir.	5. Justificación del Apologismo: dos ideas: (a) Viabilidad (la estrategia apologista es el único esquema de negociación plausible), (b) Aceptar que la evolución del derecho internacional es un camino largo y tortuoso que permitirá resolver las injusticias poco a poco.
6. Formalismo jurídico como forma dominante de entender el Derecho.	6. Formalismo jurídico como forma dominante de entender el Derecho.
7. El “contrato” como expresión más perfecta de la expresión de la voluntad de los sujetos.	7. El “tratado” como expresión más perfecta de la expresión de la voluntad del único sujeto <i>stricto sensu</i> : el Estado.

2.2. Altruismo y Utopismo

Todo lo dicho respecto al paralelo entre individualismo y *Apologismo* es predicable respecto a la relación entre las categorías de Altruismo (Duncan Kennedy) y Utopismo (Koskenniemi); de igual forma a como lo propuse arriba, para cada posición que Duncan Kennedy identifica como altruista, sería posible identificar una posición “gemela” bajo el título de *utópica*.

A continuación ofrezco una nueva lista, donde intento mostrar el paralelismo entre el modo retórico de altruismo y el del *Utopismo*. Las categorías correspondientes al *Utopismo* serán explicadas más adelante.

EL ALTRUISMO Y EL UTOPISMO

CARA A CARA

Posición Altruista	Posición Utópica
1. No debemos complacernos en una fuerte preferencia por nuestros propios intereses por encima de los demás.	1. No es aceptable un internacionalismo construido con base en la supremacía del Estado, en claro detrimento de la comunidad internacional.
2. Compartir y sacrificarse como forma de conducta.	2. El Estado y cualquier sujeto de derecho internacional debe estar dispuesto a ajustar sus intereses a los de la comunidad internacional.
3. Función del Derecho: Regular la libertad que el Derecho otorga a los sujetos individuales para evitar comportamientos que aunque legales sean inmorales.	3. Función del Derecho: Crear un sistema jurídico internacional que permita la consolidación de los intereses y valores de la comunidad internacional.
4. Antiformalismo jurídico como forma dominante de entender el Derecho.	4. Antiformalismo jurídico como forma dominante de entender el Derecho.
5. El “contrato” como figura jurídica susceptible de regulación legal en protección de la moral.	5. El “tratado” como figura jurídica susceptible de regulación legal en protección de las normas <i>jus cogens</i> (moral internacional).

Estos dos listados intentan mostrar, en un plano restringido (sólo respecto a algunos temas), una evidente similitud entre cada pareja de modos retóricos (individualismo-*Apologismo*, por un lado, y altruismo-*Utopismo* por el otro); uno podría sospechar que esta similitud (o paralelismo) se podría ir difuminando a medida que el estudio se extiende a nuevas categorías y a nuevos problemas; mi impresión es que no es así; de hecho, mi experiencia con este escrito me ha demostrado que no se requiere escoger “cuidadosamente” el problema o las categorías para encontrar la similitud. El paralelismo entre individualismo y *Apologismo* y altruismo y *Utopismo* se extiende a lo largo y ancho de todos los debates disciplinares jusinternacionalistas.¹²

2.3. El Contenido del Ideal del Apologismo

La esencia del *Apologismo* reside en trazar una distinción radical entre los intereses y derechos del Estado (el cual considera, a su vez, el “único” sujeto de derecho internacional

¹² Para ver un listado más general, donde propongo (siempre tomando como punto de partida el mapeo de posiciones disciplinares elaborado por David Kennedy) algunas categorías apologistas y utópicas adicionales, de las que se podrían extractar nuevos paralelismos con el individualismo y el altruismo, ver el Anexo 1 de este escrito.

propriadamente dicho) y los de los demás (“autoproclamados”) sujetos de derecho internacional (organizaciones internacionales, el ser humano individualmente considerado, la llamada sociedad civil internacional, la llamada comunidad jurídica internacional, etc.), combinada con la creencia de que un derecho internacional ajustado, exclusivamente a los derechos e intereses de los Estados, es no sólo el único legítimo sino principalmente, el único viable.

El *Apologismo* ofrece, asimismo, una justificación para las instituciones jurídicas fundamentales del jusinternacionalismo, tales como la soberanía, la responsabilidad internacional, el derecho de los tratados, la costumbre internacional (y el tema de las fuentes en general), etc. La función del derecho internacional es definir (formalmente) y exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas voluntariamente por los Estados, con el objeto de establecer aquellos límites en el ejercicio de la soberanía estatal que distinguen a un régimen internacional basado en el “derecho”, de un régimen internacional basado estrictamente en la “política”. La gran preocupación del *jusinternacionalista apologista* es justificar estas restricciones frente a los intereses estatales que son, aunque no ilimitados,¹³ sí postulados como legítimos en la gran mayoría de los casos.

Un *apologista* “radical” defendería el derecho internacional únicamente con base en que estas normas son necesarias para impedir un estado permanente de guerra. Para el *apologista* “moderado” que trato de definir (y que en realidad es el que representa el extremo del eje más-menos que tanto Kennedy como Koskenniemi vislumbran) la normativa internacional contra el ejercicio arbitrario de la soberanía estatal es intrínsecamente buena, en la medida que se identifica con el ideal de la creación de un gobierno mundial mediante el consentimiento de los Estados, el objetivo político de la cooperación interestatal (económica, militar, política) y la retórica política de que un derecho internacional entendido exclusivamente como “reglas para las relaciones entre Estados” es la mejor opción en el propósito de cohabitación y construcción conjunta de un mejor futuro.

La justificación del *apologista* de su defensa a ultranza de la soberanía Estatal se basa en la idea de “viabilidad”; desde esta lógica, no existen diferencias fundamentales entre los objetivos últimos que pretende alcanzar a través del derecho internacional el *jusinternacionalista apologista* y los que pretendería conseguir el *jusinternacionalista*

¹³ Aquí habría una diferencia entre la caracterización hecha por Duncan Kennedy del Individualismo y la que planteo para el Apologismo; para Kennedy, el Individualismo postula que los apetitos del individuo son (y pueden ser) “ilimitados”, mientras que desde mi perspectiva, incluso el más obstinado de los apologistas reconocería la existencia de cierto “Orden Público Internacional”, de ciertas normas perentorias que el Estado no puede violentar bajo ninguna hipótesis y que harían que los apetitos de los Estados tuvieran siempre límite. Al respecto, se pueden revisar dos artículos muy breves de dos miembros de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, a los que *prima facie* se tendría la tendencia a ubicar más cerca del apologismo que del utopismo: Pellet, Alain, *La Soberanía del Estado y la protección a los derechos humanos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Internacional*, y Hafner, Gerhard, *El Derecho a las contramedidas en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado*. (En www.reei.org).

utópico. Toda la disputa existente se refiere a la “manera”, a los “medios” para conseguir esos fines.¹⁴ Según el *apologista*, las estrategias que plantea el *utópico* son imprácticas, en la medida que difícilmente generarían una dinámica que los Estados estuvieran dispuestos a aceptar; para el *apologista*, existen unos grandes objetivos comunes,¹⁵ que fundamentalmente serían dos:

- (a) La cohabitación pacífica y mediada por el Derecho entre los Estados, y
- (b) La construcción conjunta de escenarios más favorables para los intereses de cada Estado (mercados comunes –v.g. el Mercosur, la CAN, el ALCA–, acuerdos de “protección” conjunta –v.g. la OTAN, en su momento el pacto de Varsovia, o la Doctrina Monroe–, o sistemas multilaterales de cooperación e integración de largo alcance –la UE, la OEA– .

Estos objetivos principales deberían ser los que ocupen la agenda central del derecho internacional; seguramente, y constando una predecible objeción *utópica*, existen y existirán objetivos secundarios en los que no se coincidirá, pero, y este sería el argumento *apologista*, estos propósitos son objeto tan sólo de una agenda de segundo nivel, y en esa medida, postergables mientras surge un consenso más fuerte; el camino más seguro y directo a estos objetivos comunes, seguiría argumentando el *apologista*, sería la consulta y la negociación con los Estados, quienes, en última medida, tienen casi todas las decisiones en sus manos; seguramente el camino será más largo y tortuoso de lo que el *utópico* desearía, terminaría concluyendo el *apologista*, pero considerando que es el único camino posible, estas serían dificultades que deberíamos estar dispuestos a aceptar.

Pero el *apologista* reconoce (aunque prefiere que este reconocimiento no sea público) que lo “largo y tortuoso” del camino no es el único precio que hay que pagar para conseguir esos grandes objetivos comunes a través de su estrategia; necesariamente, el derecho internacional (y los valores y visiones del futuro que lo acompañan) evolucionará a la velocidad y en las direcciones que lo quieran los Estados, lo que implicará en muchos casos que existirá una brecha entre el contenido sustancial de la normativa internacional y los principios y valores ético/jurídicos por los que propende la sociedad civil internacional; tendríamos como resultado que el derecho internacional (resultado

¹⁴ En todo caso, personalmente creo que el jusinternacionalista apologista se equivoca en este punto, aunque es plausible que lo haga premeditadamente; la defensa de una sociedad internacional compuesta por Estados todopoderosos va acompañada, en la mayoría de los casos, de una defensa de unos valores y de una forma específica de vislumbrar el futuro de las relaciones internacionales: el Estatalismo; la defensa de una sociedad civil internacional (compuesta por organizaciones multilaterales, ONG's, individuos “Y” Estados) que hacen los utópicos se compromete, también en la mayoría de los casos, con la defensa de unos valores y de una forma concreta de ver el futuro de las relaciones internacionales contrapuesta a la apologista, que involucraría no sólo el debilitamiento del Estatalismo sino además el reconocimiento del individuo (el ser humano individualmente considerado) como el centro de todo el derecho internacional. Desde esta perspectiva estaría orientado a decir que no sólo existe discordancia en cuanto a los “medios”, sino también respecto a los “fines”.

¹⁵ Comunes a todos los jusinternacionalistas, a todas las ideologías, a todos los Estados, etc.

de una visión como Derecho de y para los Estados) estaría siempre un paso atrás (o dos, o tres... o cuatro) de la visión de futuro de los sujetos no estatales; ya que esta brecha entre derecho internacional y sociedad civil internacional no es sólo respecto a posiciones teóricas sino fundamentalmente respecto a los valores que se defienden, sería previsible que la normativa internacional entraría, en muchos casos, en constante y aguda tensión con los valores de la sociedad civil internacional; sin embargo, este sería un escollo insalvable, en la medida que si los jusinternacionalistas intentan exigir a los Estados que vayan acompañados con la evolución de la sociedad civil internacional enfrentarían al menos dos graves inconvenientes:

- (a) El hecho, insuperable, de que el Estado tiene la “facultad” a la hora de obligarse internacionalmente de consultar sólo sus intereses como Estado y no los de otros sujetos, y
- (b) El hecho, también insuperable, de que si intentamos alterar las reglas de juego, imponiendo intereses que vayan en contravía con los estatales (*jus cogens*,¹⁶ interpretación extensiva de obligaciones convencionales), nos quedaríamos hablando solos, ya que los Estados tienen el “poder”, de negarse a cumplir estas nuevas reglas.¹⁷

No estoy muy seguro en qué medida esta tensión entre los valores del derecho internacional hecho por los Estados y los valores del derecho internacional que la sociedad civil internacional quiere que existan implique que los valores del primero sean menos defendibles que los del segundo y a partir de eso aseverar que estamos ante un derecho internacional inmoral; no obstante, y a pesar de la imposibilidad de plantear la existencia de algo así como una estructura de valores “superior”, sí creo plausible defender la tesis de que la defensa de un derecho internacional acorde con valores de los Estados deviene en un Derecho al menos tendencialmente inmoral, partiendo del supuesto de que el respeto por los derechos fundamentales de cada ser humano sea la exigencia mínima que debe tener un sistema social para ser en algún sentido moral, y que este respeto ha sido, es y será frecuentemente sobrepasado por los intereses de los Estados ante determinadas coyunturas políticas (v.g. Kosovo, Afganistán, Irak).

Igual que como lo concluye Duncan Kennedy para el individualista, estimo que el *apologista* cree firmemente en que esta “inmoralidad” del derecho internacional existe; también creo que el *apologista* considera que este es el precio que hay que pagar para evitar

¹⁶ Las normas *jus cogens* son aquellas normas imperativas de derecho internacional que no pueden ser desconocidas por ningún Estado, pueblo o individuo. El fundamento jurídico de este tipo de normas se encuentra en la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* (1969), artículos 53 y 64; de forma idéntica se encuentra en la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* (1986), artículo 53 y 64.

¹⁷ Aunque esto es predicable en sentido general, debe decirse que el poder de declararse no obligado por nuevas normas provenientes de escenarios no interestatales es directamente proporcional al poder político, económico o militar de cada Estado; obviamente, el poder de declararse no obligado por nuevas normas es diferente en el caso de los EE.UU. que en el caso de Cuba o Haití; en todo caso, un *apologista* reconocería que tanto para unos como para otros sería reconocible un poder de declararse no obligado.

que se derrumben los siempre precarios y frágiles lazos entre los Estados, sin los cuales los objetivos de la cohabitación y el progreso conjunto serían más que imposibles.

2.4. El Contenido del ideal del Utopismo

La retórica del *Apologismo* tiene su contrapeso: la retórica *Utópica*. La esencia del *Utopismo* es la creencia de que el *Apologismo* es una etapa superada en la evolución del derecho internacional, defendible en un determinado momento histórico (ubicado en un pasado remoto) pero absolutamente inviable en el contexto actual, marcado por una agenda internacional que privilegia asuntos considerados en el pasado marginales como los derechos humanos, el derecho internacional penal, la cooperación internacional a todo nivel y la globalización, etc.).

Igualmente, el *Utopismo* considera que la única manera de construir un derecho internacional moral es arrancándole al Estado el manejo absoluto de los temas internacionales; en esa medida, el *utópico* cree firmemente en que la evolución de la humanidad llevará a que la consolidación del internacionalismo aparecerá cuando se construya una auténtica comunidad internacional (compuesta por Estados pero también por seres humanos, organizaciones multilaterales, ONG's, etc.),¹⁸ y no cuando se logre un gobierno mundial de Estados, gobierno, que por supuesto, estaría siempre mediado por el consentimiento de cada Estado.

El *utópico* cree además que para que esta comunidad internacional surja es necesario hacer evolucionar el derecho internacional, incluso a la fuerza; en consecuencia, los *utópicos* son asiduos partidarios de la aplicación de un derecho internacional antiformal, donde los tratados (máxima expresión del consentimiento estatal) no sean la fuente *par excellence* del derecho internacional, sino que este lugar sea ocupado por el *jus cogens*¹⁹ o, en todo caso, por lo que los *utópicos* llaman la *Opinio Juris Communis*.²⁰

¹⁸ Esta naturaleza múltiple en la composición de la comunidad internacional es defendida por prácticamente todos los jusinternacionalistas cercanos al punto de vista utópico; al respecto, por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Colombia), Resolución de Adopción de medidas provisionales de protección, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, Párrafo 11: {...} la existencia de una verdadera Comunidad Internacional, formada tanto por Estados como por los pueblos, las comunidades, los grupos de particulares y los individuos (tanto gobernados como gobernantes. {...}

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake* (Guatemala), Sentencia de Fondo, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Párrafos 23-25.

²⁰ La referencia a la *Opinio Juris Communis* (los consensos jurídicos expresados en los foros internacionales tanto políticos como jurídicos que integran la Conciencia Jurídica Universal) como fuente por excelencia de todo el Derecho Internacional es un argumento constante, por ejemplo, en el juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Augusto Cançado Trindade, quien me ha servido en gran medida para poder imaginar a ese jusinternacionalista utópico ideal. Al respecto se puede revisar:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos* (Perú), Sentencia de Fondo, Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake* (Guatemala), Sentencia de Fondo, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Párrafos 26-30.
- Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Barcelona Traction* (Bélgica vs. España, 2da fase), ICJ Reports (1970) p. 32, Párrafos 33-34.

Tanto el *jus cogens* como la *Opinio Juris Communis*, la costumbre, y ciertos “principios no codificados”, hacen parte de lo que en derecho internacional se denomina *soft law*, por oposición al *hard law*, que se compondría exclusivamente por tratados internacionales.

Aunque el *utópico* considera que la gran mayoría de las categorías del derecho internacional son aceptables, también estima que todas estas categorías requieren revisarse y matizarse dependiendo del problema que se tenga enfrente.

El *utópico* cree en el valor de la soberanía estatal como un límite a los intereses de la comunidad internacional y de los otros Estados, pero, por ejemplo, cree que este límite prácticamente desaparece en casos de violaciones a derechos humanos.

El *utópico* cree en el valor de los tratados internacionales como fuente del derecho internacional, pero también cree que, por ejemplo en el caso de derechos humanos, los tratados constituyen una fuente subordinada a la costumbre y a las normas con carácter de *jus cogens*.

El *utópico* comprende que un régimen de tratados impone la existencia de un régimen de reservas a esos tratados, pero, una vez más, cree que este régimen de reservas es aplicable a muchos casos, pero no a derechos humanos.

Estas oposiciones a la aplicación de categorías tradicionales al campo de los derechos humanos parte del supuesto de que un Estado estaría dispuesto a hacer lo que fuera para librarse de las obligaciones internacionales que le molestan o le estorban en el camino hacia la consecución de sus intereses; según los *utópicos*, la única forma de no permitir esta “fuga” del Estado es haciendo que las normas sean lo suficientemente amplias como para que cubran un enorme abanico de hipótesis.

En síntesis, el *utópico* propone un derecho internacional que permita la consolidación de intereses y valores diferentes a los de los Estados; es en última instancia, una lucha desde el pluralismo propio de la comunidad internacional (político, jurídico, cultural) contra el uniformismo propiciado por los Estados.

3. EL CONFLICTO ENTRE APOLOGISTAS Y UTÓPICOS: LA DISCUSIÓN RESPECTO A LA CUESTIÓN DE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

El actual debate en torno al tema de las reservas a los tratados sobre derechos humanos es tan elemental como a la vez complejo.

Los organismos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño) han sostenido la posición pública de que un régimen como el “de Reservas individuales”²¹ es inaplicable a tratados sobre derechos humanos, en la medida que

²¹ Fundamentalmente, el régimen individual de reservas permite la apreciación individual del asunto de las reservas por cada Estado. Esto implica dos cosas:

permite a los Estados declararse no-obligados por obligaciones internacionales que la mayoría de Estados del mundo aceptarían que deben respetarse.

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (en adelante CDI), a través del Relator Especial para el tema de las reservas Alain Pellet, ha sostenido que si bien es cierto que la construcción jurisprudencial en torno a la relación entre el derecho de los tratados y el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) permite aseverar que los tratados sobre derechos humanos tienen un carácter “especial” (que se desprende de su peculiar objeto y fin), de esto no se puede inferir que sea obligatoria una interpretación distinta en el tema de las reservas, a la que prevalece para todos los demás tratados internacionales.

La CDI sostiene además que la práctica de los Estados permite observar que jamás se ha pretendido establecer una norma internacional en el sentido de prohibir la aplicación de un régimen individual de reservas en casos de tratados sobre derechos humanos y que ello, hasta el presente, no ha implicado desprotección de víctimas o inaplicabilidad de la normativa de protección.

Los organismos de derechos humanos acusan a la CDI de privilegiar una interpretación voluntarista (es decir, que considera como principal elemento de juicio la voluntad de los Estados sobre el asunto) en desmedro de una interpretación compatible con los derechos humanos.

Para la CDI, el problema teórico va más allá de estar del lado de los Estados o del lado de los organismos de derechos humanos; el problema real es encontrar caminos plausibles para la consecución de los grandes objetivos del movimiento internacional de derechos humanos,²² los cuales, en principio, se relacionan con la consolidación de un *corpus juris* de carácter global, y que en esa medida requiere de la anuencia de los Estados.

Analizando el tema de forma muy condensada, la controversia tiene que ver con la forma como se responde a siete preguntas:

- a) Que un Estado parte que hace una reserva que es objetada por otros Estados parte será, en todo caso, considerado como parte respecto a los Estados parte que no objetaron la reserva.
- b) Si la reserva formulada por un Estado parte es objetada por otro Estado parte bajo el argumento de que esa reserva es incompatible con el objeto y fin del tratado, esta situación se debe verificar; si la reserva en realidad es incompatible el Estado parte que la propuso debe retirarla o de lo contrario no será considerado como parte; si del análisis se desprende que no es incompatible, la situación es que el Estado proponente debe ser considerado parte.

Para una comprensión más completa del régimen de reservas individuales ver:

- Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio*, y
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake* (Guatemala), Sentencia de Fondo, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Párrafos 16-22.

²² Para ver una interesante caracterización del movimiento de derechos humanos, ver: Kennedy, David, “*The International Human Rights Movement: Part of the Problem?*”, 14 *Harvard Human Rights Journal* 2001. Originally published in 3, *European Human Rights Law Review* 2001. Disponible en: <http://www.law.harvard.edu/faculty/dkenedy/publications/humanrights.pdf>

1. ¿Qué ocurre con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos cuando el fundamento jurídico de estas es un tratado que prohíbe las reservas?
2. ¿Qué ocurre con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos cuando el fundamento jurídico de estas es un tratado que implícitamente permite/prohíbe reservas?
3. ¿Qué ocurre con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos cuando el fundamento jurídico de estas es un tratado que permite reservas expresamente?
4. ¿Cómo se debe valorar la legalidad de una reserva a una cláusula optativa de un tratado sobre derechos humanos –por ejemplo, la declaración de reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–?
5. ¿Cómo se debe valorar la legalidad de las reservas que entran en oposición con normas con carácter de *jus cogens*?
6. ¿Una interpretación integral de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, impone la aplicación de las normas sobre *jus cogens*?
7. Las respuestas a las anteriores preguntas sobre reservas, ¿se aplican también a las declaraciones interpretativas?

Las respuestas de un bando y otro son las siguientes:

Comisión de Derecho Internacional	Organismos de Derechos Humanos
1. Las obligaciones se aplican tal y como se establecen en la convención.	1. Las obligaciones se aplican tal y como se establecen en la convención.
2. La permisividad o prohibición implícita de reservas tiene que ver con la interpretación a la luz del objeto y fin del tratado; en todo caso, un criterio decisivo sigue siendo la voluntad del Estado al momento de firmar o ratificar. Después de este análisis se verificará si la obligación es vinculante o no.	2. La permisividad de reservas se puede referir sólo a normas que no comprometan el deber de respeto y garantía de derechos humanos; implícitamente, los tratados sobre derechos humanos prohíben cualquier otra reserva. Toda obligación referida a respeto y garantía de derechos humanos incorporada en el tratado es plenamente vinculante con respecto a todos los Estados parte.
3. Las obligaciones cubiertas por la reserva no son aplicables para el Estado reservante.	3. Si la obligación se refiere a respeto y garantía de derechos humanos la reserva es “nula” por violación del objeto y fin del tratado y, eventualmente, de normas del <i>jus cogens</i> .
4. Es plenamente legal.	4. Aunque su legalidad es aceptable, esto no implica que la comunidad internacional quede relevada de su obligación de verificación, denuncia y sanción de incumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos.

Comisión de Derecho Internacional	Organismos de Derechos Humanos
5. La complejidad radica en verificar el carácter de <i>jus cogens</i> de una norma; en caso de que este carácter y la oposición estén probadas la reserva sería “nula”.	5. Las obligaciones referidas a derechos humanos fundamentales tienen carácter de norma <i>jus cogens</i> ; si la oposición es respecto a estas normas la reserva es “nula”.
6. La caracterización de las normas <i>jus cogens</i> es un tema complejo que debe revisarse con más precisión antes de aplicarse para sancionar Estados.	6. Las normas sobre <i>jus cogens</i> son aplicables no sólo en virtud de la Convención de Viena sino porque son derecho consuetudinario.
7. Sí, en sentido general.	7. Sí, en sentido general.

Con esta enunciación general del debate, debemos pasar a verificar la presencia (o ausencia) de elementos apologistas y utópicos en esta polémica.

En sentido general, la diferencia sustancial entre las conclusiones de la CDI y las de los organismos de derechos humanos pasa por el valor que se le otorga a la voluntad estatal como eje de interpretación de las obligaciones internacionales en cabeza de un Estado concreto.

Para los miembros de la CDI la voluntad estatal es un elemento de enorme significado, tanto así, que su desconocimiento implica la desnaturalización del derecho internacional mismo. Para los miembros de los organismos de derechos humanos la *Opinio Juris Communis* es una fuente que en el campo de los derechos humanos subyuga a la voluntad estatal.

En lenguaje apologismo-utopismo esto se traduce en los siguientes términos:

Los *apologistas* consideran al DIDH como un sistema de muchos tratados (mucha voluntad de los Estados) y pocas costumbres (poca *Opinio Juris Communis*), mientras que los *utópicos* ven el DIDH como un sistema jurídico con muchas costumbres (mucha *Opinio Juris Communis*) y pocos tratados (poca voluntad estatal).

Adicionalmente, para los *apologistas* el sistema convencional (a través de tratados) es el que determina la interpretación del sistema consuetudinario, mientras que para los *utópicos* es todo lo contrario, en la medida que es en la costumbre donde se plasma de forma más dinámica la *Opinio Juris Communis* sobre el asunto.

Viendo el asunto desde un punto de vista panorámico tendríamos:

EL APOLOGISMO Y EL UTOPISMO
LA CUESTIÓN DE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. Sí reservas.	1. No reservas.
2. Régimen jurídico de obligaciones convencionales de Protección del Ser Humano.	2. Régimen jurídico de obligaciones <i>Erga Omnes</i> de Protección del Ser Humano.
3. Interpretación del tratado según la intención del Estado-parte al momento de suscribir o ratificar.	3. Interpretación del tratado según el objeto y fin y además teniendo en cuenta el contexto actual en que se debe interpretar el tratado.
4. Legitimación en activa sólo para afectados directos.	4. Garantía colectiva.
5. “Responsabilidad probada” de violación a derechos humanos.	5. Responsabilidad objetiva del Estado por violación a derechos humanos.
6. Competencia <i>ratione materiae</i> de carácter restringido.	6. Competencia <i>ratione materiae</i> de carácter elástico.
7. Competencia <i>ratione temporis</i> de carácter restringido (irretroactividad de los tratados).	7. Competencia <i>ratione temporis</i> de carácter elástico (depende del tipo de comportamiento estatal juzgado).
8. El DIDH <i>stricto sensu</i> , DIH y DIP como capítulos relacionados pero independientes.	8. Integralidad del DIDH <i>lato sensu</i> .
9. Régimen individual de reservas.	9. Régimen individual de reservas no se aplica a tratados sobre derechos humanos.
10. El DIDH está sujeto al derecho de los tratados.	10. El derecho de los tratados se debe interpretar de una forma compatible con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos.

Los diez puntos tratados en esta lista condensan diez posturas necesarias para afrontar el tema de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos, y tienen que ver con:

- 1.) Si reservas/No reservas: Esto implica que los *apologistas* piensan que sí se pueden formular reservas a tratados sobre derechos humanos, en la medida que ese es un derecho superior del Estado. Los *utópicos* creen que es poco razonable que un Estado formule una reserva a un conjunto de obligaciones que, de suyo, son y deben ser obligatorias.

- 2.) Régimen jurídico de obligaciones convencionales de protección del ser humano/ Régimen jurídico de obligaciones *Erga Omnes* de protección del ser humano: Esto tiene que ver con el carácter que cada jusinternacionalista reconoce en las obligaciones sobre derechos humanos; para los *apologistas*, la actual normativa de protección está compuesta primordialmente por tratados y, en esa medida, la amplísima mayoría de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos son de carácter convencional (fruto de un acuerdo mediante tratado); los *utópicos*, como ya lo dije, son partidarios de ver la normativa de protección como un *corpus juris* integrado sobre todo por costumbres (algunas de ellas con carácter de *jus cogens*) y esto implica que se considere que la amplísima (o por lo menos las más importantes) mayoría de obligaciones sobre derechos humanos son exigibles por cualquier Estado, organización internacional, o persona natural, en la medida que el quebrantamiento de éstas es una ofensa a la conciencia de la humanidad en su conjunto.
- 3.) Interpretación del tratado según la intención del Estado-parte al momento de suscribir o ratificar/interpretación del tratado según el objeto y fin y además teniendo en cuenta el contexto actual en que se debe interpretar el tratado: Cuando un Estado es investigado o juzgado por incumplir una obligación internacional consignada en un tratado, ¿cuál es el criterio para interpretar el alcance de esa obligación?, ¿la intención del Estado (la interpretación del Estado a lo que se estaba obligando) al momento de firmar o ratificar?, o ¿el objeto y fin de ese tratado interpretados en un contexto actual?

Los *apologistas* se inclinarían por la primera posibilidad, mientras que los *utópicos* se sentirían más cómodos con la segunda; pero, cuál es la relevancia de este asunto?

Lo explicaré con un ejemplo: Frecuentemente, en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos se han presentado casos en que se reclama que se declare internacionalmente responsable a un Estado por violación de una norma de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*; los Estados jamás han aceptado tal posibilidad en la medida que cuando firmaron la *Declaración* ellos suscribieron un instrumento de carácter político y no jurídico y en esa medida no-vinculante. A esa postura, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²³ y también la Corte Interamericana (aunque no con la misma determinación) han respondido que si bien es cierto que la *Declaración* cuando se firmó tenía el carácter de un mero instrumento político (no-vinculante) la evolución del sistema americano y de la *Opinio Juris Communis* ha llevado a que gran parte de la normativa de la Declaración tenga hoy carácter de norma *jus cogens*, o, por lo menos, el carácter

²³ La Comisión ha sostenido fuertes enfrentamientos con los Estados Unidos de América y con varias islas del Caribe (v.g., ex colonias británicas como Trinidad y Tobago) respecto a este punto; en la medida que países como EE.UU. y Canadá no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) la Declaración (que sí han suscrito) es el único fundamento jurídico-positivo de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

de costumbre internacional; desde ese punto de vista, y teniendo en cuenta que el objeto (los derechos humanos) y fin (la búsqueda de un régimen de respeto y garantía de los derechos humanos) de la *Declaración* es la protección de derechos fundamentales, resulta imposible pretender que la violación de una norma de la *Declaración* sea un acto sin significancia jurídica.

Es decir, la *Declaración* se debe interpretar según su actual estatus y no según lo que era en 1948 cuando se firmó, lo que equivale a decir que los Estados de América están obligados por obligaciones que jamás aceptaron al momento de suscribir la *Declaración*.

- 4.) Legitimación activa sólo para afectados directos/Garantía Colectiva: Este aspecto se relaciona con quien puede denunciar una violación de derechos humanos. ¿Sólo los particulares afectados o el Estado(s) que estime que otro Estado violó derechos humanos de personas que sean sus nacionales o que al menos están bajo su jurisdicción?, o acaso ¿es plausible pensar que cualquier Estado o cualquier particular puede denunciar una violación sin necesidad de estar directa o indirectamente afectado?

Los *apologistas* creen que para que un reclamante tenga ese carácter es necesario que pruebe ser víctima (directa o indirectamente) de la violación denunciada; para los *utópicos*, una violación a derechos humanos es una ofensa a la humanidad y cualquier Estado o particular tiene el derecho y el deber de denunciar (garantía colectiva).

- 5.) “Responsabilidad probada” de violación a derechos humanos/“Responsabilidad objetiva” del Estado por violación a derechos humanos: Para los *apologistas* para declarar internacionalmente responsable a un Estado por violar una obligación de derechos humanos es imprescindible que se pruebe que el Estado (por acción u omisión) fue responsable de esa violación.

Para los *utópicos*, el Estado tiene el deber objetivo de respetar y garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción y la simple prueba de la violación es suficiente para que al menos el Estado deba indemnizar a la víctima; la prueba del nexo de causalidad entre una conducta (activa u omisiva) del Estado y la violación es casi siempre una situación que está más allá del alcance de las víctimas.

- 6.) Competencia *ratione materiae* de carácter restringido/Competencia *ratione materiae* de carácter elástico: Este punto toca el tema de cual es el marco normativo según el cual determinado tribunal internacional puede declarar internacionalmente responsable al Estado; para los *apologistas* es claro que la única fuente de obligaciones jurídicas respecto a un tribunal es el tratado que creó ese tribunal y los protocolos facultativos ratificados si es que existen.

Para el *utópico*, la normatividad en derechos humanos es una sola y universal y debe ser tan amplia como lo exija la lucha contra la impunidad.

Un ejemplo sería la determinación de si la Corte Interamericana sólo puede declarar responsable a un Estado por violación de tratados interamericanos, o si en determinados casos podría, por ejemplo, declarar la violación de una norma de Derecho internacional humanitario.

- 7.) Competencia *ratione temporis* de carácter restringido (irretroactividad de los tratados)/Competencia *ratione temporis* de carácter elástico (depende del tipo de comportamiento estatal juzgado): Esta fue la monumental discusión que tuvo la Corte Interamericana en el caso Blake; en ese caso debían determinar si se podía declarar responsable a Guatemala por una violación que se realizó antes de que firmara la *Convención Americana* y de que aceptara la competencia contenciosa de la Corte Interamericana; en el caso, la mayoría se inclinó por la idea de que Guatemala no podía ser declarado responsable por una conducta que para el momento de su comisión no estaba prohibida por una norma convencional; para la minoría, principalmente el juez Cançado Trindade, era un exabrupto dejar en la impunidad una conducta como la desplegada por el Estado guatemalteco (desaparición forzada y asesinato del señor Blake); Cançado sostuvo la teoría del delito continuado, según la cual la desaparición forzada sigue siendo una conducta violatoria hasta que se devuelva el cuerpo de la víctima a la familia o que por lo menos se ponga fin a la angustia de conocer el destino del ser querido y se sancione a los responsables. Si la conducta del Caso Blake era un delito continuado, la violación comenzó antes de ratificar la *Convención*, pero continuó después de esta ratificación y en esa medida era sancionable por la Corte Interamericana; desdichadamente, como sostuvo el juez Cançado Trindade, primó una interpretación voluntarista sobre la protección de los derechos humanos.
- 8.) El DIDH *stricto sensu*, DIH y DIP como capítulos relacionados pero independientes/Integralidad del DIDH *lato sensu* (DIDH *stricto sensu*, DIH, DIP): Aquí el tema es saber si el derecho de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho internacional penal son un único bloque de legalidad o no; los *apologistas* los consideran como tres capítulos independientes (aunque ciertamente conectados) del derecho internacional; para los *utópicos*, los tres capítulos forman un bloque que sólo tiene sentido entendido como integralidad; el efecto práctico, tiene que ver con el punto de la competencia *ratione materiae* que ya repasamos.
- 9.) Régimen individual de Reservas no se aplica a tratados sobre DDHH: Esto es una consecuencia natural del primer punto; ya que los utópicos no aceptan reservas a tratados sobre derechos humanos, tampoco aceptan el coargumento de que estas reservas se rigen por un régimen de reservas individual.
- 10.) El DIDH está sujeto al derecho de los tratados/El Derecho de los tratados se debe interpretar de una forma compatible con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos: La discusión sobre la influencia del derecho de los derechos humanos en el ámbito internacional es similar a la presentada en derecho constitucional respecto a la llamada “constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico” o efecto de irrigación del derecho constitucional de los derechos fundamentales;²⁴ fundamentalmente, esta polémica tiene que ver con si la llegada del

²⁴ Un excelente estudio de esta discusión está en Julio Estrada, Alexei, *La Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Editorial Universidad Externado de Colombia.

derecho de los derechos humanos obliga a reinterpretar todo el ordenamiento jurídico internacional, y en algunos casos, a declarar una nulidad de facto de muchas normas; un punto de particular énfasis en este punto es la relación entre derecho de los tratados y derecho de los derechos humanos (DIDH); los *apologistas* sostienen que el DIDH está sometido al derecho de los tratados, en la medida que son plenamente compatibles; los *utópicos* sostienen que el derecho de los tratados tal y como se ha interpretado de forma tradicional imposibilita la aplicación efectiva de las normas sobre derechos humanos; la solución, según los utópicos, es que el derecho de los tratados se debe “ajustar” al derecho de los derechos humanos y no al revés.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA INESTABILIDAD E INSUFICIENCIA DE LOS ARGUMENTOS TÍPICOS EN DERECHO INTERNACIONAL COMO PRIMER PASO LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVAS RESPUESTAS

A lo largo de este escrito, y a través de la caracterización de los dos modos retóricos fijos que dominan el escenario del derecho internacional público, me he esforzado por evidenciar dos situaciones:

UNO: Que todos los jusinternacionalistas se mueven a lo largo de un eje (un espectro de posiciones teóricas fijas) donde se puede ser más o menos apologista en la medida que se es menos o más utópico, y

DOS: Que todos los participantes en las discusiones disciplinares jusinternacionalistas, en alguna medida, son ambivalentes respecto a su posición acerca de ejes sustantivos del derecho internacional.²⁵

Una pregunta me asalta: ¿Estas dos cuestiones no son, en alguna medida, conocidas por los jusinternacionalistas en general?, es decir, ¿es tan sorprendente el descubrimiento de los profesores David Kennedy y Martti Koskenniemi que sus conclusiones no eran siquiera intuitivas por los jusinternacionalistas?

Creo que la respuesta a estas preguntas exige una matización. Más allá de lo claro que parece ser la conexión entre posiciones teóricas y posiciones morales o políticas, la mayoría de los jusinternacionalistas trabaja bajo el supuesto de que sus controversias son de carácter disciplinar (teórico) y no axiológico o político; este mito de la neutralidad ética del jusinternacionalista no sólo es nocivo en la medida que refuerza “la idea de que

²⁵ Tal y como lo considera Duncan Kennedy para el derecho privado, en el Jusinternacionalismo “*Sólo unas pocas personas confían en que uno de [los] lados es correcto, o en que disponen de un conjunto de metacategorías que les permiten elegir el lado correcto en una situación particular. En efecto, la mayor parte de las ideas que pueden servir para dirimir un conflicto y hacer posible una elección racional son reclamadas con vehemencia por ambos lados*”. (Kennedy, Duncan, *op. cit.*, p. 164.)

el argumento jurídico es independiente de los discursos moral, económico y político en general”,²⁶ sino, además, en el sentido de que esconde el hecho que para encontrar consensos teóricos primero deben hallarse unos mínimos consensos sobre la escala de valores que pretendemos garantizar.

Una vez que el jusinternacionalista abandone su ingenua pretensión de neutralidad (según la cual sus debates consigo mismo o con los demás se suceden en un éter intemporal, inmaculado, que en poco o en nada se relaciona con la “podredumbre” de la escena política),²⁷ estará en disposición de enfrentar el verdadero debate sustancial, es decir, la discusión sobre la visión de futuro que el jusinternacionalismo defiende (o no defiende). Sin una certeza sobre el escenario formal y el escenario sustancial en el que se desarrollan las discusiones, se hace más difícil objetar fundadamente las razones que no compartimos, ya que no se entiende suficientemente la naturaleza o el carácter de cada razón, y disminuye la fuerza misma de los argumentos o de la justificación otorgada.²⁸

Ahora, si bien el reconocimiento de la contradicción en que se hallan “enfangados” los jusinternacionalistas no disminuye para nada la complejidad de los conflictos morales,

²⁶ Kennedy, Duncan, *Ibid.*, p. 171.

²⁷ Desde mi perspectiva, el mito de la neutralidad del académico (en este caso el jusinternacionalista) no es producto de la mera ignorancia o falta de perspicacia, sino que tiene una clara intencionalidad: Los jusinternacionalistas prefieren, en la medida de lo posible, jamás “mancharse las manos”; entregan sus posiciones teóricas y análisis de coyuntura, para que “los demás” (políticos, diplomáticos) hagan el trabajo sucio (poner en práctica tal o cual posición teórica); esta circunstancia de “simple entrega del saber experto” contribuye decisivamente a reforzar entre los jusinternacionalistas la impresión de “independencia” (es decir, de neutralidad, de imparcialidad), respecto del mundo real, de la que gozan sus debates disciplinares. Emanados del seno del “conocimiento teórico puro”, los jusinternacionalistas creen que sus argumentos disciplinares flotan en un éter purísimo, y que en medida alguna son individualmente responsables, al asumir sus posturas, de los problemas internacionales reales (hambre, violaciones masivas de derechos humanos, agresión entre Estados, etc.). Esto, por supuesto, es una pura ilusión.

²⁸ Para Summers, la fuerza de la justificación de un argumento jurídico reside en lo que él denomina el *razonamiento práctico*, esto es, la técnica consistente en construir y confrontar entre sí las razones para llegar a una determinada decisión (para el primer Summers, existen cinco tipos o clases de buenas razones dentro de un argumento: (a) Sustantivas, (b) Autoritativas, (c) Fácticas, (d) Interpretativas y (e) Críticas; en posteriores trabajos se centrará en la tensión entre las razones sustantivas y las formales). En su trabajo más relevante según Atienza (Summers, Robert S., “*Two types of Substantive Reasons—The Core of Common Law Justification*” 63, *Cornell Law Review*, 1978), Summers consideró que las razones sustantivas debían primar sobre las demás, particularmente respecto a las autoritativas, que son las que de forma más factible entrarían en tensión; en sus trabajos subsecuentes, el peso de las razones formales aumentó y Summers reconsideró posiciones como la poca importancia que inicialmente le concedió a la analogía; en todo caso, Summers continuó reconociendo que un juez debe emplear razones sustantivas en todos los casos, incluso cuando su argumento central es una razón autoritativa, o de un alto grado de formalidad; un ejemplo de este tipo de situación es el uso de un precedente judicial; en el caso de precedentes, Summers considera que el juez debe explicar el por qué del uso de esa razón autoritativa (en escritos posteriores dirá razón formal), esto es, la motivación del reenvío a un caso ya fallado; en casos de *first impression*, donde no existe precedente, o en casos donde existiendo precedente el juez considera necesario cambiar la jurisprudencia sobre el punto, sería aún más imprescindible el uso de razones sustantivas.

jurídicos y políticos que deben enfrentar, sí contribuye a la caracterización de los modos retóricos fijos que están presentes en sus discusiones y esto es de por sí un avance.

Este avance, y con esto aspiro a terminar, estaría integrado al menos por cuatro ventajas en comparación con la situación actual, ventajas que como queda dicho constituyen sólo una cuota inicial para la “despetrificación” de los debates:

- 1) De inicio, el jusinternacionalista deberá aceptar “oficialmente” la posición ideológica y moral que acompasa su postura teórica y no simplemente resguardarse en el hecho de que es un “académico” y no un “político” y que en esa medida no debe (y no requiere) tomar decisión política alguna.
- 2) En segunda medida, el “mapeo”²⁹ de los modos retóricos más recurrentes permite que los jusinternacionalistas comprendan que ni el *apologismo* ni el *utopismo* son “metasistemas”,³⁰ o lo que es lo mismo, que es imposible la caracterización de los debates morales y políticos como debates “meramente conceptuales”. Esto, creo que reforzaría el peso argumentativo de las razones de los jusinternacionalistas y ayudaría a que los debates se despetrifiquen.
- 3) El reconocimiento de la existencia de elementos tanto *apologistas* como *utopistas* en el derecho internacional (y de que ambas interpretaciones son plausibles en la mayoría de casos) deja entrever el carácter hermenéuticamente abierto e indeterminado del derecho internacional: Para “cerrar” y “determinar” el contenido de cada norma debemos antes decidir desde qué perspectiva política adelantaremos nuestro proceso hermenéutico. Esto elimina la tesis tanto apoloquista como individualista de que tal o cual norma es susceptible tan sólo de una única interpretación (apoloquista o utópica).
- 4) Y, por último, esperarí que la salida a flote de las posiciones políticas y morales inmersas en cada modo retórico haga más difícil que algunos jusinternacionalistas asuman ciertas posiciones teóricas (aceptables en privado pero nunca (!) en público) y en esa medida se “despetrifiquen” los debates pendientes, al estar todos obligados a los mínimos políticos y éticos socialmente aceptables.

²⁹ La idea de definir la caracterización de los tipos retóricos fijos de una disciplina como un proceso de “mapeo” es del pluricitado David Kennedy.

³⁰ Duncan Kennedy sostiene: “*Aun cuando cada argumento tiene un aspecto absolutista, imperialista, podemos distinguir situaciones de hecho particulares en las que un lado es mucho más plausible que el otro. La dificultad, el misterio, es que no hay metaprincipios disponibles para explicar exactamente qué es lo que hace a estas situaciones particulares susceptibles de resolución. Y hay muchos, muchos casos en los cuales la confianza en la intuición resulta haber estado equivocada...*” (Kennedy, Duncan, *Ibíd.*, p. 170. De esta aseveración, interpreto que Duncan Kennedy entiende la noción de “metasistema” como el conjunto de “metaprincipios” que permitirían, en un campo jurídico específico, explicar exactamente qué es lo que hace a cada situación particular susceptible de resolución.

ANEXO I

EL APOLOGISMO Y EL UTOPISMO
CARA A CARA

1. Autonomía soberana.	1. Comunidad internacional.
2. Codificación formal del Derecho.	2. Expectativas estables entre soberanos.
3. (a) Tratado, (b) Normas-derechos, (c) Creación de normas, (d) Legislativo con poder para obligar, (e) Unanimidad-Un Estado un voto.	3. (a) Costumbre (<i>soft law</i>), (b) Principios, (c) Aplicación de normas, (d) Órgano Plenario con autoridad política, (e) Consenso o voto ponderado.
4. Relaciones interestatales e internacionales.	4. Sociedad civil internacional.
5. Estados como sujetos únicos.	5. Múltiples sujetos de derecho internacional.
6. Soberanía un estatus jurídico ON/OFF.	6. Soberanía como construcción social de carácter psicológico.
7. Personalidad de los individuos y las organizaciones equivalente a derechos y obligaciones.	7. Autores no-estatales participan en amplios procesos de creación e interpretación de normas.
8. Positivismo jurídico.	8. Naturalismo jurídico.
9. Racionalidad secular.	9. Humanismo.
10. Normas basadas en el consentimiento explícito. Valores como cuestión cultural local.	10. <i>Jus cogens</i> : Ilegalidad sí supone un shock para la conciencia jurídica de la humanidad.
11. Mecanismos jurisdiccionales.	11. Mediación/Conciliación/Buenos oficios.
12. Jurisdicción basada en la aceptación de decisiones obligatorias.	12. Jurisdicción expansiva/no obligatoria.
13. Normas procedimentales deducidas de la naturaleza de la soberanía.	13. Normas procedimentales deducidas de la naturaleza de comunidad internacional.
14. Argumentos sobre la importancia de la soberanía, creación de un gobierno mundial mediante el consentimiento.	14. Argumentos sobre la importancia de la comunidad internacional, engañando a la soberanía.
15. Argumentos sobre lo deseable de un derecho autónomo.	15. Argumentos sobre lo deseable de un derecho internacional inmerso en el contexto político/económico/cultural.

16. Derecho internacional separado del derecho nacional.	16. Derecho indisociable de la política.
17. Dualismo.	17. Monismo.
18. Humanismo universal.	18. Culturas locales regionales.
19. Asimilación.	19. Flexibilidad normativa.
20. Fomentar la participación.	20. Compromisos sustantivos.
21. Igualdad formal.	21. Acción afirmativa.
22. Terrorista como proscrito.	22. Terrorista como ciudadano.
23. Aproximación ON/OFF a los insurgentes.	23. Compromisos funcionales con los insurgentes.
24. Un derecho universal.	24. Un derecho internacional más variable.
25. Nacionalismo, un problema local.	25. Nacionalismo, un problema internacional.
26. Autodeterminación de los pueblos.	26. Protección de las minorías.

NOTA 1: Las categorías mostradas en esta tabla son todas producto del trabajo del profesor David Kennedy. Ver Kennedy, David, *Rompiendo Moldes en el Derecho Internacional: Cuando la renovación es repetición*, Dykinson, 2002.

NOTA 2: Aunque David Kennedy no entiende su eje más-menos a partir de los extremos Apologismo-Utopismo, muchos de los espectros de debate disciplinar que plantea se pueden trasplantar a este eje Apologismo-Utopismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., *Las Razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, Apéndice: Justificación de las Decisiones Judiciales según Robert S. Summers, Segunda Reimpresión, México, 2007. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710>
- HAFNER, G., *El Derecho a las contramedidas en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado*. (Disponible en <http://www.reei.org/reei5/hafner.pdf>). Este artículo fue originalmente publicado en alemán con el título "Das Rect. Zu Gegenmaßnahmen im Entwurf der ILC über die Staatenverantwortlichkeit" en Österreichischer Völkerrechtstag 2001, I. Marboe, A. Reinisch, S. Wittich (dir.), *Favorita Papers 02/2002*, *Diplomatische Akademie Wien*, 2002, pp. 189-192. Traducción del alemán de Cristina Fraile Jiménez de Mañana.
- JULIO ESTRADA, A., *La Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Editorial Universidad Externado de Colombia.
- KENNEDY, D., *Rompiendo Moldes en el Derecho Internacional: Cuando la renovación es repetición*, Dykinson, 2002.
- "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", 14 *Harvard Human Rights Journal* 2001. Originally published in 3, *European Human Rights Law Review* 2001. Disponible en: <http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/humanrights.pdf>

- KENNEDY, D., *Form and Substance in private Law Adjudication*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976).
- KOSKENNIEMI, M., *The Politics of International Law*, 1 EJIL (1990). Recuperado el 2 de agosto de 2004, en <http://www.ejil.org/journal/Vol1/No1/index.html>
- PELLET, A., *La Soberanía del Estado y la protección a los derechos humanos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Internacional*. Recuperado el 23 de mayo de 2004, en: <http://www.pugwash.org/reports/rc/pellet.htm>
- SUMMERS, R. S., *La Naturaleza formal del Derecho*, Editorial Fontamara, Primera Edición, México, 2001.

Jurisprudencia y Cuasijurisprudencia

De la Corte Internacional de Justicia:

Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, *Reservas a la Convención para la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio*.

Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Barcelona Traction* (Bélgica vs. España, 2da fase), ICJ Reports (1970) p. 32, Párrafos 33-34.

De la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos* (Perú), Sentencia de Fondo, Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake* (Guatemala), Sentencia de Fondo, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Párrafos 16-22, 23,-25, 26-30.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Colombia), Resolución de Adopción de medidas provisionales de protección, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, Párrafo 11.

